

## 5

### Aspectos Atuais: Pensamentos Aplicados ao Tribunal do Júri

#### 5.1

##### O processo de comunicação no tribunal do júri

Quando estamos a discorrer acerca do aspecto iniludivelmente democrático da instituição do tribunal do júri, não podemos nos esquecer de que seu *processo de comunicação* difere da dialética comumente utilizada nos demais processos judiciais. Nestes, as manifestações são elaboradas e desenvolvidas por técnicos (operadores do direito) e destinadas a outro técnico (o juiz). No tribunal do júri, a dialética é oral — e não escrita — e voltada ao convencimento de juízes não profissionais (leigos). Essa distinção é algo que merece uma reflexão particularizada se o objetivo é preconizar que a instituição do júri é democrática.

Nesse diapasão, merece relevo o profundo estudo que foi desenvolvido por *David Kenneth Berlo*<sup>45</sup>, em sua obra “O Processo de Comunicação<sup>46</sup>”. Esta obra, lançada em 1960, acabou tendo muito mais notoriedade na América Latina, do que nos Estados Unidos da América. No Brasil, foi lançada pela primeira vez no ano de 1963, pelo Fundo de Cultura, São Paulo. Para *Berlo*, a comunicação é um processo *regrado* — ao contrário do que parece ser um singelo ato —, pelo qual permite ao ser humano negociar sua posição em face das pessoas com as

---

<sup>45</sup> **David K. Berlo** nasceu em 1929. É discípulo de Wilbur Scheramm na Escola de Periodismo da Universidade de Illinois, onde se doutorou em 1956. Publicou, em 1958, a obra *A Filosofia da Comunicação*, cuja notoriedade do trabalho veio mais tarde, com o seu *Processo de Comunicação: Uma Introdução à Teoria e Prática*, por meio da exposição de seus modelos teóricos sobre a natureza psicológica das comunicações. Trabalhou para o Departamento de Seguridade Norte-Americano em projetos sobre comunicação e seguridade civil em caso de radiação nuclear. Foi diretor de comunicação da Universidade do Estado de Michigan, em cujo local dirigiu muitas teses de doutorado. Foi reitor da Universidade de Illinois entre 1971 e 1973.

<sup>46</sup> BERLO, David Kenneth. *O Processo de Comunicação: introdução à teoria e à prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

quais se relaciona. A comunicação é um processo de *poder*, de *influência* e de *controle*.

Quando nascemos, não temos significado de coisa alguma. Inicialmente, a criança organiza o seu mundo por meio de *formas* e de *objetos*. Ouve coisas e as organiza em sons. Com isso, passa a produzir seus sons, fazendo-o seletivamente. A primeira linguagem assimilada é a *oral*. Posteriormente, é que se assimila a relação entre sons e escrita. Denota-se que a forma de aprendizagem é o *condicionamento*.

A linguagem é um *sistema*. Assim, é possível definir a *linguagem* como o conjunto de símbolos e relações estruturais que produzem respostas similares a um grupo de pessoas. Para o autor, quando um grupo de pessoas codifica e decodifica um conjunto de símbolos que têm expressão para todas elas, e quando os combinam de maneira similar, então esse grupo de pessoas pode ser considerado como tendo um idioma. A linguagem consiste num conjunto de símbolos significativos (vocabulário) somado a métodos significativos de combiná-los (sintaxe). Os símbolos que cada idioma foram construídos ao acaso, por meio dos princípios de interpretação, das respostas e da recompensa que governam toda a aprendizagem. *Berlo*, sugere, então, a utilização do seguinte sistema:

FONTE >> CODIFICADOR >> MENSAGEM >> CANAL >>RECEPTOR-DECODIFICADOR
---

*Fonte*: Constitui a origem; o ponto de partida sensível a diversos fatores como a habilidade. É o emissor.

*Codificador*: Traduz por meio de uma chave a mensagem. É o mediador que transforma a fonte em mensagem. O código pode ser símbolos visuais, gestos, a palavra, a escrita. Podemos usar vários códigos sempre que nos comunicamos. O mais comum é o verbal.

*Mensagem*: é o produto físico do emissor; sua estrutura deve ser composta por um código, um conteúdo e um tratamento da mensagem. São expressões de idéias materializadas por meio de códigos.

*Canal*: é o veículo de transporte a atingir um dos sentidos ou vários.

*Receptor-decodificador*: a quem se dirige a mensagem; a decodificação diz respeito à habilidade de ler, de escutar e de compreender a mensagem. Berlo dá grande importância a esse elemento, pois assevera que *o significado não está na mensagem, senão em seus usuários*. Para ele, a *decodificação* é o valor final e diferenciado que fixa, por contraste com o propósito inicial do emissor, a eficácia da comunicação.

A propósito, se os sentidos estivessem nas palavras, qualquer pessoa compreenderia qualquer linguagem, qualquer código, o que, de fato, não acontece. Basta ver, por exemplo, que o sentido de *democracia* para o norte-americano não é o mesmo para o russo. Em síntese, todos nós interpretamos o mundo de nosso posto de observação. Por isso, é mister fazer a distinção entre a *ação* do emissor e sua *estratégia* e a *intenção* do receptor, podendo este ser um alvo intencional ou alguém que, indiretamente, é atingido.

Berlo pontua que, somente pela *produção, transmissão e recepção* de mensagens é que se torna possível a ocorrência dos efeitos da comunicação. Quando nos comunicamos, procuramos realizar objetivos relacionados com a nossa intenção básica de *influenciar* o ambiente e a nós mesmos. Dessa forma, é comum que queiramos que nossos receptores acreditem em nossas mensagens.

E isso é exatamente o que acontece no plenário do tribunal do júri. O processo de linguagem busca influenciar o ambiente, notadamente o conselho de sentença, acerca das teses que são sustentadas, daí a necessidade de o operador do direito que atua nessa seara bem compreender os processos de comunicação.

## 5.2

### A influência da lógica jurídica no tribunal do júri

Muitas críticas são endereçadas ao Tribunal do Júri, porquanto a competência para o julgamento das causas está a cargo de cidadãos leigos, e não de juízes profissionais. Ocorre que o pensamento constitucional contemporâneo é exatamente esse. A perpetração de crimes dolosos contra a vida — considerados ontologicamente os mais graves — deve ser analisada e julgada pelos cidadãos, os quais, à luz do exercício cívico e democrático, expendem o seu “sentir” acerca do caso concreto, sem as amálgamas aplicadas pelo ordenamento jurídico ao magistrado profissional, que, *ex vi* de exigência constitucional, deve fundamentar suficientemente suas decisões.

No tribunal do júri, não há exigência constitucional do dever de motivar as decisões judiciais. Os jurados decidem com soberania a respeito do que tiveram de acesso às provas e com base na explanação lógica e dialética desenvolvida em plenário por um órgão estatal (Ministério Público) e pela defesa daquele que é levado a julgamento.

É da índole democrática do tribunal do júri o debate, a explanação lógica, a dialética. Por isso, são temas diretamente ligados a tal instituição e que contribuem para a *dimensão constitucional* dos julgamentos populares. Nesse sentido, o papel da lógica jurídica é de subida importância. Para *Fábio Ulhoa Coelho*<sup>47</sup>, a *lógica* é maneira específica de pensar, de organizar o pensamento. Nem todo o pensamento é raciocínio; e nem todo raciocínio é lógico. Para que

---

<sup>47</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

uma inferência (relação premissa-conclusão entre duas ideias) tenha o caráter lógico, devem ser obedecidos três princípios fundamentais: o da *identidade*<sup>48</sup>; do *terceiro excluído*<sup>49</sup> e da *não-contradição*<sup>50</sup>.

Nas palavras do aludido professor, a *lógica não é instrumento de ampliação de conhecimentos, mas de organização do raciocínio*. É uma maneira de raciocinar. Consiste na articulação do pensamento de um jeito específico: a ligação de ideias, tomadas umas como premissas de outras, com estrita observância de determinadas regras estabelecidas pela própria lógica (o princípio da identidade, da não-contradição, do terceiro excluído, as regras de validade do silogismo categórico etc.)<sup>51</sup>. Se houver preenchimento desses princípios, o raciocínio é *lógico*.

