

4

Júri: Dimensão Constitucional e Instrumento de Democracia

4.1

Estrutura constitucional em vigor do tribunal do júri

Diante do propósito deste trabalho, qual seja abordar a *dimensão constitucional* do tribunal do júri, sobreleva dizer que o inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal prevê que é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De ver-se que a competência mínima do tribunal do júri é para o julgamento dos **crimes dolosos contra a vida**.

De acordo com *Pérez*¹⁷, a vida humana é o ser fundamental, a realidade condicionante sem a qual não é possível a explicação dos outros seres. Tudo quanto ocorre tem relação com a existência do homem, se é que diretamente não constitui parte de sua própria substância. Sem esse fato radical não existe sociedade nem direito. É o bem jurídico que origina todos os outros bens, junto aos quais as criações históricas (autoridade, propriedade, economia, leis, religião) são subalternas e inconstantes. A vida não se limita a contemplar a integridade de seus componentes orgânicos, senão que exige maiores serviços para proteger-se e fazer que tudo o que há no mundo sirva à sua grandeza.

¹⁷ PÉREZ, Luiz Carlos. *Manual de Derecho Penal*. 2. Ed. Bogotá: Temis, 1969. p. 477.

Não há dúvida, portanto, que os crimes dolosos contra a vida são, ontologicamente, os delitos de consequências mais graves. São eles:

- 1) Homicídio (CP, art. 121);
- 2) Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (CP, art. 122);
- 3) Infanticídio (CP, art. 123);
- 4) Aborto (CP, art. 124);

Homicídio é o delito que se configura quando se tira a vida de um ser humano.

O Código Penal pune a conduta daquele que induz, instiga ou auxilia o *suicídio*.

Infanticídio é o delito que se caracteriza pela morte do feto, levada a efeito pela própria mãe, sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto.

Aborto é o delito que ocorre quando há provocação da morte do embrião, desde sua formação até o começo do parto.

Dada a gravidade dos crimes contra a vida, o Código Penal brasileiro inicia, na Parte Especial, o rol dos delitos previstos nesse estatuto exatamente por eles, tanto que o primeiro crime previsto no mencionado estatuto repressivo é o homicídio (art. 121). Nesse sentido, *Heráclito Antônio Mossin* observa:

Justifica-se plenamente a colocação topográfica feita pelo legislador penal, alinhando-o como o primeiro crime no rol daqueles que atentam contra a pessoa, uma vez que a vida é o bem essencial e mais sublime não só para o homem, como também para a sociedade¹⁸.

Aliás, o crime de homicídio — independentemente do *nomem iuris* lhe dado — é o primeiro de que se tem conhecimento na história da civilização. Vem à calha, a propósito, a referência bíblica, em Gênesis, cap. IV, v. 8, sobre a morte

¹⁸ MOSSIN, Antônio Heráclito. *Júri: Crimes e Processo*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 22.

de Abel por seu irmão Caim¹⁹, inclusive com a pena que lhe foi infligida, conforme v. 11²⁰. A palavra *homicídio* tem origem latina, que significa *homo* (homem) + *coedere* (matar). O *homicidium* implica morte violenta perpetrada por um homem contra outro homem. Em todos os tempos, denota-se que sempre houve a previsão de penas graves àqueles que matavam seus semelhantes, o que denota que o homem sempre priorizou a tutela ao bem jurídico que é a vida humana. O célebre *Nelson Hungria* lecionava:

O homicídio é tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada²¹.

Heráclito Antônio Mossin, que desenvolveu excelente pesquisa sobre a origem do crime de homicídio²², glosa que, no regime das leis Eshunnas, fundado essencialmente sobre o princípio da composição legal, para certos delitos imperava a pena capital, por força da expressão *na-pi-ish-tem*, também se incluindo o homicídio culposo.

No Código de *Hammurabi*, a pena era aplicada na forma acima, levando sempre em consideração a classe social da vítima e do ofendido.

Ademais, desde os tempos de Numa Pompílio, rei que sucedeu a Rômulo, fundador de Roma (ano 754 a.C.), o homicídio era considerado crime público, com o nome de *parricidium*.

Vale lembrar que o termo *parricidium* não significava, originariamente, a morte do pai ou de ascendente (*patris occidium*), mas homicídio cometido com perversidade. Somente no fim da República romana essa palavra foi empregada apenas para designar a morte dada a parente próximo, deixando assim de ter

¹⁹ “Caim disse então a Abel, seu irmão: ‘Vamos ao campo.’ Logo que chegaram ao campo, Caim atirou-se sobre seu irmão e matou-o.”

²⁰ “De ora em diante, serás maldito e expulso da terra, que abriu sua boca para beber de tua mão o sangue do teu irmão.”

²¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 25.

²² *Op.cit.*, p. 23.

significado amplo: *parricida non utique is, qui parentem occidisset, sed qualem cunque hominem indemnatum*. Menciona *Mossin*, invocando *Heleno Cláudio Fragoso*, que:

A fonte por excelência da incriminação do homicídio em Roma era a Lei Cornélia (*Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), promulgada ao tempo de Sila (81 a.C). A pena, dependendo da condição do réu e das circunstâncias do fato, era a *deportatio* (exílio), a *confiscatio* (confisco) ou a *decapitatio* (decapitação), para os *honestiores*, e a a condenação aos animais ferozes (*ab bestias*) ou a *vivicrematio*, para os *humiliores*. Já se previa, como formas graves do homicídio, o parricídio, o envenenamento e o latrocínio. Com a legislação de Justiniano (535 d.C), a pena de morte é aplicada indistintamente a todos os homicídios, quer às pessoas livres, quer aos servos²³.

Deve ser lembrado que, já no direito romano, o homicídio era classificado em *simples*, *atenuado* e *qualificado*.

Na legislação germânica, o homicídio era considerado crime de natureza privada, de sorte que o agente sujeitava-se à vingança da família da vítima ou à composição (entrega de algum bem à família do morto). Posteriormente, sob o influxo do direito canônico e o ressurgimento do direito romano, o crime de homicídio passou a ser considerado de interesse público.

Mossin frisa que, durante largo espaço temporal, o delito de homicídio foi apenado com morte. Entretanto, por força do advento do Movimento Humanista do século XVIII, algumas legislações a substituíram por prisões celulares e por trabalho forçado, reservando-se a pena de morte apenas para os casos de homicídio qualificado²⁴.

