

TRIBUNAL DO JÚRI E SUA CAIXA DE PANDORA: MUDARAM O INQUISIDOR, MAS A FOGUEIRA CONTINUA ACESA

COURT OF JURY AND HIS BOX OF PANDORA: CHANGE THE INQUISITOR, BUT THE FOGUEIRA CONTINUES ON

*Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel¹
Juliano de Oliveira Leonel²
Paulo Thiago Fernandes Dias³
Sara Alacoque Guerra Zaghlout⁴*

RESUMO: A Constituição da República traça um projeto democrático que inegavelmente condiciona toda construção dogmática e legislativa do Processo Penal brasileiro, que deve ser um instrumento a serviço desse desenho de Estado e sociedade, enquanto mecanismo civilizatório de apuração de responsabilidade. Dessa forma, é imperioso que se entenda o Direito Processual Penal não apenas como um instrumento de aplicação do direito penal, mas, sobretudo, como um instrumental de proteção do débil, que tem por finalidade a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Em assim sendo, mister se faz uma releitura crítica da gestão da prova pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

ABSTRACT: The Constitution of the Republic outlines a democratic project that undeniably conditions every dogmatic and legislative construction of the Brazilian Criminal Procedure, which must be an instrument in the service of this state and society design, as a civilizing mechanism for determining accountability. Thus, it is imperative that criminal procedural law be understood not only as an instrument of application of criminal law, but, above all, as an instrument to protect the weak, whose purpose is the maximum effectiveness of fundamental rights. In this way, a critical rereading of the management of the evidence by the Judgment Board of the Jury Court is done.

Palavras-chave: Sistemas Processuais; Instrumentalidade constitucional; Tribunal do Júri.

Keywords: Process Systems; Constitutional instrumentality; Jury court.

Sumário: 1 Introdução – 2 Sistemas processuais penais: gestão da prova e a busca da verdade no processo penal – 3 Do julgamento popular e da (im)possibilidade de produção de prova de ofício pelo juiz-presidente e pelos jurados na sessão plenária – 5 Considerações finais – Referências.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UnP) e pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí. Atualmente é professora da Estácio Teresina e Faculdade Integral Diferencial (FACID-DEVRY) na graduação e pós-graduação em Direito. É Consultora Jurídica Especial de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. E-mail: analeticialeonel@hotmail.com.

² Defensor Público Estadual. Mestre em Direito (UCB). Pós-graduado em direito penal e processo penal (UFPI). Professor de processo penal de diversas faculdades em nível de graduação e pós-graduação lato sensu. Professor convidado da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Piauí, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí, da Escola Superior da Advocacia do Piauí e da Escola Superior da Defensoria Pública do Maranhão. E-mail: julianoleonel@hotmail.com.

³ Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UGF/RJ. Avaliador e parecerista *ad hoc* da RBCCRIM. Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Direito Processual Penal da UNISINOS/RS. Advogado. E-mail: paulothiagofernandes@hotmail.com.

⁴ Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Processo Penal pela Faculdade Anhanguera. Advogada. E-mail: sah.alacoque@hotmail.com.

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

1 INTRODUÇÃO

Não se pode mais admitir, à luz do Estado Constitucional, que os direitos fundamentais sejam tratados apenas como normas programáticas e principiológicas, a ponto de terem a sua eficácia vinculada a programas de governo. Como é cediço, os direitos que eram limitados apenas a projetos de concretização do bem comum, passaram a ser comandos normativos na garantia da dignidade da pessoa humana, irradiando-se, assim, as normas constitucionais, por todo o ordenamento jurídico, através de uma eficácia ampla.

Logo, a atividade legiferante, mormente no campo do direito processual penal, está condicionada, ante a supremacia das normas constitucionais, ao respeito do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório etc., sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

No campo do processo penal, essa necessidade é mais sensível, pois é nesse campo da ciência jurídica em que se dão as invasões mais incisivas do Estado nos direitos fundamentais dos cidadãos, devendo, por seu turno, o Direito Processual Penal ser um dique de contenção dos arbítrios do poder estatal.