O raciocínio, por sua vez, é exteriorizado pelo *argumento*. A propósito, os argumentos são conjuntos de proposições encadeadas por inferências. Há uma *inferência* entre elas.

O *argumento* composto por duas premissas e uma conclusão é chamado de *silogismo*. O argumento pode ser lógico, mas isso não significa que a sua conclusão seja necessariamente verdadeira. Lembra *Coelho*<sup>52</sup> que a única garantia que o raciocínio lógico oferece é a de que, sendo verdadeiras as premissas e válida a inferência, a conclusão será verdadeira. Em outros termos, há duas condições para que o raciocínio lógico nos conduza à verdade: a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio. Os lógicos ocupam-se dessa segunda condição apenas, pois a veracidade das premissas deve ficar aos cuidados dos cientistas (biólogos, matemáticos, físicos, sociólogos, psicólogos etc.). Repise-se que o

<sup>48</sup> O princípio da identidade 'afirma' o que é; se uma ideia é verdadeira, então ela é verdadeira.

<sup>49</sup> O princípio da não-contradição significa que nenhuma ideia pode ser verdadeira ou falsa.

<sup>50</sup> O princípio do terceiro excluído determina que uma ideia ou é verdadeira ou é falsa.

<sup>51</sup> *Op.cit.*, p. 55.

<sup>52</sup> *Op.cit.*, p. 7.

argumento não é *verdadeiro* ou *falso*, pois esses qualificativos são atributos das proposições. O argumento pode ser apenas *válido* ou *inválido*. Neste particular, *sólido* é o argumento válido composto apenas por proposições verdadeiras.

Adverte *Coelho*, desse modo, que a única certeza emanada da lógica é a de que, sendo verdadeiro o antecedente (premissas) e válida a inferência (raciocínio), será verdadeiro o conseqüente (conclusão). A utilização dos recursos lógicos, por conseguinte, deve ser feita com permanente atenção a este seu limite<sup>53</sup>.

No que diz respeito ao Direito, como um sistema lógico, deve-se atentar para o fato de que, na lição de *Kelsen*<sup>54</sup>, há distinção entre *norma jurídica* e *proposição jurídica*. Isso porque o sentido da *norma jurídica* é *prescritivo*, enquanto que o sentido da *proposição jurídica* é *descritivo*. A *proposição jurídica* pode ser verdadeira ou falsa. A *ordem jurídica* é o conjunto de normas jurídicas e o *sistema jurídico* é o conjunto de proposições. Desse modo, conclui-se que a autoridade com competência para editar a norma, ao fazê-lo, *enuncia* um dever-ser de caráter prescritivo, ao passo que os doutrinadores, quando interpretam a norma, concebem um dever-ser de caráter descritivo.

O sistema jurídico, conquanto forme uma unidade, uma congruência, não é necessariamente lógico, haja vista a possibilidade de antinomias e lacunas. Por tal razão, *Fábio Ulhoa Coelho* denomina o sistema jurídico de *pseudológico*<sup>55</sup>.

No vetusto pensamento de *Aristóteles*, o *raciocínio dialético* versa sobre o verossímil e destina-se a embasar decisões, diferentemente do *raciocínio analítico*, que cuida das afirmações universais. O raciocínio jurídico tem natureza

---

<sup>53</sup> *Op.cit.*, p. 34.

<sup>54</sup> *Teoria Pura do Direito*.

<sup>55</sup> *Op.cit.*, p. 87.

dialética, dada seu color argumentativo. As premissas não são necessariamente dadas, mas escolhidas. O orador as elege de acordo com a sua formação, a sua personalidade e as suas convicções.

Nesse diapasão, exsurge a figura da *retórica*, consistente no conjunto de técnicas comunicativas pelas quais se busca o convencimento do interlocutor. Em seu cotidiano, o operador do direito constrói argumentos convincentes (advogado, promotor, juiz). Em termos mais comuns, *retórica* é a arte de falar bem, de usar todos os recursos da linguagem com o fito de convencer o ouvinte. Conforme *Platão*, em sua obra *Fredo*, retórica é técnica que poderia ser utilizada até mesmo para convencer os deuses, através da adesão dos deuses. A retórica tem o seu nascedouro nos idos do século V a.C., na Grécia Antiga, quando disputas de propriedade traziam debates sobre os direitos de pleiteantes individuais. De acordo com *Gabriel Chalita*<sup>56</sup>, floresceu especialmente em Atenas, com os sofistas, pensadores pragmáticos e utilitaristas que ensinavam, em troca de dinheiro, técnicas de argumentação para persuadir outras pessoas. Eles instruíam qualquer um sobre como se pronunciar contra ou a favor de qualquer opinião ou ideia, desde que uma ou outra opção fosse vantajosa.

*Sócrates*, o grande opositor dos sofistas, criticou a retórica com a afirmação de que se trata de técnica superficial que somente poderia adquirir algum valor à medida que participasse da essência do método filosófico. Tal opinião era compartilhada por *Platão*. Também escreveu sobre o tema *Aristóteles*, em *A Retórica*, caracterizando-a como arte corretiva, instrutiva, sugestiva e defensiva.

Ressalta *Fábio Ulhoa Coelho* que o papel do profissional do direito é ser convincente. O interlocutor do advogado, do promotor, em atuação judicial, é o julgador (juiz, jurados, tribunal etc.). Os juízes, por sua vez, competentes para

---

<sup>56</sup> CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso. O poder da linguagem nos tribunais do júri*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73-4.

dizer o direito, têm, por interlocutores, a sociedade como um todo. Qualquer cidadão, lendo a fundamentação de um acórdão, ou de uma sentença, deve ficar convencido de que a decisão proferida é a mais acertada e de que, portanto, ele se encontra em boas mãos se precisar se socorrer do judiciário algum dia. Isso é indispensável à confiança no direito e na justiça<sup>57</sup>.

O *positivismo jurídico*, nessa ordem das coisas, voltado para a cientificidade do direito, oriundo de uma linguagem capaz de superar a ambiguidade, é algo que se afigura questionável sob a ótica da lógica jurídica, de acordo com o pensamento antes exposto. Consoante Coelho, como a interpretação, por vezes, procura flexibilizar os conteúdos precisos da norma, introduzindo ambiguidade onde aparentemente havia univocidade, a ideia de construção de uma linguagem hermenêutica científica, artificial e rigorosa se mostra insustentável.

No tribunal do júri, as técnicas oriundas da lógica são exercitadas à exaustão, no mais das vezes, até de maneira imperceptível pelos oradores. Vale lembrar que o debate no tribunal do júri busca, por meio da argumentação, a exposição da dinâmica dos fatos à luz da visão do próprio orador. Dizia *Descartes*<sup>58</sup>:

Todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo que um dos dois se engana. Há mais: nenhum deles possui a verdade; pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la a seu adversário, de tal modo que ela acabaria por forçar a sua convicção.

Convencimento é inerente à interação comunicativa e decorre de processo pelo qual o interlocutor passa a compartilhar a mensagem emanada do orador.

---

<sup>57</sup> *Op.cit.*, p. 89.

<sup>58</sup> DESCARTES, Renê. *Regras para a direção do espírito*. Tradução: Hermes Vieira. São Paulo: Cultura Moderna, 1938. p. 105.

Como o convencimento é técnica que se desdobra (i) na identidade ideológica, (ii) na mobilização das emoções e (iii) no intercâmbio intelectual, o tribunal do júri é campo fértil para que a retórica seja externada em sua completude. Um dos exemplos mais citados para isso é a invocação, sobretudo em pequenas comunidades, da denominada “legítima defesa da honra” como tese destinada à absolvição do acusado. Sem qualquer amparo jurídico, trata-se de convencimento muito exitoso nas sessões do tribunal do júri. A mobilização das emoções, especialmente, nesse caso deve atingir o interlocutor. Se o faz, o objetivo de convencimento atinge seu escopo.