²³ *Op.cit.*, p. 23.

²⁴ *Op.cit.*, p. 25.

Por fim, o Código Criminal do Império (Lei de 16-12-1890), em seus artigos 192 a 194, tratou do homicídio qualificado, cuja pena era de morte no grau máximo e galés perpétuas no médio e de prisão com trabalho por 20 anos no mínimo; do homicídio simples, atinentemente ao qual era aplicada a *sanctio legis* de galés perpétuas no máximo, de prisão com trabalho por 12 anos no médio e por seis no mínimo; do homicídio preterintencional, se tinha cabimento a reprimenda legal de prisão com trabalho de 2 a 12 anos²⁵.

4.2

Direito fundamental ao tribunal do júri

4.2.1

Teoria geral dos direitos fundamentais

A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais representa, hodiernamente, a afirmação dos *direitos fundamentais* como núcleo de proteção da *dignidade humana*. É que os direitos fundamentais refletem os avanços históricos da humanidade. Ademais, a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais está umbelicalmente ligada ao *constitucionalismo*, cuja definição, *grosso modo*, pode ser posta como o movimento que sustenta a limitação do poder estatal, a fim de prevenir abusos.

Neste diapasão, volvendo-se ao aspecto histórico, controvertem-se os doutrinadores acerca da primeira Constituição. Alguns dizem que seria a Lei das XII Tábuas, em Roma (450 a.C). Para outros, os hebreus teriam sido os originários, com o *torá*.

Da Grécia também podem ser lembradas as normas que eram conhecidas como *nómoi* (normas mais básicas da politeia, como os costumes).

²⁵ *Op.cit.*, p. 25.

A maioria dos doutrinadores, contudo, preconiza que a primeira constituição (entendida como tal) seria a *Magna Carta Libertatum*, de João Sem Terra, que seria uma declaração de direitos. Nela já se previa o Tribunal do Júri, o devido processo legal e a anterioridade tributária. Importante lembrar que a Inglaterra foi ocupada, depois da queda do Império Romano, pelos povos bárbaros, principalmente pelos anglos e saxões, que eram politicamente atrasados. Viviam sob estrutura feudal. Mal sabiam ler e escrever.

Em 1215, assumiria um rei sem terra, João Sem Terra, que era um estrangeiro e que não possuía terra porque não era o primogênito. Era politicamente frágil. Os barões feudais anglos e saxões aproveitaram essa debilidade para impor-lhe o reconhecimento de direitos básicos e fundamentais. Surgiria, desse modo, a *Magna Carta Libertatum*. No tanto que interessa a esta dissertação, insta consignar que os ingleses, com a Magna Carta, obtiveram a garantia de que somente seriam julgados por seus pares.

Carl Schmitt, por sua vez, defende que a primeira constituição verdadeira (que reconhecia direitos do povo) foi o *Bill of right*, promulgada na Inglaterra, em 1688, depois da Revolução Puritana e Gloriosa.

Para outros, a Constituição Americana de 1787 teria sido a primeira Constituição escrita (o Pacto da Filadélfia).

Com o final da Revolução Gloriosa, em 1688, houve a separação entre o poder do rei e o poder do parlamento. Reconhecia-se que o Parlamento representaria o povo. Nessa época, foi assinada o *Bill of right*, afirmando os direitos fundamentais antes citados.

Em 1776, as 13 colônias americanas declararam-se independentes da Inglaterra. Nessa época, surgiria os Estados Unidos da América. Firmava-se, assim, a chamada Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776. Em 1787, nascia a primeira Constituição americana. Curiosamente, não previa direitos fundamentais. Posteriormente, entretanto, foram incluídos pelas emendas.

Na França, em 1789, eclodiu a Revolução Francesa. A França vivia uma sociedade estamental (onde as classes são nitidamente divididas: clero (primeiro estado), nobreza (segundo estado) e a burguesia (terceiro estado). A burguesia possuía recursos, mas não possuía poderes. Nascia, então, o movimento que culminou na revolução em comento. Promulgou-se, assim, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, sob influência dos iluministas, como Rousseau, Montesquieu e Diderot, que até hoje compõe a Constituição Francesa (menciona atualmente que aquela declaração integra seu texto hodierno).

O surgimento do estado de direito deve muito às revoluções liberais burguesas, conforme lição de Norberto Bobbio (A Era dos Direitos).

Depois da Revolução Francesa, praticamente todos os países do mundo passaram a ter constituições escritas.

Depois da II Guerra Mundial, houve a universalização dos direitos fundamentais.

Bem de ver-se, pois, que os direitos fundamentais foram “*construídos*” ao longo do tempo. Em tempos contemporâneos, a luta atual é fazer com que a constituição seja um documento “real”. Para iniciar qualquer alusão aos *direitos fundamentais* é mister lembrar as posições axiológicas sobre o *jusnaturalismo* e o *positivismo*. Isso porque, com esse exercício, é possível bem compreender as matizes das concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais.

Para o *jusnaturalismo*, há direitos pré-positivos (ou preexistentes), como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Assim, os direitos fundamentais seriam *direitos naturais*. Estão presentes ainda que não previstos no direito positivo. Abro um parêntese para inserir uma construção proposta por *Eros Graus*, sem adentrar no axioma do direito natural, sobre o *Direito Posto* e o *Direito Pressuposto*, porque de subida importância. Di-lo:

Essa explicação, desenvolvi-a, para mim mesmo, mediante a adoção das noções de *direito posto* e de *direito pressuposto*. Pretendi, ao assim explicá-lo, privilegiar a sua dimensão axiológica sem aderir às construções de caráter metafísico que marcam a noção de direito natural. Cogito, destarte, de uma explicação histórico-cultural, que apenas poderia ser aproximada a um ‘direito natural histórico-cultural’; se for assim, não me oporei a recebê-lo com a ressalva, contudo, de que a idéia de *direito pressuposto* prescinde dele (uma concepção de direito natural é que terá se aproximado da concepção de *direito pressuposto*, não o inverso)²⁶.