Partindo-se da concepção de processo enquanto situação jurídica de Goldschmidt (1935), o processo é uma guerra inserida na mais completa epistemologia da incerteza. Assim, necessário se faz assumir que um processo penal que se propõe a ser democrático é aquele que serve para proteger os direitos fundamentais, através de regras do jogo democráticas, decorrendo desse respeito, inclusive, a legitimidade da sentença condenatória. Logo, inegável a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Por conseguinte, para que o poder punitivo tenha legitimidade, é imperioso que ao réu tenha sido garantido o devido processo legal, com todos os seus consectários, dentro de um sistema acusatório inegavelmente adotado pelo texto constitucional de 1988.

Entretanto, conforme se abordará adiante, o processo penal pátrio, no plano infraconstitucional, ainda está inserido dentro uma cultura legislativa de caráter inquisitorial, pois ao juiz e, no caso do júri, aos jurados é permitido produzir provas, inclusive de ofício. Trata-se, evidentemente, de um sistema inquisitório na sua inteireza, já que a administração da atividade probatória segue a cargo do órgão jurisdicional e não das partes, como deveria acontecer num sistema acusatório.

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

No entanto, surge, assim, no Tribunal do Júri uma questão de relevo. O ordenamento jurídico prevê que, mesmo ao arrepio da Constituição Federal, o jurado possa, em diversos momentos da instrução plenária, de ofício, sair da qualidade de julgador imparcial e se imiscuir numa busca do mito da verdade real.

Parte-se, assim, da hipótese de que um sistema (processual e procedimental), que conta com o protagonismo judicial, até para a determinação de provas, independentemente de pedido das partes, influencia, sobremaneira, a perpetuação, também no Tribunal do Júri, de práticas e mentalidades inquisitoriais. Veja-se que também se concede poderes instrutórios ao juiz de carreira, inclusive na primeira fase do procedimento do Júri. Buscando-se, pelo menos, minorar os efeitos dessa estrutura inquisitorial no Tribunal do Júri, propõe-se a impossibilidade de atuação de ofício pelos jurados na produção de provas em sessão de julgamento no Tribunal Popular.

Assim, o presente estudo inicia-se com a análise dos sistemas processuais penais, passando pelo seu núcleo fundante - a gestão da prova, bem como a direta relação com a busca pela verdade no processo penal. Em seguida, discutir-se-á a atual disciplina legal da instrução criminal em sessão plenária, em especial quanto à possibilidade de atuação de ofício dos jurados na produção das provas na segunda fase do rito do júri, verificando-se a (im)possibilidade desse protagonismo probatório nas mãos do julgador à luz de um processo penal democrático.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: GESTÃO DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Justifica-se o presente estudo, mesmo o *sensu comum teórico* admitindo a atuação probatória de ofício pelos jurados durante a sessão plenária do júri, porque de acordo com Silva, “muito daquilo que, para os operadores de uma disciplina jurídica é tido como ponto pacífico pode ser [...] um completo despropósito” (SILVA, 2011, p. 17). E, para tanto, necessário se torna analisar os sistemas processuais penais. Ademais, há que se concordar com Lopes Júnior (2017, p. 31), para quem impera o reducionismo no tratamento dado, por setores da doutrina, aos sistemas processuais penais. Pois o estudo dos sistemas processuais penais não pode

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

prescindir da análise da imparcialidade e de questões psicológicas que afetam a tomada de decisão pelo magistrado (aqui admitido em sentido amplo, para também abranger a figura do jurado).

Dessa maneira, o que se buscará será a tarefa, quase inalcançável de conciliar o Texto Constitucional com o Estatuto Processual Penal pátrio (inspirado no diploma de igual natureza da Itália dominada pelo regime fascista durante a década de 1930). Aliás, neste cenário de um verdadeiro choque ideológico entre a Constituição da República de 1988, de nítida matriz democrática, e o Código de Processo Penal de 1941, claramente autoritário, não se pode perder de vista que, nos dizeres de Novais (2006, p. 34), inspirando-se em Dworkin, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado ou contra a maioria de ocasião.

De plano, não se almeja realizar uma historiografia dos sistemas processuais. Mas segundo Gloeckner (2013, p. 134): “uma pequena construção dos sistemas processuais é necessária” para sedimentar as noções elementares, a fim de se analisar a possibilidade de se poder ou não admitir o ativismo probatório pelo próprio julgador na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri.