Para *Chalita*<sup>59</sup>, a *argumentatio*, também denominada *probatio* (por Quintiliano) e *confirmatio* (por Cícero), era considerada, na Antiguidade, a parte mais importante da arte retórica, porque se destinava a estabelecer a credibilidade dos pontos de vista em questão. Ela consistia na apresentação de provas, que Aristóteles classificou em *artificiais* e *inartificiais*.

Não resta dúvida de que o pensamento constitucional é exatamente esse, na medida em que prestigiou que os casos a envolver crimes dolosos contra a vida sejam julgados por pessoas leigas, que serão destinatárias desse exercício de lógica, da dialética e da retórica, arredando, em casos tais, o exercício do ofício por um juiz profissional.

Assevera *Chalita*<sup>60</sup> que: “*Quem seduz induz. Quem seduz conduz. Quem seduz deduz. Quem seduz aduz*”. De acordo com o autor, as experiências vividas no tribunal do júri demonstram que também ali vale o princípio geral de que os seres humanos agem sobre o ambiente, transformando-o, e no decorrer dessa mesma atividade os agentes sofrem mudanças, ocasionadas pelas consequências da própria ação inicial. E complementa que o caráter sedutor do discurso das

---

<sup>59</sup> *Op.cit.*, p. 69.

<sup>60</sup> *Op.cit.*, p. 155.

partes desempenha função essencial à aplicação do Direito, sobrepondo-se os testemunhos e as provas, à medida que conduz à verdade dos jurados, e não à verdade dos autos, de sorte que, assim sendo, cai por terra o axioma jurídico do Direito Penal, da chamada “verdade real”. A verdade torna-se filha do discurso.

Bem de ver-se que, com todos esses contornos, o julgamento desses casos pelos próprios cidadãos é, de qualquer sorte, uma *garantia fundamental* daquele que é levado a julgamento pelo tribunal do júri.

### 5.3

#### **Relevância da interpretação conforme a Constituição e de sua força normativa. Relação entre a Constituição e a comunidade. Realização da Constituição**

A falar-se sobre a instituição do tribunal do júri, cuja inserção constitucional recai no título dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, XXXVIII), é mister não perder de vista o tema da *interpretação constitucional dos direitos fundamentais*.

Se, de um lado, os jurados decidem livremente no plenário do tribunal do júri, sem compromisso com o dever de motivar as decisões judiciais, por outro lado, é imperioso que, neste órgão judiciário, haja destaque para a forma de interpretação conforme a Constituição, isto é, de modo a compreender a *dimensão constitucional do tribunal do júri*. É preciso que o jurado saiba perceber a sua atuação e a relevância de sua participação no julgamento de seu semelhante.

Nesse diapasão, cumpre não perder de mira que a constituição é definida como a ordem jurídica fundamental da comunidade. A propósito, vêm à tona os tradicionais métodos de interpretação, a saber: gramatical; histórico; sistemático e teleológico, cujas conceituações, porque cediças, prescindem de maiores esclarecimentos. Importante consignar que referidos métodos de interpretação, à vista de determinadas espécies de normas constitucionais,

afigram-se *insuficientes*, como se sucedem com as chamadas *normas abertas*, ou seja, aquelas que se colocam flexíveis às diferentes opções políticas, de sorte que seus conceitos caracterizam-se por sua *amplitude* e por sua *indeterminação*. Não obstante, esse debate refoge ao objeto deste trabalho.

Em *Hesse*, o Direito Constitucional implica a compreensão prévia de seu objeto, qual seja a Constituição. Somente a partir dessa compreensão prévia permite-se ao Direito Constitucional identificar os problemas constitucionais, assim como dar-lhes respostas adequadas:

*Entender El Derecho Constitucional vigente implica la comprensión previa de su objeto: la Constitución. Sólo a partir de dicha comprensión permite El Derecho Constitucional identificar los problemas constitucionales así como dar respuesta adecuada a los mismos. [...]*<sup>61</sup>

D'outro vértice, há de levar em conta, nos métodos de interpretação, a *concretização hermenêutica* e a sua colocação em prática. Para tanto, o método *tópico* parece ser o mais escorreito, conquanto com algumas reservas, haja vista a *unidade da constituição* que, invariavelmente, deve ser levada em conta. Aliás, o método *tópico* destina-se a mitigar as *crises da constituição*, as quais, em última razão, constituem verdadeira crise do Estado constitucional. Desse modo, tem-se que as crises da constituição são problemas perenes relacionados à capacidade do Direito para ordenar normativamente o processo político.

Por outro lado, sem embargo da insuperável *crise da Constituição*, é certo asseverar que a *força normativa da constituição* tem resistido, no âmbito histórico, a essas situações perenes de vicissitudes e aos *fatores reais de Poder*. Essa manutenção inabalável esteve a demonstrar, na história, que a Constituição não é, apenas, um *pedaço de papel*, como teria dito (se bem que em determinado contexto histórico de sua época) *Ferdinand Lassalle*.

Em *Hesse*, a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das

---

<sup>61</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 3.

condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas<sup>62</sup>. Desse modo, toda Constituição, ainda que considerada como simples projeto teórico, deve buscar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, a necessitar apenas de seu desenvolvimento.

Daí a imprescindibilidade de depreender-se a instituição do tribunal do júri à luz de uma interpretação da *força normativa da constituição* e o significado histórico-evolutivo, sem o que o processo hermenêutico será falho. Diz Hesse que: “*um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis*”<sup>63</sup>. Segue-se que o papel do Direito Constitucional é realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição.

A força normativa da Constituição demonstra que, não sem razão, o tribunal do júri tem *status* constitucional, o que decorre de todo um processo histórico a apontar a participação popular como protagonista do processo de atuação do poder estatal, à luz do protótipo da *distribuição dos poderes constituídos*. O tribunal do júri, a despeito de numerosas críticas — a maioria das quais perfunctória —, está a resistir até os dias atuais e tal se deve exatamente a seu espírito *democrático e transparente*, sem precedentes no sistema judiciário global, o que autoriza concluir que referida instituição é imanente à natural evolução crescente do estado democrático de direito.

Por oportuno, é importante destacar o significado da Constituição à comunidade, uma vez que é o próprio texto constitucional, de forma altamente democrática, que atribui competência à sociedade para julgar os crimes dolosos contra a vida. A Constituição não pressupõe um Estado preexistente, senão dependente da atuação humana. A Constituição, assim, é a *ordem jurídica fundamental da comunidade*, conforme Hesse:

*Em cuanto orden jurídico fundamental de la Comunidad, la Constitución no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también — de forma especialmente clara em garantías tales como las del matrimonio y la*

---

<sup>62</sup> A força normativa da Constituição. *Op.cit.*, p. 15.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 21.

*familia, la propiedad, la educación o la libertad del arte y la ciencia — las bases de la ordenación de la via no estatal*<sup>64</sup>. [grifei]

O tribunal do júri é órgão judiciário de índole constitucional e que diz respeito à comunidade, porquanto sua competência coloca o múnus de o cidadão julgar o seu semelhante, de sorte que é imperioso entender o caráter constitucional dessa garantia fundamental que — diga-se de passagem — não é somente do cidadão, mas da sociedade. A atuação do tribunal do júri traz sensível aproximação da sociedade com os demais atores dessa sistemática de julgamento — Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil.

É pelo modelo de julgamento do tribunal do júri que, amiúde, se reafirma a força normativa da constituição, a assegurar a garantia do julgamento popular em determinados casos, e a concretude de seus valores axiológicos fundamentais. Adverte Hesse que a Constituição contém requerimentos dirigidos à conduta humana, de sorte que essas normas não são mais do que letras mortas, sem eficácia alguma, quando o seu conteúdo não se incorpora ao comportamento da comunidade<sup>65</sup>.

Interpretação constitucional é concretização, cuja realização pressupõe a exata compreensão da norma a concretizar. A aderência da Constituição à comunidade está condicionada à possibilidade de sua exequibilidade prática. Quanto maior a conexão de seus preceitos, maior será a força normativa da Constituição. O tribunal do júri, sob esse aspecto, vem ao encontro dessa possibilidade de *realização* prática da Constituição, haja vista que, diferentemente dos demais órgãos judiciários, é a própria comunidade quem rege seus julgamentos e profere o veredicto popular.