De acordo com o festejado ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, a produção legislativa leva em conta os influxos econômicos e sociais. Desse modo, sentencia: “*Isso significa — afirmo-o em outros termos — que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto*”²⁷.

Mas, volvendo-se aos conceitos de direito natural e de direito positivo, deve ser evidenciado que, para o *positivismo*, o direito nasce com o Estado. Logo, os direitos fundamentais são aqueles reconhecimentos expressamente pelos Estados. Adscрева-se que os *realistas* dizem que direitos fundamentais são aqueles obtidos historicamente. A falar em direitos fundamentais é imprescindível trazer à tona a conceituação de *dignidade humana*. Trata-se de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III). Dizia *Kant* que as coisas têm preços; as pessoas têm dignidade. É o reconhecimento de que todo ser humano tem um *núcleo de direitos básicos* (direitos fundamentais) que são invioláveis. A opinião dominante dos doutrinadores é no sentido de que todos os direitos fundamentais emanam da dignidade humana. Para Canotilho, todavia, nem todos os direitos fundamentais têm origem na dignidade humana (opinião minoritária).

Por fim, direitos fundamentais estão atrelados a Estado de direito, isto é, aquele em que os direitos básicos devem ser respeitados. É o estado de poderes limitados. No Estado absolutista o rei podia tudo. De acordo com *Norberto Bobbio*, no Estado absoluto, há súditos (aqueles que se submetem ao Poder absoluto); no Estado moderno, há cidadãos (aqueles que possuem direitos fundamentais).

²⁶ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

²⁷ *Op.cit.*, p. 64.

Acerca dos direitos fundamentais, várias terminologias subsistem como direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas etc.

Há doutrinadores que sustentam que há similitude entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Prevalece, contudo, a dicotomia de conformidade com a *fonte normativa*, a saber: i) direitos fundamentais; ii) direitos humanos. *Direitos fundamentais* são aqueles reconhecidos internamente em um país. Os *Direitos Humanos* possuem conteúdo axiológico de maior complexidade, o que dificulta a atividade de tentar conceituá-los. *João Ricardo W. Dornelles* adverte que:

O conceito de direitos humanos é variável de acordo com a concepção político-ideológica que se tenha. A falta de uniformidade conceitual é clara, embora algumas pessoas teimem em apresentar uma única maneira de definir os direitos humanos²⁸.

Poder-se-ia dizer que há três grandes vetores às concepções dos direitos humanos: a) concepções idealistas; b) concepções positivistas; c) concepções crítico-materialistas. Alguns dizem que todos os direitos são humanos porque advém do homem, para o que partem da premissa do direito posto, e não do direito pressuposto. Outros, afirmam que todos os direitos se referem aos seres humanos porque são enunciados por leis da natureza humana.

Neste passo, falar em direitos básicos parece ser algo do plano subjetivo, uma vez que sua indicação dependerá do período histórico, da cultura de um povo etc. Quais são, então, os direitos humanos à vista das expectativas humanas? Outro problema consiste em saber quem define quais são os direitos humanos?

De qualquer forma, sem maiores digressões, *Direitos humanos* são aqueles protegidos em âmbito internacional (tutelados em tratados internacionais). Sua gênese repousa no jusnaturalismo. Tem vocação universalista e supranacional. É

²⁸ DORNELLES, João Ricardo. W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 2006. Coleção primeiros passos. p. 14.

que as liberdades e garantias aos seres humanos não são assuntos que interessam unicamente a cada Estado, mas a toda comunidade internacional.

Dentre os principais documentos representativos dos Direitos Humanos, podem ser destacados: a) a Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens, aprovada pela IX Conferência Interamericana, reunida em Bogotá entre março e maio de 1948; b) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10-12-1948 e elaborada a partir da Carta das Nações Unidas, ao criar a Comissão de Direitos Humanos; c) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, em novembro de 1969; d) a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, aprovada em Argel, em 1977, por dirigentes dos movimentos de libertação nacional, chefes de Estado, juristas, economistas e políticos de diferentes países.

Direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles básicos assim reconhecidos na Constituição, ou seja, em determinada ordem jurídica concreta. São direito à vida, à liberdade, à propriedade, à meio ambiente, à saúde, à educação, à cultura etc. Os direitos fundamentais estão previstos no Título II da Constituição de 1988 da seguinte forma: i) direitos e deveres individuais e coletivos; ii) direitos sociais; iii) nacionalidade; iv) direitos políticos; v) partidos políticos.

No entanto, tem-se entendido — inclusive o Supremo Tribunal Federal — que há direitos fundamentais fora dos arts. 5º ao 17 da Constituição (Título II). A suprema corte já teve oportunidade de decidir, por exemplo, que o princípio da anterioridade tributária é um direito fundamental. Nesse sentido, merece ser lembrado que o art. 5º, § 2º, da Constituição prevê que os direitos e garantias fundamentais previstos não excluem outros.

Importante consignar que as características abaixo são apontadas como regras, de sorte que exceções há e apenas servem para corroborar a regra. Logo, é possível que sejam flexibilizadas desde que não afrontem a dignidade humana.

1) *Historicidade*. Decorrem de uma construção histórica. Logo, os direitos fundamentais têm fundamentos históricos. Daí por que Norberto Bobbio (A Era dos Direitos) aponta as várias gerações dos direitos.

2) *Relatividade*. Nenhum direito fundamental é absoluto. Primeiro, porque pode haver concorrência entre eles, na chamada colisão de direitos. Segundo, porque ninguém pode invocar determinado direito para justificar a própria torpeza.

3) *Inalienabilidade*. Ninguém pode alienar direitos fundamentais porque eles também interessam a toda a coletividade. Exemplo: Ainda que exista o direito à integridade física, não se pode vender um órgão de seu próprio corpo.

4) *Indisponibilidade*. O titular do direito fundamental não pode livremente dispor dele. Exemplo: ninguém pode praticar a eutanásia. Essa é a regra. Existem exceções, pode o direito à propriedade.

5) *Indivisibilidade*. Os direitos fundamentais compõem um bloco de direitos. São inseparáveis e de exigência obrigatória. Não podem ser “relativizados”, sob pena de colocar em risco todo o conjunto de direitos fundamentais. Por isso, deve-se rejeitar teses como a do “Direito Penal do Inimigo” (tese de Günter Jakobs).

6) *Imprescritibilidade*. Os direitos fundamentais não se perdem pelo decorrer do tempo. Podem ser exercitados a qualquer tempo.

No plano da *eficácia*, os direitos fundamentais dividem-se em *horizontais* e *verticais*. São *horizontais* aqueles aplicáveis entre os cidadãos. São *verticais* os direitos fundamentais que relacionam o Estado aos cidadãos. Neste particular, vale lembrar a *constitucionalização dos direitos privados* no sentido de que todos estes devem ser interpretados conforme a constituição. Ademais, entre nós, os direitos fundamentais devem ter *aplicabilidade direta e imediata*. Veja o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Não podem ter eficácia limitada ou contida.

4.2.2

Gerações dos direitos fundamentais

Na obra *A Era dos Direitos*, *Norberto Bobbio* classificou os direitos fundamentais, de acordo com as conquistas históricas, em direitos de 1ª (direitos individuais), 2ª (direitos sociais, econômicos e culturais) e 3ª (direitos difusos e coletivos) *Gerações*. Oportuno dizer que tal distinção tem relevância a fim de situar os diferentes momentos em que os grupos de direitos surgiram como reflexos dos anseios da ordem jurídica.

Os direitos de 1ª *Geração* surgiram depois das *revoluções liberais burguesas* (Revolução Puritana e Gloriosa, na Inglaterra, em 1688, a Independência Americana, de 1776, e a Revolução Francesa, de 1789) e ficaram conhecidos como os direitos *individuais* ou *negativos*, porque implicavam obrigação de o Estado abster-se. Nessa época, o rei possuía direito de vida e de morte dos cidadãos e, com essas revoluções, esses poderes tornaram-se limitados. Pretendia-se, assim, estabelecer uma esfera de autonomia pessoal em face da expansão do poder público.

Os direitos de 1ª *Geração* referem-se a *liberdades individuais*, como a de consciência, de culto, de inviolabilidade de domicílio, de liberdade de culto e de reunião. O paradigma dessa geração de direitos enfeixa sobre o homem considerado individualmente.

Posteriormente, à vista do descaso para com os problemas sociais, a sociedade perceberia que era preciso lutar pela igualdade social (saúde, segurança pública etc.), econômica e cultural. Surgiria, então, os direitos de 2ª *Geração*. Desse modo, nasceria outro catálogo de direitos, voltados ao dever de *prestações positivas*, ao contrário dos direitos de 1ª *Geração* (dever de abstenção), ou seja, de criar uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva do Poder Público. Nessa geração de direitos é que ganha corpo o *princípio da igualdade*. A doutrina invoca, como exemplo, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, depois da I Guerra Mundial,

dentre outros. Ao contrário dos direitos de 1ª Geração, os direitos de 2ª Geração são *positivos*, pois impõem uma obrigação positiva. A Constituição brasileira trata dos direitos sociais do art. 6º ao art. 11.

Os direitos de 3ª Geração são os difusos e coletivos. São designados de transindividuais, supraindividuais, metaindividuais etc., uma vez que concebidos à proteção da coletividade. Nasceram na segunda metade do Século XX, com a Revolução Técnico-científica, por meio da internacionalização dos meios de comunicação. Referem-se àqueles direitos que são de todos, mas não de cada cidadão isoladamente. São exemplos de direitos de 3ª Geração aqueles voltados à paz, ao desenvolvimento sustentável do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Discute-se, no ambiente doutrinário, sobre a existência de direitos de 4ª Geração. Para *Bobbio*, seriam os direitos relacionados à manipulação genética. Entre nós, *Paulo Bonavides* preconiza que seriam aqueles direitos ligados à proteção da democracia.

Alguns doutrinadores optam por utilizar a expressão *dimensão*, no lugar de *geração*. Além disso, o termo *dimensão* tem sido adotado dentro das óticas *subjetiva* e *objetiva*. A *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais atrela-se à característica de dar ensanchas a uma pretensão de adotar-se determinado comportamento ou de expressar-se no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. *Gilmar Mendes* pontua:

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências — em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas²⁹.

D'outro vértice, ter-se-á a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais quando refletirem valores da sociedade incrustados na Constituição. Neste caso, os direitos fundamentais estarão a transcender a perspectiva individual do cidadão

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 266.

porque formalizam a essência do Estado Democrático de Direito. Em casos tais, o Estado passa a ter o dever de proteção aos direitos fundamentais. Desse modo, os direitos fundamentais transcendem a órbita individualista para espriarem-se sobre todo o direito positivo. Os direitos fundamentais passam a ser vistos como um *valor* a ser preservado e fomentado pela coletividade. *Ipsa facto*, na ótica *objetiva*, é possível que o direito positivo restrinja direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares. Exemplo disso é a imposição do uso de cinto de segurança aos usuários de veículos automotores.

Gilmar Mendes frisa que o aspecto objetivo dos direitos fundamentais comunica-lhes, outrossim, uma eficácia irradiante que os converte em diretriz à interpretação e aplicação das normas aos demais ramos do Direito³⁰. Neste particular, abre-se o debate acerca da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia na seara da esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.

Há, ainda, a *teoria dos Quatro Status*, de Georg Jellinek, famoso jurista e filósofo que viveu a maior parte de sua vida na segunda metade do Século XIX.

Sua classificação leva em conta quatro *status* que o indivíduo pode estar em sua relação com o Estado. A teoria divide-se da seguinte forma: 1) *status passivo* (são os deveres do indivíduo diante do Estado. Posição de subordinação em relação ao Poder Público); 2) *status ativo* (poder de interferir na formação da vontade do Estado, como no direito ao voto); 3) *status negativo* (considerando que o homem é um ser livre, deve ter certa liberdade, certa discricionariedade, para agir livre da atuação do Estado); e 4) *status positivo* (é o *status* civil, pois traz a possibilidade de exigir ações positivas do Estado).

Dessa última construção, emergiram, ainda, as teorias dos *direitos de defesa* (direitos de liberdade em face do Estado), dos *direitos de prestações* (direitos cívicos) e dos *direitos de participação* (direitos políticos).

³⁰ *Op. cit.*, p. 268.