---

<sup>64</sup> *Op.cit.*, p. 17.

<sup>65</sup> *Op.cit.*, p. 25.

## 5.4

### Perspectivas contemporâneas do tribunal do júri

Desde que o homem passou a viver em grupos, reconheceu que regras básicas de conduta deveriam ser observadas por todos para que pudesse imperar a pacificação social. Essas regras de conduta foram se aperfeiçoando ao longo do tempo e se traduziram, com o positivismo, no direito posto. No âmbito penal, a legislação tem servido, notadamente, para obviar a chamada “violência urbana”. Trata-se de fenômeno que tem sido estudado de há muito — no Direito por meio da Criminologia —, a partir de visões multidisciplinares, porém sem muito êxito. Nas sociedades europeias do período feudal o crime foi considerado uma afronta às leis e aos princípios divinos.

Grandes estudiosos, como *Gabriel Ignacio Anitua*<sup>66</sup>, dedicam-se ao tema e problematizam a questão da pena, de seu caráter meramente retribucionista, cujo debate não é novo<sup>67</sup>. De acordo com este pensador:

O fato de que se fale tanto em ‘gerência’ significa que a penologia de princípios do século XXI não pretende castigar, ética ou juridicamente, nem reeducar ou reabilitar, nem tampouco eliminar a delinqüência no futuro, mas simplesmente torná-la tratável ou tolerável. O sistema penal adquire uma função gerencial, já que se converte no mecanismo de gestão daqueles grupos de risco, através de instrumentos que vão desde o confinamento em cárceres de simples custódia, até sistemas de monitoramento eletrônico, novas formas de vigilância, impedimentos físicos etc.<sup>68</sup>

Sabido que, em 1764, o aristocrata milanês *Cesare Bonesana*, o *marquês de Beccaria*, publicaria um pequeno livro, denominado *Dos delitos e das penas*, pelo qual provocaria grande polêmica acerca do sistema punitivo feudal. Buscaria

---

<sup>66</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. Pensamento criminológico; 15.

<sup>67</sup> Observa Anitua que, atualmente, subsiste o “populismo punitivo”, pois, sob a invocação de “justiça”, se busca satisfazer uma suposta demanda social por maior dureza para com aqueles que “mereçam”. *Op.cit.*, p. 805.

<sup>68</sup> *Op.cit.*, p. 815.

uma reforma radical com a finalidade de trazer conformação aos princípios liberais do Contrato Social, de forma que os homens livres convencionam viver em harmonia e cada um é responsável por seus atos, como manifestação livre de sua vontade. Nessa linha de conclusão, o crime passaria a ser encarado como uma quebra dessa harmonia social.

Surgem estudos na área da Antropologia e nasce a Criminologia. Lembra *Dornelles*<sup>69</sup> que a criminologia surgiu no final do século XIX como o meio de legitimação, em nome da ciência “neutra”, da intervenção estatal contra os indivíduos resistentes ao sistema, contra os não conformistas, os segmentos potencialmente questionadores da ordem estabelecida.

Ocorre que diversos fatores influem essa realidade e refletem, em última razão, problemas que antecedem. De acordo com *João Ricardo W. Dornelles*<sup>70</sup>, a violência é apenas a ponta do *iceberg*, porquanto é uma das formas sobre como se expressa a violência nas grandes cidades.

Atualmente, estamos permeando o período da “nova criminologia”, a qual se opõe ao protótipo da “criminologia tradicional”, tanto sob o ponto de vista clínico-antropológico, quanto sob o sociológico-ambiental. Sua finalidade é ir ao fundo da raiz dos problemas da violência criminal, a derrubar mitos e estigmas da existência e a construir a criminologia da libertação. Por isso, a definição de crime não é das mais fáceis. *Dornelles*, à vista dessa complexidade, conclui:

A definição do que é crime, portanto, vai variar de acordo com as diferentes formas de entendimento sobre o país e o mundo. Como também irá variar com a correção de forças existentes dentro de uma sociedade. Com uma correção de forças favorável aos setores populares, os crimes contra a economia popular seriam considerados mais graves e mereceriam punição, em vez de pequenos

---

<sup>69</sup> *Op.cit.*, p. 35.

<sup>70</sup> DORNELLES, João Ricardo. W. *O que é crime*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2009. Coleção Primeiros Passos. p. 10.

delitos como a vadiagem e o furto simples. Dessa forma, a caracterização do que é crime sofre uma determinação política e ideológica<sup>71</sup>.

Sob a ótica positivista, do direito posto, é ressaltado que o delito exige a prévia previsão legal de determinada conduta classificada como tal. Por isso, subsiste o princípio de que *nullum crimen sine lege*. Ademais, não há pena sem sentença condenatória transitada em julgado (*nulla pena sine judicio*).

De há muito abolida a vindita privada, a sanção penal (*sanctio juris*) é monopólio da jurisdição do Estado, por meio de seu *direito subjetivo de punir (jus puniendi)*. Por essa razão, os códigos dos países civilizados consideram delito a conduta do exercício arbitrário das próprias razões.

Perpetrada a conduta tida como criminosa, exsurge ao Estado o direito de punir, que, do estado dormente, se convola ao estado patente. De acordo com *José Frederico Marques*, nos Estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica <processualmente>. Isso quer dizer que a atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime, se submete a um controle jurisdicional *a priori* em que o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade<sup>72</sup>. Nasce, utilizando-se da expressão de *Pessina*<sup>73</sup>, um dos <teoremas fundamentais> do direito penal, segundo o qual ninguém pode ser punido sem sentença condenatória (*nulla pena sine judicio*).

Desse caráter indireto da coação penal se apresenta outra atividade estatal necessária a tanto, qual seja a *persecutio criminis*. Em outras palavras: para a imposição do *jus puniendi* em concreto é mister que se observe o *jus persequendi*,

---

<sup>71</sup> *Op.cit.*, p. 81.

<sup>72</sup> *O júri no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 23.

<sup>73</sup> PESSINA, Enrico. *Elementi di diritto penale* – 2 v. Itália, 1882.

cujo desdobramento ocorre em dois momentos: (i) a investigação; e (ii) a ação penal.

Por fim, cumpre não perder de vista, como alerta Frederico Marques, que, havendo órgãos distintos para exercer cada uma das funções — acusar, defender e julgar —, a teoria da relação processual é, no campo da dogmática jurídico-processual, uma projeção dos *princípios políticos* que inspiram o <istema acusatório><sup>74</sup>.

Deve-se atentar para que, no *sistema acusatório*, o juízo penal é o *actum trium personarum* em face da legítima relação processual. Autor é réu colocam-se em pé de igualdade e, sobrepondo-se a ambos está o órgão estatal imparcial de aplicação da lei, qual o titular da jurisdição. Outra forma de processo é do *sistema inquisitivo*, com base no qual o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, defender e julgar. Dada essa característica, menciona *Frederico Marques*, não se trata de processo genuíno, e, sim, de forma autodefensiva de administração da justiça<sup>75</sup>.

## 5.5

### Realidade contemporânea

Hodiernamente, os tribunais estão abarrotados de milhares de recursos em todo o território brasileiro, o que significa dizer que há um sem-número de recorrentes que consideram ter havido *error in iudicando* em julgamentos afetos a seus casos. Essa avaliação não é de hoje. *Roberto Lyra*, no ano de 1950, já citava essa questão. Eis uma importante passagem destacada por *James Tubenclak*<sup>76</sup>:

<sup>74</sup> *Op.cit.*, p. 29.

<sup>75</sup> *Op.cit.*, p. 39.

<sup>76</sup> Bacharelou-se na Faculdade de Direito de Niterói em 1961, obtendo, posteriormente, o grau de mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Há mais de três décadas dedica-se às atividades jurídicas. Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, exerceu por mais de cinco anos a presidência do tribunal do júri da comarca de São Gonçalo, aposentando-se em outubro de 1992, depois de ser promovido para a Capital.