4.2.3

Outras questões relevantes aplicadas aos direitos fundamentais

A rigor, são titulares de direitos fundamentais os brasileiros natos e os naturalizados, bem como os estrangeiros residentes no país, tanto que estão mencionados expressamente no art. 5º da Constituição. Quanto ao estrangeiro que se encontra temporariamente em solo brasileiro (estrangeiro em trânsito), os direitos fundamentais também lhe são extensíveis (exemplos: direito à integridade física, ao devido processo legal e ao acesso ao Poder Judiciário). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no julgamento do HC 94016. 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Melo, que ficou conhecido como “Caso do empresário russo Boris Berezovsky”.

No que toca às pessoas jurídicas (de direito público e de direito privado), os direitos fundamentais também lhe são aplicáveis, conforme opinião doutrinária dominante. Veja que a própria Constituição Federal, no art. 5º, incisos XVII a XXI, da CF, faz prova dessa assertiva. A opinião majoritária, outrossim, reputa que outros direitos fundamentais (v.g. devido processo legal, mandado de segurança etc.) são aplicáveis à pessoa jurídica, desde que lhe sejam pertinentes. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente afirmado que não cabe *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica.

Os limites de direitos fundamentais são de três ordens:

- a) limites mencionados na própria Constituição.
- b) limites decorrentes da própria reserva legal.
- c) limites decorrentes da colisão.

Os limites impostos da própria Constituição estão em seu próprio corpo, como a pena de morte em caso de guerra declarada e o estado de defesa ou de sítio, entre outros. Os limites oriundos da reserva legal ocorrem quando a Constituição destina ao legislador infraconstitucional a discricionariedade para decidir a extensão de um direito fundamental, como ocorre com o direito de

propriedade. Os limites decorrentes da colisão de direitos fundamentais sucedem quando dois valores constitucionais estejam em conflito. Exemplo: direito de intimidade e direito à liberdade de imprensa. Em casos tais, a solução deverá ser buscada no caso concreto, por via do *princípio da ponderação* (método da concordância prática) ou do *princípio da proporcionalidade*³¹ (proibição de excessos).

Neste viés, é importante lembrar a conhecida *Teoria dos Limites dos Limites*, de origem alemã. Só é possível restringir direito fundamental quando for adequada ao caso concreto e, em casos tais, na medida do necessário, porém com resguardo do *núcleo essencial*, porquanto não se pode admitir o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. Segue-se que, de acordo com a Teoria dos Limites dos Limites, é mister: (i) a observância do núcleo essencial; (ii) a restrição genérica e abstrata (a evitar casuísmos); (iii) a submissão ao princípio da proporcionalidade.

De acordo com o magistério de *Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco*³², a dogmática constitucional alemã emprega a expressão “*Justizgrundrechte*” para aludir-se a um elenco de proteções constantes da Constituição que tem por escopo proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Observam, os citados doutrinadores, que a expressão, contudo, é imperfeita, porquanto muitos desses direitos transcendem a esfera propriamente judicial. No entanto, à falta de outra denominação genérica, também optam por empregar a expressão “*direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo*”.

O texto constitucional apresenta um catálogo dos referidos direitos fundamentais aplicáveis ao processo, especialmente no art. 5º, conquanto estejam também inseridos em outros dispositivos como, *ad exemplum*, o art. 93, inciso IX, ao impor o dever de fundamentação de decisões judiciais, e o art. 95, ao tratar das

³¹ Hodiernamente, tem-se sustentado que o *princípio da proporcionalidade* divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e ponderação.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 490-4.

garantias da magistratura. Vale consignar que essas garantias decorreram, nomeadamente, da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. No dizer dos precitados autores:

[...] Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Européia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos na Constituição ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição³³.

Eis alguns dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁴:

- Proibição de tortura (art. 3);

- Direito à liberdade e à segurança, especialmente o direito de imediata apresentação do preso para aferição da legitimidade de eventual restrição à liberdade (art. 5, III);

- Direito ao devido processo legal, especialmente a um processo submetido ao postulado da celeridade (art. 6, I);

- Direito à presunção de não-culpabilidade (art. 6, II);

- Direito à imediata informação sobre a forma (tipo penal) e a razão (fato) da acusação (art. 6, III a);

- Direito à assistência jurídica do tradutor ou intérprete (art. 6, III c);

- Direito à assistência jurídica (art. 6, III c);

- Direito de inquirir ou de fazer inquirir as testemunhas de acusação (art. 6, III d);

³³ *Op. cit.* p. 490-1.

³⁴ Conforme os autores em comento. P. 491.

- Princípio da legalidade em sentido estrito em matéria penal no que concerne à tipificação de condutas e à cominação legislativa de sanções penais (art. 7, I);
- Abolição da pena de morte (Protocolo n. 6 e 13).

À vista desse catálogo de garantias processuais, frisam os festejados professores:

À guisa de informação básica, advirta-se que os direitos fundamentais de caráter processual são dotados de âmbito de proteção marcadamente normativo. Anote-se que nem todas as normas legais referentes a esses direitos individuais têm o propósito de restringir ou limitar poderes ou faculdades³⁵.

Segue-se que a inexistência de regras processuais que sejam consentâneas poderia levar a proteção judiciária a “simples esforço retórico”. Logo, a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como necessária.

Por corolário do exposto, impende pontuar que, iniludivelmente, a fiel aplicabilidade das garantias em relevo está umbelicalmente ligada à realização do princípio da dignidade humana e está a representar, em última razão, a corporificação do Estado Democrático de Direito que tem o fim precípua de velar pela defesa dos direitos humanos.

Para o pleno desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, não se pode perder de vista as concepções voltadas à *Teoria dos Princípios*. Há grande debate axiológico sobre a distinção entre princípios e regras, sendo certo que, sem embargo, algumas premissas parecem ser incontroversas. É que os princípios apresentam conteúdo de promoção de um estado ideal das coisas (dever imediato), assim como buscam a adoção de condutas necessárias (dever mediato); além do que, guardam relação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas, bem como concorrem com outros princípios. As regras, por sua vez, apresentam a característica de condutas descritas e de manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores. Por fim, exigem correspondência entre o

³⁵ *Op. cit.*, p. 493.

conceito da norma e o conceito do fato. Com sobranceira propriedade, *Humberto Ávila* traz as distinções mais marcantes:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁶.