Centenas de páginas seriam demandadas para elencar a infinidade de argumentos contrários e favoráveis ao Tribunal do Júri. Destacamos, por curiosidade, dois deles: o primeiro de Raffaele Garofalo (*apud* Roberto Lyra, 1950, p. 10), atribuindo à ignorância dos jurados a parte principal das injustiças cometidas — ‘às vezes, é evidente, pelas respostas contraditórias, que tinham a intenção de condenar, não obstante involuntariamente absolvam, por não terem compreendido um quesito’ — e pleiteando a abolição do Júri em nome da defesa social; o segundo, de Magarinos Torres (1935, p. 15, n. 1): ‘O STF corrige, todo dia, decisões de todos os tribunais togados do País ... E não dá conta da incumbência!’<sup>77</sup>.

É interessante notar que o saudoso *José Frederico Marques*, livre docente da Universidade de São Paulo, em obra publicada em 1955<sup>78</sup>, já assinala a **índole nitidamente democrática do tribunal do júri**. Segundo o emérito professor, a participação popular nos julgamentos criminais tem sido preconizada como a melhor forma de estruturação da justiça penal. De acordo com *James*:

Voltando rapidamente às quatro indagações doutrinárias inicialmente registradas, sobre a natureza jurídico-política do Tribunal do Júri: a) optamos por sua natureza constitucional; b) alinhá-lo entre as garantias individuais, ou na parte do Poder Judiciário, não é mera questão de semântica, como pode parecer à primeira vista, pois a democracia participativa implica, entre outras coisas, atuação popular, diretamente, em relação aos três poderes, o que consubstancia, sem dúvida, um direito a ser garantido na Carta Magna; c) Júri sem o selo da soberania plena em seus veredictos não é júri; d) dar-lhe competência material genérica, ou específica, é tema que está a merecer maior atenção e exame profundo dos doutrinadores pátrios, à luz do Direito Comparado e em face das mutações sociais ocorridas em nosso país nas últimas décadas, aliando-se a isso o incentivo ao debate popular, com a realização, até mesmo, de um plebiscito<sup>79</sup>.

*A priori*, razões de ordem política serviram de base aos argumentos de seus prosélitos. Ulteriormente, motivos sentimentais, fantasiados com a indumentária da política criminal, foram desenvolvidos para justificar a magistratura popular.

<sup>77</sup> TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri. Contradições e soluções*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

<sup>78</sup> *Op.cit.*, p. 45.

<sup>79</sup> *Op.cit.*, p. 9-10.

O júri teria sido apontado, antanho, como instituição democrática que se destinava a substituir os magistrados profissionais das justiças, que se curvavam às ordens dos dinastas de que dependiam. Para alguns defensores, os jurados atendiam melhor aos ditames da justiça do que o magistrado profissional.

Bem de ver-se, assim, que a instituição do júri sempre foi animada pelo desejo do exercício democrático da atividade estatal de julgar.

## 5.6

### **O *Garantismo Penal* e sua aplicação ao tribunal do júri**

Depois do fracasso do modelo de Estado Liberal advindo das revoluções liberais do final do Século XVIII (pela concentração de renda e exclusão social originadas) e do fracasso do modelo de Estado Social de Direito (que, com o seu modelo excessivamente intervencionista, gerou graves crises financeiras e orçamentárias, aumentando-se exageradamente a dívida pública), chegou-se, após a segunda guerra mundial, ao modelo de **Estado Democrático Social de Direito**, que tem como características básicas um menor intervencionismo (se comparado aos Estados de Bem Estar Social). Sem embargo, ainda traduz elementos liberais, como a consagração dos valores da livre iniciativa e do trabalho como bem social.

Em relação ao aspecto constitucional que fundamenta o *Estado Social Democrático de Direito*, deve-se ressaltar que os textos fundamentais exprimem importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado e programas de governo), destacando-se a ideia da constituição dirigente.

A partir do século XXI, a doutrina passou a desenvolver uma nova perspectiva em relação ao Direito Constitucional, que convenciou chamar de *neoconstitucionalismo*, ou, segundo alguns, *constitucionalismo pós-moderno*, ou, ainda, *pós-positivismo*. Este novo paradigma constitucional tem como uma de suas principais características a “positivação” e a concretização de um catálogo de direitos fundamentais que não podem ser atacados por normas hierarquicamente inferiores.

De fato, um dos marcos filosóficos do *neoconstitucionalismo* reside no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade humana, que se consubstancia no centro de um sistema constitucional que deve prevalecer hierarquicamente sobre as demais normas do ordenamento jurídico, não apenas sob o ponto de vista formal, mas, principalmente, do ponto de vista axiológico.

Este marco filosófico, aliado à ideia da força normativa da constituição (que dota a norma jurídica constitucional de imperatividade), funciona como elemento imprescindível da limitação do poder estatal em intervir dentro das esferas individuais dos cidadãos. Como aduz *Gilmar Ferreira Mendes*, referindo-se a *Jellinek*:

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas<sup>80</sup>.

Sob este prisma, a intervenção penal estatal deve ser realizada observando-se que esta forma de atuação do Estado traduz-se na intervenção mais severa sobre o indivíduo, pois envolve um instituto axiológico fundamental para o exercício da soberania popular nos estados democráticos de direito (o que legitima a sua existência): a liberdade, direito fundamental básico.

Ao levar-se em consideração os graves danos sociais e individuais causados pela intervenção penal, a doutrina se ocupou de analisar os limites e as formas de exercício do *ius puniendi*. Na esteira dessa preocupação, um dos conceitos mais referidos atualmente é o do *garantismo penal*, que tem como um de seus expoentes o jurista florentino *Luigi Ferrajoli*.

É justamente no sistema de hierarquia de normas constitucionais que *Ferrajoli* fundamenta seu modelo garantista. Aduz o jurista italiano que o garantismo — entendido no sentido do Estado Constitucional de Direito, isto é,

---

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos — representa o único remédio para os poderes selvagens. Ao prosseguir, distingue as garantias em duas grandes classes: as garantias primárias (que são limites e vínculos normativos, ou seja, proibições e obrigações, formais e substanciais, impostos na tutela dos direitos ao exercício de qualquer poder) e as garantias secundárias (que são as diversas formas de reparação subsequentes às violações das garantias primárias, tais como a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos).

*Luiz Flávio Gomes*, ao citar a obra de *Ferrajoli*, aduz que o *garantismo* é o sistema penal em que a pena, excluindo-se a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção, se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo. Seria uma mínima intervenção penal estatal com o máximo de garantias<sup>3</sup>.

Para *Guilherme de Souza Nucci*, o garantismo penal se trata de um modelo normativo de direito que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites a função punitiva do Estado<sup>81</sup>.

Nos dizeres de *Salo de Carvalho*, citado por *Rogério Greco*:

a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados<sup>82</sup>.

O garantismo penal proposto por *Ferrajoli* fundamenta-se em dez axiomas básicos, quais sejam:

a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);

---

<sup>81</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 312.

<sup>82</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Niterói, Impetus, 2008. p. 11.

- b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei);
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade);
- d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico);
- e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta);
- f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa);
- g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo legal);
- h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação; *nemo iudex sine actori*);
- i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); j) *Nulla probatio sine defensione* (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).

Imprescindível salientar que os axiomas acima referidos devem ser observados tanto no que se refere à formulação das políticas criminais (para a formulação dos tipos penais), quanto para a aplicação da lei no caso concreto.

Por fim, deve-se ressaltar que a magistratura exerce papel fundamental, dentro do quadro garantista proposto por *Ferrajoli*, principalmente sob o ponto de vista da técnica interpretativa. Isso porque o juiz, ao exercer a atividade jurisdicional, deve se ater não apenas à aplicação formal da lei, sem se preocupar com seu conteúdo. Pelo contrário, o órgão julgador, dentro do novo panorama garantista proposto, nas sendas do neoconstitucionalismo, deve se ater a uma interpretação que leve em consideração, primeiramente, se o plexo de significados possíveis da norma penal a ser interpretada está de acordo com a carga axiológica prevista na Constituição. Assim, orientado pelo princípio da conformidade, a ser aplicado sob o ponto de vista da carga valorativa das normas constitucionais, o

magistrado deve analisar se a norma penal infraconstitucional *sub examine* é, ou não, válida.

É indubitável que a instituição do tribunal de júri vem ao encontro exatamente dessa visão vanguardista, na medida em que, em nome do direito assegurado constitucionalmente do *due process of law*, o caso concreto é avaliado pelo Poder Judiciário na fase judicial, assegurado ao acusado a garantia de que todos os seus direitos fundamentais foram respeitados. Somente depois desse crivo é que o caso é encaminhado a um julgamento popular.

Num segundo momento, o caso é levado ao tribunal do júri para que os jurados convocados possam dizer o direito, soberanamente, de forma democrática e direta, sem a intervenção de qualquer representante estatal, o que faz com que essa instituição esteja acima de qualquer crítica, haja vista que é a própria sociedade quem profere o “veredicto”, e mais: sem as amálgamas inerentes ao positivismo codificado.

No âmbito dos julgamentos realizados pelo tribunal popular, o veredicto advém da análise *material* do conceito de crime, e não a partir de uma mera avaliação *formal* da tipologia do delito. O critério de justiça individual sobrepõe-se ao critério formal da estrutura do crime, à luz das matizes do *fato jurídico*, *antijurídico* e *culpável*.

Numa visão mais contemporânea dos fenômenos jurídicos, vêm à calha as reflexões de *Boaventura de Sousa Santos*<sup>83</sup>, o qual, ao definir o conceito de *globalização*, pontua que se trata do processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.

Nesse viés, não resta dúvida de que a instituição do tribunal do júri decorre do fenômeno em questão, pois oriundo do sistema inglês, que deitou seus influxos

---

<sup>83</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos*, in Feldman-Bianco, Bela e Capinha, Graça (org.), *Identidades*. São Paulo: Hucitec, 19-39.

sobre as demais nações. É o que *Boaventura* denominou de *localismo globalizado*<sup>84</sup>, segundo o qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso.

## 5.7

### A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição

Discorrer acerca do color nitidamente democrático do tribunal do júri e de sua índole predominantemente constitucional é lembrar que tal instituição está alçada ao ápice do sistema jurídico brasileiro, de tal arte a que toda a comunidade possa encará-la como órgão do Poder Judiciário que delega ao povo a atividade de julgar seu semelhante.

Tal proceder corrobora a tese de que não só os operadores do Direito podem interpretar a Constituição e, em última razão, o sistema jurídico pátrio, mas, também, a coletividade. Na medida em que o conselho de sentença é composto por pessoas leigas, é forçoso concluir que essas haverão de analisar o caso concreto e amoldá-lo ao sistema de normas.

A evolução do Estado Democrático de Direito está a demonstrar que a hermenêutica constitucional é encargo de uma sociedade aberta, na exata construção teórica formulada por *Peter Häberle*, o qual propugna pela adoção de formas de interpretação adequadas à sociedade pluralista ou a chamada *sociedade aberta*. Di-lo:

Interpretação constitucional tem sido até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft

---

<sup>84</sup> Op.cit. Aliás, o *localismo globalizado* é fenômeno distinto do *globalismo localizado*, que consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais.

immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade<sup>85</sup>.

Portanto, a obra de *Häberle* é bastante oportuna à linha de desenvolvimento deste trabalho, na medida em que o tribunal do júri vem ao encontro de uma interpretação voltada à sociedade aberta. Em termos convencionais, quase toda a teoria de interpretação constitucional está vinculada ao modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Por isso, a teoria de *Häberle* exige radical revisão da metodologia jurídica tradicional, a fim de estabelecer comunicação efetiva entre os atores do processo amplo de interpretação.

Em *Häberle*, a interpretação constitucional se compõe de *objetivos* (justiça, equidade e razoabilidade), *métodos* (processo de interpretação) e *participantes*. Para ele, a interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, o que reduz o âmbito de investigação porque concentra essa atividade nas mãos dos juízes e nos procedimentos formalizados. Neste particular, a interpretação feita pelos juízes não é a única. Para *Häberle*, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, ao menos, co-interpretá-la. Di-lo:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição<sup>86</sup>.

Todos os cidadãos e a própria opinião pública têm influxos no processo de interpretação constitucional, ainda que colocados como “pré-intérpretes”. Diz-se que o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Logo, como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o

---

<sup>85</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

<sup>86</sup> *Op.cit.*, p. 15.

monopólio da interpretação da Constituição. Tal raciocínio decorre, entre outras coisas, do próprio *pacto republicano*. Frisa *Häberle* que:

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito em órgãos. (...) <sup>87</sup>

Em síntese, a interpretação é uma atividade que potencialmente diz respeito a todos e que influencia na vida de todos. Essa teoria é perfeitamente aplicada aos julgamentos populares, pois a leitura que é feita do mundo do *dever-ser* não é tarefa exclusiva da magistratura de carreira. Bem por isso nossa Constituição assegura que o julgamento dos crimes dolosos contra a vida deve recair sobre o tribunal do júri, ou seja, sobre um tribunal popular, o que ressalta o caráter democrático do texto constitucional. Lembre-se, com *Häberle*, que:

‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional <sup>88</sup>.

A interpretação que é dada pelo tribunal do júri, por meio de seu conselho de sentença, é, sobremaneira, democrática porque procede de *forças pluralistas da sociedade*. Conforme *Häberle*, Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade <sup>89</sup> e isso é, exatamente, o que ocorre nesses julgamentos populares.

---

<sup>87</sup> *Op.cit.*, p. 23.

<sup>88</sup> *Op.cit.*, p. 37.

<sup>89</sup> *Op.cit.*, p. 34.

## 5.8

### A justiça perante uma crítica ética da violência

Outro aspecto a considerar no propósito deste trabalho, qual seja a dimensão constitucional do tribunal do júri, é seu papel na *crítica ética da violência*.

A instituição do tribunal do júri, em tempos hodiernos, tem uma vertente umbelicalmente ligada ao fenômeno da violência crescente que a assola a sociedade, máxime quanto aos crimes praticados contra a vida, porquanto se trata de órgão judiciário que, conseqüentemente, tem a competência para o julgamento desses casos. Neste passo, o exercício de cidadania praticado nos julgamentos perante o tribunal do júri, de índole constitucional, por decorrer de uma garantia fundamental do cidadão, apresenta, ainda, outra faceta, qual seja a preocupação que essa própria sociedade está a demonstrar com a ótica do próprio ofendido, isto é, da vítima. Sob tal ângulo, merece relevo o pensamento moderno desenvolvido por *Castor Mari Martin Bartolomé Ruiz*<sup>90</sup>, ao abordar o tema “A justiça perante uma crítica ética da violência”.

Basicamente, a questão da violência, para *Ruiz*, deve ser compreendida por além do direito, visto que a análise crítica deve superar a perspectiva jurídica de (mera) transgressão legal para posicionar-se no lugar da vítima que a sofre. Trata-se de uma *aproximação ética à violência*. A valer, há de se ter em mente que a gênese da violência não está em mera transgressão do direito, mas, além disso, em uma violação ética, haja vista negar a alteridade<sup>91</sup> humana. *Ruiz* aponta que essa visão repercute diretamente na atual *teoria da justiça*.

---

<sup>90</sup> RUIZ, Castor Mari Martin Bartolomé. *Justiça e Memória. Para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

<sup>91</sup> Qualidade do que é outro.

Por isso, a violência está umbelicalmente ligada à ética, na medida em que, de acordo com *Walter Benjamin (2006)*<sup>92</sup> — *Por uma crítica da violência* —, uma causa eficiente se converte em violência, no sentido estrito da palavra, apenas quando incide sobre as relações morais e estas só subsistem em seres humanos. Daí o vínculo formado pelo trinômio “violência”—“Alteridade humana”—“violação da ética”. Para *Benjamin*, um ato só pode ser violento se nega, de alguma forma, a alteridade humana. Se isso ocorrer, estaremos diante da *agressividade*, e não da *violência* propriamente dita<sup>93</sup>.

Nesse estudo acerca da crítica ética da violência, fica bastante nítida a relevante distinção fenomenológica entre *agressividade* e *violência*, visto que aquela, em geral, pode ser considerada natural, enquanto que esta se materializa a partir da intencionalidade estratégica que a produz. Em última razão, a violência é característica imanente ao ser humano. Os animais irracionais possuem naturalmente a agressividade.