Ávila discorre sobre a distinção *fraca* entre regras e princípios, para o que destaca que há uma corrente que sustenta que os princípios são normas de elevado grau de abstração (número indeterminado de situações) e de generalidade (número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem alto grau de subjetividade do aplicador. Tal raciocínio teria ensejado inúmeras críticas porque daria a entender que algumas normas que não tivessem esse alto grau de subjetividade não se qualificariam como princípios. Exemplifica essa questão com o princípio da anterioridade tributária, que é preciso e de pouca subjetividade.

Por outro lado, *Ávila* explicita a distinção *forte* entre regras e princípios. Estaria estribada nos estudos de *Dworkin* e *Alexy*. Os princípios seriam normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante *ponderação* com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras. Di-lo:

O fundamento dessa distinção está na estrutura normativa: os princípios, porque instituem mandamentos superáveis no confronto com outros princípios, permitem o sopesamento, ao passo que as regras, porque estabelecem deveres pretensamente definitivos, eliminam ou diminuem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador. Trata-se, como se pode ver, de uma distinção forte: os princípios e as regras não têm as mesmas propriedades, mas qualidades diferentes; enquanto as regras instituem deveres definitivos (deveres que não podem ser superados por razões contrárias) e são aplicadas por meio da subsunção (exame de correspondência entre o conceito normativo e o conceito do material fático), os princípios estabelecem deveres provisórios (deveres que podem ser superados por razões contrárias) e são aplicados mediante ponderação

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78-9.

(sopesamento concreto entre razões colidentes, com atribuição de peso maior a uma delas. (...)³⁷

Esta seria a teoria moderna do Direito Público e que, seguramente, parece ser a mais consentânea à realidade contemporânea do Direito.

4.3

A instituição do tribunal do júri como instrumento de exercício da democracia contemporânea

4.3.1

O julgamento dos Irmãos Naves: a falácia de que o julgamento do tribunal do júri é falho. O maior caso de erro judiciário.

Quando se assevera que, assim como juízes leigos, os juízes de carreira também erram, merece trazer a relevo o mais famoso caso de erro judiciário havido no Brasil, denominado “**Caso dos Irmãos Naves**” ou “Caso de Araguari”³⁸.

Trata-se de fato havido na cidade mineira de Araguari, no ano de 1937. Sebastião (32 anos de idade, casado e com dois filhos) e Joaquim (25 anos de idade, casado e com uma filha) — os irmãos Naves — eram simplórios trabalhadores que atuavam no ramo de compra e venda cereais e outros bens de consumo. Sebastião Naves, por sua vez, era sócio de Benedito Caetano (primo daquele) na propriedade de um caminhão que era utilizado para o transporte de cereais para venda na cidade. Benedito teria comprado, com ajuda financeira de seu pai, uma grande quantidade de arroz, cuja carga foi trazida para Araguari, onde acabou por vendê-la em prejuízo.

³⁷ *Op.cit.*, p. 87-8.

³⁸ PERSON, Luiz Sérgio; BERNARDET, Jean Claude. *O caso dos irmãos Naves*. São Paulo: Fundação Padre Anchieta. Imprensa Oficial de São Paulo, 2004.

Na madrugada de 29 de novembro de 1937, Benedito desaparece de Araguari, levando consigo o dinheiro da venda do arroz. Os irmãos Naves, ao tomarem conhecimento do desaparecimento dele com aquele numerário, comunicam o fato à Polícia, que imediatamente iniciou as investigações.

O caso, posteriormente, ficou a cargo do delegado de polícia Francisco Vieira dos Santos. Militar determinado (tenente da Força Pública) e austero, inicia as investigações e não demora a formar a sua convicção de que os irmãos Naves seriam os responsáveis pela morte de Benedito. Inaugura-se, a partir daí, uma trágica e repugnante trajetória na vida dos Irmãos Naves e de seus familiares. Sebastião e Joaquim foram submetidos as mais cruéis torturas, sendo alojados de modo abjeto e sórdido na cela da delegacia, em cujo interior foram privados de alimentação e de visitas. Os dados existentes registram que a perversidade de tenente Francisco não se restringiu aos indiciados. As esposas e a genitora deles foram covardemente torturadas, inclusive com ameaças de estupro, caso não concordassem em acusar os maridos e filhos. Em meio a tais torturas, os irmãos Naves resistiram até o exaurimento de suas forças físicas e morais. Primeiro Joaquim, depois Sebastião.

A defesa dos irmãos Naves foi exercida com afinco pelo advogado João Alamy Filho, o qual, sem esmorecer, ingressou com *habeas corpus*, recursos e inúmeras petições, tudo com o objetivo de demonstrar às autoridades responsáveis pelo processo o terrível equívoco que estava sendo cometido. No processo criminal que se seguiu, os irmãos Naves foram pronunciados para serem levados ao tribunal do júri, sob a acusação de serem autores do latrocínio de Benedito Caetano, ao passo que a mãe dos irmãos — dona Ana Rosa Naves — é impronunciada.

Na sessão de julgamento, a verdade começa a surgir, com a retratação das confissões extorquidas na fase policial e, principalmente, com o depoimento de outros presos que testemunharam as seguidas e infundáveis sevícias sofridas pelos acusados durante a fase investigatória. Nesse julgamento, seis jurados (dos sete) votaram pela absolvição dos irmãos Naves.

A promotoria, inconformada, recorre ao tribunal de justiça, que anula o julgamento, por considerar nula a quesitação. Realizado novo julgamento, o conselho de sentença novamente absolve os irmãos Naves, por seis votos contra um.

Por meio de novo recurso, o tribunal de justiça modificou aquele veredicto (o que era então possível à época, tendo em vista a ausência de soberania do júri no regime ditatorial da Constituição de 1937), de sorte a condenar os irmãos Naves a cumprir pena de 25 anos e 6 meses de reclusão (depois reduzida, na primeira revisão criminal, para 16 anos).

Depois de haverem cumprido 8 anos e 3 meses de pena, em agosto de 1946, os irmãos Naves, ante comportamento prisional exemplar, obtiveram livramento condicional.