Lembra *Bartolomé Ruiz* que a moral é o *freio inibidor* do ser humano contra a violência. Por isso, leis morais, como, v.g., “*não matarás*”, são formas de tradição social de recursos suplementares dos rituais que os seres humanos encontram para neutralizar a pulsão mimética<sup>94</sup> da violência. Tenha-se presente que *Hobbes*<sup>95</sup>, a seu tempo, já asseverava que o *estado de natureza humano é um estado de guerra de todos contra todos*.

Sendo necessária a existência de mecanismos inibidores dessa violência pelo direito, sua legitimação acaba por se construir, de acordo com *Benjamin*<sup>96</sup>,

<sup>92</sup> *BENJAMINI, Walter*. Crítica da violência – Crítica do Poder. São Paulo: Cultrix, 1986.

<sup>93</sup> Importante anotar que Benjamin utiliza para designar violência o termo “*gewalt*”, que pode ser traduzido em dois sentidos: violência e força. Sobre esses dois termos, há diferença qualitativa, porquanto toda violência se utiliza de força, mas nem toda força é necessariamente violenta. A força tornar-se-á violenta quando for negada, total ou parcialmente, a alteridade humana.

<sup>94</sup> Fenômeno que consiste em tomarem diversos animais a cor e a configuração dos objetos em cujo meio vivem, ou de outros animais de grupos diferentes. Ocorre no camaleão, na borboleta etc.

<sup>95</sup> *HOBBS, Thomas*. Thomas Hobbes de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

<sup>96</sup> *Op.cit.*.

em dois momentos: i) para a instituição da ordem, a violência instituinte; ii) para a sua manutenção, a violência mantenedora.

Desses pensamentos, extrai-se a conclusão de ao direito caberá discernir entre violência legítima e violência ilegítima. Isso porque a violência é a criadora da vítima como *efeito colateral* da consecução de seus fins e oferece a destruição de sua vida como instrumento útil para o direito. Nessa esteira de conclusão, a vítima cumpre o papel de *sacrifício* necessário à preservação do direito.

Assim, se, na perspectiva do direito, a violência é colocada dentro da lógica de fins e meios, para o que o papel da vítima é sacrificado, a instituição do tribunal do júri, como tribunal popular, ganha especial relevo na medida em que é a própria sociedade quem acaba por proceder à referida distinção entre violência legítima e ilegítima. Bem por isso, o procedimento do tribunal do júri, baseado na livre convicção íntima do jurado, livra-o das amálgamas afetas ao juiz togado, que deve fundamentar adequadamente suas decisões de conformidade com o direito positivo. O conselho de sentença funciona como censor dessa violência, distinguindo-a entre legítima e ilegítima.

Veja que, *Bartolomé Ruiz*, ao concluir seu pensamento acerca da *justiça perante uma crítica ética da violência*, afirma que a perspectiva ética permite desconstruir o direito sempre e quando esse direito não se conforme aos imperativos éticos das vítimas como critérios de justiça primeira.

Essa visão filosófica da violência e da ética atrelada ao direito, justifica, assim, sob a égide do constitucionalismo contemporâneo, a inserção da instituição do tribunal do júri como *garantia fundamental* do exercício da cidadania. É o cidadão leigo, e não um juiz técnico, quem tem competência para decidir sobre o delito ontologicamente considerado o mais grave, qual seja aquele que é perpetrado contra a vida humana.

Sentencia Ruiz que “o direito não é justo pela força, mas pela possibilidade de promover e proteger o outro, em especial os injustiçados. Caso contrário, se torna um aparato ideológico para legitimar a força, o que torna essa força uma forma de violência”<sup>97</sup>.

A instituição do tribunal do júri é, em última razão, o caminho para que se mitiguem as críticas à *justiça instrumental* que está posta, em cuja estrutura a vítima é colocada como mero elemento dessa sistemática.

## 5.9

### **O Comunitarismo na Constituição de 1988 e sua influência na instituição do tribunal do júri. Reflexões dentro do âmbito nacional, conforme estudos de Gisele Cittadino**

Neste século XXI o mote pelo qual trespassa o constitucionalismo contemporâneo está em sua *eficácia* hodierna. Até o século passado, os vetores de resolução das problemáticas jurídico-políticas do estado atual estavam nas liberdades fundamentais, na isonomia entre os poderes e na segurança jurídica.

Contudo, a par das convolações econômicas e políticas havidas nesse interregno, o direito constitucional acabou por tornar-se o ramo do direito a sofrer o maior influxo desses fenômenos. A globalização de mercados, a internacionalização do sistema financeiro e a livre circulação de capitais tornaram a constituição a grande vilã do mercado competitivo.

Oportuno lembrar, consoante ressalta José Eduardo Faria<sup>98</sup>, que, no liminar do século XXIV, a ideia de constituição cada vez mais foi apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio de competitividade dos agentes

<sup>97</sup> *Op.cit.*, p. 108.

<sup>98</sup> *Apud* CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva — Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (prefácio – xv).

econômicos e como obstáculo à expansão da economia. Por decorrência desses reflexos, emergiram as teorias debatidas pela Filosofia Política nos dias atuais. Entre as várias teorias engendradas a partir do debate travado sobre a filosofia política, destacam-se:

- a) a dos libertários.
- b) a dos liberais contratualistas;
- c) a dos comunitaristas;
- d) a dos crítico-deliberativos.

Dentre essas teorias, merece destaque, dentro do objetivo deste tópico, o pensamento dos “*comunitaristas*”. Tal corrente resgata a tradição aristotélica, na medida em que: (i) coloca em xeque a pressuposição de um sujeito universal, e não situado historicamente; (ii) enfatiza a *multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas* presentes na sociedade contemporânea; (iii) concebe a justiça como a virtude na aplicação de regras conforme as *especificidades de cada meio ou ambiente social*, criticando os liberais, por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma *sucessão alternada de monólogos*. São defensores Michael Walzer, Charles Taylor, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre.

Pensar em democracia contemporânea é *entender o fenômeno do pluralismo*, visto que é inverossímil acreditar na existência do bem a ser compartilhado por *todos*. Neste tanto, o *pluralismo* destina-se tanto a descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna, quanto para exaltar a multiplicidade de identidades sociais.

A primeira definição é apontada por John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, os quais seguem a linha do *pensamento liberal*, ao descreverem que as democracias atuais representam *sociedades que coexistem como distintas concepções individuais acerca do bem*.

A segunda definição decorre do pensamento dos *comunitaristas*, como Charles Taylor e Michael Walzer, entre outros, os quais salientam a

*multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas presentes nas sociedades contemporâneas.*

Vale lembrar que, para *Gisele Cittadino*<sup>99</sup>, a vertente preconizada por Habermas é denominada de “crítico-deliberativa”, por fazer alusão à “teoria crítica” e “deliberativa” e por fazer referência ao amplo processo de deliberação pública do qual depende a “formação racional da vontade”. Para essa teoria, as duas dimensões do pluralismo — (i) diversidade de concepções individuais sobre a vida digna e (ii) multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições — estão presentes nas *democracias contemporâneas*, e não há como optar por uma ou outra.

Sob a ótica do *constitucionalismo comunitário*, a constituição deve ser vista como uma estrutura normativa que envolva um *conjunto de valores compartilhados*, já que o *constitucionalismo comunitário* é representado pelo binômio <dignidade humana – solidariedade social>. São representantes dessa linha de *constitucionalismo comunitário*, dentre outros, José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto.

Para essa teoria, o processo de concretude de eficácia da constituição depende da capacidade de controle, pela comunidade, das omissões do poder público, por meio das chamadas *liberdades públicas* — mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão etc. —, a garantir o valor dignidade humana.

Neste particular, é de subida importância o papel da chamada *interpretação comunitária do ordenamento constitucional*, já que, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV, da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

<sup>99</sup> *Op.cit.*; introdução; p. 2.