Em 28 de agosto de 1948, Joaquim Naves falece, como indigente, após longa e penosa doença, em um asilo de Araguari. Em maio do mesmo ano, morria em Belo Horizonte seu maior algoz, o tenente Francisco Vieira dos Santos. A partir desse ano, o irmão sobrevivente — Sebastião Naves — deu início à busca incessante de provas de sua inocência. Nesse encaço, por sorte do destino, em julho de 1952, a pseudovítima Benedito, após longo exílio em terras longínquas (15 anos), retorna à casa dos pais em Nova Ponte, sendo reconhecido por um conhecido, primo de Sebastião Naves.

Ao tomar conhecimento do fato, Sebastião apressa-se em dirigir-se a Nova Ponte, acompanhado de policiais, quando, então, logra êxito encontrar o “morto” Benedito, que, assustado, jura não ter tido qualquer notícia do que ocorreu após a madrugada em que desaparecera de Araguari. Coincidentemente, dias após sua efêmera prisão e o citado juramento, toda a família de Benedito morre tragicamente, na queda do avião que os transportava a Araguari, onde prestariam esclarecimentos sobre o desaparecimento dele.

O caso passou a ser nacionalmente conhecido. A imprensa o divulgou com o merecido destaque. A mesma população que, influenciada pela autoridade do

delegado, inicialmente aceitava como certa a culpa dos irmãos Naves, revoltava-se com o ocorrido, tentando, inclusive, linchar o desaparecido Benedito.

Em nova revisão criminal, ocorrida no ano de 1953, os irmãos Naves foram finalmente inocentados. Depois do mais conhecido erro judiciário na história brasileira, iniciou-se processo de indenização civil pelo erro judiciário, sendo prolatada sentença, no ano de 1956, que desafiou vários recursos, até que, no ano de 1960, isto é, 22 anos depois do início dos suplícios, o Supremo Tribunal Federal conferiu a Sebastião Naves e aos herdeiros de Joaquim Naves o direito à indenização. Sebastião Naves morreu no ano de 1964.

4.3.2

A índole democrática do tribunal do júri

Muitos são os críticos, de há muito, do tribunal do júri, máxime sobre o fundamento nuclear de ser composto por leigos. Sem embargo, é certo que essa instituição resistiu a todos os regimes ditatoriais e subsiste até os dias atuais. O tribunal do júri apresenta a maior vitrina do primado da chamada *ampla defesa e contraditório*, uma vez que, em julgamentos tais, é possível toda a sorte de argumentações em favor do acusado — ao contrário do que ocorre quando a defesa é destinada a juiz profissional, cuja assimilação das teses passa por seu crivo eminentemente técnico —. Tanto isso é verdade que, hodiernamente, o conselho de sentença responde ao seguinte quesito obrigatório: “o jurado absolve o acusado?”. Bem de ver, assim, que o júri tem por escopo ampliar, à exaustão, a as possibilidades de defesa do réu.

Nessa esteira, pode-se asseverar que a principal objeção a essa instituição é a de que ela é composta por juízes leigos que, sem compreender adequadamente o

ordenamento jurídico, cometem, amiúde, injustiças. A corroborar essa assertiva, *Fernando Capez*³⁹ anota que:

Muitos, infelizmente, são os anátemas lançados sobre esse Tribunal Popular [...], sobressaindo-se o mais falacioso deles: juízes leigos desconhecem o tecnicismo jurídico-penal, por isso, não estariam aptos a julgar o acusado, ao contrário do juiz togado, conhecedor do Direito.

Essas críticas encontram sua explicação na cultura positivista-normativa contemporânea. O pensamento presente decorre do racionalismo cartesiano e o processo de codificação, a exemplo do Código de Napoleão de 1804 e as declarações universais de direitos. Aliás, essa lógica do pensamento positivista é bastante sentido no texto de *Chaim Perelman*, de conformidade com os ideais proclamados pela Revolução Francesa⁴⁰:

O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador.

Segue-se que, desse modo, ao juiz impor-se-ia apenas delimitar os fatos e aplicar a letra fria da lei.

De qualquer modo, o que importa considerar é que o órgão colegiado do tribunal do júri julga seu semelhante com os olhos do sentimento de justiça de um povo (*sentire*); com a sensibilidade de avaliação da censurabilidade da conduta; longe da abstração conceitual da noção de crime; e como um fato do mundo cotidiano que deve ser analisado caso a caso. Nesse viés, *Mauro Viveiros* assinala:

[...] enquanto o juiz togado valoriza especialmente a norma de direito positivo, porquanto está submetido aos dogmas da legalidade e da fundamentação constitucional de suas decisões, obrigando-se a empreender um discurso

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Tribunal do Júri: posição favorável*. Disponível em <http://www.novacriminologia.com.br> -16 de outubro de 2010.

⁴⁰ *Apud* Capez, *op.cit.*

essencialmente técnico e publicizado, no qual não deixa de expressar uma tomada de posição filosófica, promovendo suas crenças e sua visão de mundo, o seu sendo de justiça dentre as alternativas possíveis, a valorização da norma pelo jurado orienta-se por critérios mais pragmáticos e imediatistas, intimamente ligados às conseqüências diretas da decisão⁴¹.

Não se deve esquecer que o poder emana do povo como primado constitucional. Como, por razões óbvias, não seria exequível exercê-lo diretamente, fá-lo por meio de seus representantes. Logo, as instituições subsistem em nome de seus mandantes. Com propriedade, *Marcus Vinicius Amorim de Oliveira* afirma:

A Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil configura-se num Estado Democrático de Direito. Assim, este princípio básico de organização do Estado brasileiro irradia-se sobre todas as formas de organização social regidas pelo ordenamento jurídico constitucional, onde se inclui, decerto, o Tribunal do Júri Popular. E talvez mais que quaisquer outras instituições jurídicas nacionais, o Tribunal do Júri Popular procura espelhar os valores democráticos, no caso, empenhados no difícil mister de bem aplicar a lei e realizar a justiça⁴².

Por tudo isso, é falacioso o discurso de que a população não tem condições técnicas de julgar seu semelhante. Admitir-se-ia como verdadeira essa tese se acaso fosse uma máxima afirmar que os juízes profissionais jamais erram. No entanto, não é necessário grande esforço exegético para se obter o consenso de que esse aforismo é equivocados.

Basta ver que, em nossa república, são milhares os recursos, em todo o território nacional, a aportar nos tribunais, por conta de recorrentes que consideram que o juiz de carreira errou em seu caso e em busca da reforma desses decisórios. Logo, errar é apanágio do ser humano, seja ao leigo em letras jurídicas, seja ao operador do Direito.

⁴¹ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 5.

⁴² OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. *Tribunal do júri na ordem jurídica constitucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 36.

4.3.3

O significado atual do tribunal do júri à sociedade brasileira

É iniludível perceber que o Tribunal do Júri, em sendo uma instituição milenar, está a permear os séculos e os continentes; a subsistir sob o manto das diversas formas de Estados e de autoridades (tiranos e democratas, príncipes e burgueses); e a manter-se incólume até os dias atuais.

Diante de todas as vicissitudes trespassadas — sejam nos momentos de declínio, sejam nos momentos áureos —, o tribunal do júri amadureceu e permitiu chegar à conclusão de que sua proficuidade está relacionada a um *sistema democrático*, que deve ser o apanágio do tribunal do júri.

A história demonstrou que, em regimes políticos autoritários, nos quais os direitos e garantias fundamentais foram desconsiderados, o tribunal do júri estivera combalido. Exemplo disso foi o período da Constituição de 1937 — sob a égide do chamado “Estado Novo” —, quando o texto constitucional deixara de tratar do tribunal do júri e representara uma violação ao caráter democrático, até então em ascensão. Tal retrocesso (vale lembrar) demonstrava bem o reflexo, de um modo geral, do período autoritário que permeava o cenário político daqueles idos, como se via do próprio preâmbulo daquela Constituição.

Depois disso, sobreveio a Constituição de 1946 e o tribunal do júri retoma seu *status* constitucional, dentro do capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 141). Veja que esse período seguiu-se ao fim da “ditadura de Getúlio Vargas”, ou seja, à queda do “Estado Novo”, o que corrobora o raciocínio de que, quando a democracia se robustece, o tribunal do júri igualmente o faz. *Frederico Marques* (1955)⁴³ frisa que os constituintes de 1946 quiseram restaurar a

⁴³ *Op.cit.*, p. 60.

soberania do júri e manter este tribunal, impelidos pelos mais puros e sinceros ideais democráticos. A participação nos julgamentos criminais foi o grande ideal que os inspirara.

Com a Constituição de 1967 — decorrente do período da ditadura militar —, manteve-se a mesma conjuntura anterior, porém com supressão de dois princípios informadores do Júri, quais sejam o (i) *sigilo das votações* e (ii) a *plenitude de defesa*. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, manteve a instituição do júri para os crimes dolosos contra a vida, porém se silenciou sobre a soberania de seus julgamentos (art. 153, § 18). Logo, denota-se que, sob regimes de ditadura, o tribunal do júri sofreu retrocessos. D'outro vértice, naqueles períodos da história em que se esteve a prestigiar a democracia, a força impulsiva do tribunal do júri fê-lo se erguer. Quanto mais o modelo de Estado preservava a liberdade e assegurava os direitos humanos, maior importância e maior vigor possuíam o Tribunal do Júri.

Com a Constituição de 1988 é que se constatou o apogeu da democracia brasileira e a instituição do tribunal do júri retoma seu verdadeiro lugar com a sua inclusão nos direitos e garantias fundamentais da *Carta Cidadã*.

Conclui-se que a efetividade do exercício do tribunal do júri depende diretamente do respeito aos direitos e garantias fundamentais e a consciência de um povo da necessidade de sua concretude. Não há como se imaginar um modelo de tribunal do júri desfocado de um sistema democrático. *Júri e democracia* são conceitos entrelaçados.

O elemento popular intrínseco nos julgamentos pelo Júri implica evidente renovação das bases democráticas do Estado de Direito, dada a efetiva participação popular na administração da Justiça. Não sem razão, ser julgado pelo tribunal do júri — nos crimes dolosos contra a vida — é *garantia fundamental*, visto que por ele o cidadão tem o direito de ser julgado por seus pares, por meio

de processo no qual, à exaustão, há o real exercício da plenitude de defesa (tanto que os jurados podem absolver de maneira imotivada⁴⁴).

A prevalência do *princípio da oralidade*, nesse contexto, é mecanismo imprescindível ao julgamento imparcial e justo, na medida em que, só por esse modo, é possível valorar a realidade dos aspectos humanos que animam determinadas condutas. Os jurados, em casos tais, atuam de forma *moderadora* ao excessivo rigor das normas penais incriminadoras (preceitos primários das normas incriminadoras).

Nesse diapasão, merecem ser destacados os princípios informadores do tribunal do júri na Constituição de 1988. O primeiro deles é o da *soberania*, marca predominante do júri moderno, pois, em sendo a instituição uma garantia fundamental do cidadão e da sociedade, não haveria como se pensar nesse mecanismo de julgamento sem que houvesse a soberania dos veredictos. Nesse aspecto, a despeito de entendimento *a contrario sensu* do Supremo Tribunal Federal, não se afigura constitucional a preservação da norma infraconstitucional, ao permitir recurso das decisões do tribunal do júri, sob o fundamento de ter havido “julgamento manifestamente contrário à prova dos autos”. Em outras palavras, é de asseverar-se que o Código de Processo Penal em vigor, neste aspecto, não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição de 1988 assegura a soberania dos veredictos, o que significa dizer que o texto constitucional não permite que a decisão do Conselho de Sentença seja revisada por um tribunal técnico, composto por juízes profissionais, que irão dizer se o entendimento dos jurados populares está, ou não, correto. A interpretação de que esse fundamento recursal subsiste não está *conforme a Constituição*. Vale lembrar que, no conceito de soberania, estão

⁴⁴ De acordo com o art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal, o juiz presidente formulará o seguinte quesito: “O jurado absolve o acusado? “Sim” ou “Não”.

imbricados princípios diretamente afetos ao tribunal do júri, como da *ampla defesa* e do *sigilo das votações*.

Outro princípio expresso norteador do tribunal do júri é o mencionado *sigilo das votações*, pelo qual se objetiva garantir a *isenção* e a *imparcialidade* do júri, a prevenir influência de fatores externos sobre os jurados, o que representa mecanismo imprescindível à efetividade democrática da instituição em comento.