No processo constituinte brasileiro dos anos 80, grande parcela dos constitucionalistas brasileiros – contrária à cultura jurídica positivista e privatista e sob influência do constitucionalismo contemporâneo português e espanhol — laborou ativamente para a confecção de uma Constituição que representasse uma *sociedade brasileira justa*, dando-lhe uma feição de fundamento mais ético à nova ordem constitucional. Assim, foi de grande evidência a influência do pensamento *comunitário* nos trabalhos em comento.

No processo constituinte que deu ensejo à Assembleia Constituinte de 1987 e à Constituição de 1988, vários representantes do constitucionalismo *comunitário* compuseram a Comissão de Estudos Constitucionais — presidida por Afonso Arinos e formada por 49 membros —, a quem coube elaborar o anteprojeto dessa constituição, a partir da iniciativa de Tancredo Neves, cuja materialização se deu por força do Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985. Oportuno lembrar que esses estudos encetaram pelo anteprojeto de Constituição que houvera sido elaborado por José Afonso da Silva, um dos grandes representantes do comunitarismo brasileiro. Desse conjunto, formaram-se, então, dois anteprojetos básicos do arquétipo do que seria a Constituição de 1988. Para *Gisele Cittadino*, a par desse influxo, é possível identificar, na Constituição de 1988, uma *linguagem comunitária*, mas não só isso: um compromisso com o ideário comunitário. Di-la:

Ao adotar o ideário comunitário e lutar por sua inclusão no ordenamento constitucional do país, os ‘constitucionalistas comunitários’ brasileiros se envolvem no debate acerca de como é possível conformar uma sociedade justa e uma estrutura normativa a ela adequada. No entanto, como referimos, esta discussão tem seu início no âmbito da filosofia política contemporânea e organiza-se em torno dos debates sobre relações entre ética, direito e política<sup>100</sup>.

A Constituição de 1988 foi cunhada pela caracterização de um *Estado Democrático de Direito* regido pela *cidadania*, pela *dignidade humana* e pelo *pluralismo político* (art. 1º), sendo certo que seus objetivos fundamentais consistem em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as

---

<sup>100</sup> *Op.cit.*; introdução; p. 4.

desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Sobreleva consignar que *todos* os direitos contidos na Declaração da ONU foram inseridos na Constituição de 1988. Segue-se que é evidente a *dimensão comunitária* dessa Constituição — alcunhada de “Cidadã” —, na medida em que alicerçada em três grandes pilares, a saber: definição do fundamento ético da ordem jurídica; amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado de institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público, e Corte Suprema como órgão de caráter político. O *núcleo básico* da ordem constitucional brasileira está consubstanciado no *sistema de direitos fundamentais*. Estes, por sua vez, denominados de “normas-princípios”.

Lembra *Gisele Cittadino*<sup>101</sup> que, um dos principais temas do debate jurídico contemporâneo tem sido precisamente o papel que estão a desempenhar os *princípios* nos ordenamentos jurídicos atuais. Se, para os positivistas, a função dos princípios era meramente supletiva e subsidiária, nestes tempos pós-positivistas já se fala em *concepção principial do direito*, haja vista que muitas das constituições contemporâneas -- ao incorporarem os princípios em seus textos -- transformaram-nos em normas-valores.

No cenário nacional, o pensamento jurídico é destacadamente positivista, inclinado à garantia da autonomia privada dos cidadãos e dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos e sociais, a prestigiar a defesa da autonomia dos indivíduos. Sem embargo, importa sinalar que grande parte dos constitucionalistas brasileiros acima citados — prosélitos do *comunitarismo* — contrapõe-se ao paradigma da cultura positivista e privatista, por meio de um visio ético à ordem jurídica, o que só pode ser atingido pela via do *constitucionalismo societário e comunitário*. Desse contexto, é possível concluir que:

1. É iniludível o influxo dos constitucionalistas “comunitários” no processo constituinte dos anos 80 e que deu ensanchas à Constituição de 1988, conforme

---

<sup>101</sup> *Op.cit.*, p. 13.

pode ser notado de seu preâmbulo -- ao identificar a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira --, bem assim ao definir os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro, com destaque à dignidade humana e à construção de uma sociedade justa e igualitária; ao assegurar as liberdades públicas, a revelar o compromisso com a democracia participativa; e ao conferir ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico-políticas de corte constitucional.

2. Ao cunhar o *compromisso comunitário* na Constituição de 1988, os representantes do constitucionalismo “comunitário” visam, além da reconstrução do Estado de Direito, combalido depois do período de autoritarismo militar, resgatar a “força do direito”.

3. A despeito de os constitucionalistas “comunitários” asseverarem que os direitos fundamentais, uma vez positivados, tornam-se obrigatórios, é curial que essa positivação deva ser vista como resultado de um *procedimento democrático*, o que lhe conferiria maior força de justificação.

4. Seria mais conveniente — à míngua da ausência de confiança nas tradições e da dimensão perversa que o pluralismo social assume entre nós — dar ao princípio do consenso cívico o mesmo sentido de Habermas, no sentido de lutar pela conformação de uma identidade política comum, desde que possamos adotar uma compreensão procedimental da Constituição, e não tomá-la como uma ordem concreta de valores. Conforme Gisele Cittadino adverte<sup>102</sup>, é preciso que sejamos capazes de perceber, por um lado, que fomos capazes de reconstruir o Estado de Direito e, por outro lado, que a Constituição, neste processo, representa um consenso procedimental em torno de princípios jurídicos universais, cuja implementação e inscrição em nossa história política dependem dos processos de formação da opinião e da vontade nos quais a soberania popular assume forma política.

5. A “força do direito” parece estar implicitamente associada a um processo de reconstrução da política, conforme restou evidente entre nós a partir da segunda

---

<sup>102</sup> *Op.cit.*, p. 231.

metade dos anos 80, ao suceder duas décadas de autoritarismo e governos militares. Essa reconstrução torna-se aparente durante o processo constituinte, pelo qual as mais variadas forças fizeram-se presentes a demonstrar, com o advento da Constituição de 1988, o resgate de uma democracia participativa, seja por meio da multiplicidade das concepções individuais acerca do bem, seja pela variedade de mundos plurais conformadores de identidades sociais.

Para *Gisele Cittadino*, a par desse influxo, é possível identificar, na Constituição de 1988, uma *linguagem comunitária*, mas não só isso: um compromisso com o ideário comunitário. Di-la:

Ao adotar o ideário comunitário e lutar por sua inclusão no ordenamento constitucional do país, os ‘constitucionalistas comunitários’ brasileiros se envolvem no debate acerca de como é possível conformar uma sociedade justa e uma estrutura normativa a ela adequada. No entanto, como referimos, esta discussão tem seu início no âmbito da filosofia política contemporânea e organiza-se em torno dos debates sobre relações entre ética, direito e política<sup>103</sup>.

Esse importante visio não poderia ser desconsiderado neste trabalho. A sabendas, o influxo dos comunitaristas espalha-se por todo o texto constitucional, como resultado da consideração que foi levada em conta no processo constituinte, a partir da inegável existência de uma sociedade multicultural que é a verdadeira destinatária da Constituição de 1988.

O tribunal do júri traz aos seus bancos, mediante a participação popular, essa influência multicultural de toda a comunidade e, com base nessa diversidade existencial, é que os julgamentos são realizados, o que representa uma concretude muito maior do que o julgamento monocrático feito por juiz técnico, de carreira, que exara, na força de sua caneta, o reflexo de sua formação ideológica e das influências existenciais que compõem o seu “eu”.

---

<sup>103</sup> *Op.cit.*; introdução; p. 4.

A composição eclética do tribunal do júri e o influxo multicultural denotam a força do comunitarismo e a opção, para tanto, enraizada na Constituição de 1988, ao assegurar o direito fundamental, ao cidadão e à sociedade, de haver um julgamento popular, soberano e livre do formalismo positivado, nos casos de acusações afetas a crimes dolosos contra a vida. Em casos tais, a Constituição cidadã acabou por arredar a tarefa de dizer o direito pela magistratura de carreira, muito mais solene, deixando essa elevada atividade ao exercício popular, de tal arte a demonstrar que o tribunal do júri é órgão estatal que possui dimensão subidamente democrática e, *ipso facto*, garantida como cláusula pétrea.