Inicialmente, poder-se-ia conceituar sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2012, p. 46).

Lopes Júnior (2012) adverte que na história do Direito alternaram-se momentos de amplas liberdades e duras opressões, sendo que os sistemas acusatórios e inquisitivos refletem as exigências do Direito e do Estado da época. Nesse sentido, Goldschmidt (1935, p. 67) leciona que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general”. A sua vez, Zaffaroni (2004, p. 27-26) assevera que “todo discurso penal autoritário (y totalitário) es una reiteración del discurso inquisitorial”.

Apona, ainda, Lopes Júnior (2012, p. 118-119), as seguintes notas características do sistema acusatório, na atualidade: a) acusação e julgamento exercidos por órgãos distintos; b) gestão da prova a cargo das partes; c) o magistrado atua como árbitro, não lhe sendo permitido determinar a produção de provas; d) paridade de armas entre as partes; e) oralidade, em regra, do procedimento; f) publicidade ampla dos atos processuais, ressalvados os casos

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

excepcionais; g) respeito ao devido processo constitucional; h) superação do sistema da prova tarifada e etc.

Já o sistema inquisitório, de maneira pura, é um modelo histórico, no qual a imparcialidade do julgador é sequer cogitada. Segundo Cunha Martins (2011, p. 93), num contexto democrático de Estado não há espaço para um sistema de viés inquisitório. Nesse sentido, “dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer o contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’”.

Nesse diapasão, Ritter (2017, p. 61-62) aponta as seguintes características do sistema inquisitório: i) acusação e julgamento exercidos pela mesma pessoa; ii) ampla defesa comedida ou desprestigiada; iii) procedimento, quase que na integralidade, escrito e sigiloso; iv) gestão da prova a cargo do magistrado – independentemente de provocação das partes; v) a dicotomia entre o interesse coletivo e o individual, com menosprezo ao segundo.

O sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas, levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, Coutinho (1998, p. 165) há muito já adverte que a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório.

Com acerto, Goldschmidt (1935) ensina que, no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório, compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho (2001, p. 28), no mesmo sentido, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

mero espectador, enquanto que no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício. Alerta, ainda, o referido autor que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria um sistema “misto”, como sugere parte da doutrina pátria.

Realmente, por não haver um princípio unificador “misto” não se pode sustentar a existência de um sistema “misto”, já que a construção de um sistema exige uma viga-mestra. Ademais, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira “pura”, são dados históricos, pois hoje o que existe é uma mescla de elementos dos dois sistemas. Nos termos do magistério de Coutinho (1998, p. 165), essa suposta soma de elementos de um ou outro sistema, noutros dizeres, um sistema de tipo misto, coloca em risco o conceito mesmo de sistema, entendido como o “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma finalidade”. Cumpre destacar que, Coutinho se vale, portanto, da leitura kantiana de sistema, no sentido de que se trata da “unidade dos conhecimentos múltiplos sob uma ideia” (KANT, 2005, p. 492).

Logo, na atualidade, poderemos ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços do acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais. Mas, certamente, na esteira de processual Coutinho (2001, p. 17-18), essa simbiose, nos dias de hoje, dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis*, não configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie do gênero sistema processual.

À luz do que se expôs, percebe-se, nitidamente, que o sistema inquisitório, fundado no princípio inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) é construído a partir de um conjunto de falaciosos conceitos, especialmente o da busca da “verdade real” e “se este é o seu fim esta é seu definitivo mote, se está autorizado a encontrá-la a qualquer preço: doa a quem doer, custe o que custar, até tratar o réu como objeto onde se encontra a verdade” (BUENO DE CARVALHO, 2013, p. 145). Inclusive, cumpre ressaltar que, foi essa busca desenfreada pela “verdade real” que gerou a derrocada do sistema acusatório e o surgimento do nefasto sistema inquisitorial.

O problema é que, como adverte Carvalho (2013 p. 135-136), “embora as práticas inquisitoriais sejam fortemente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica”, continuando a orientar “a tessitura dos sistemas penais da modernidade”.

E, um claro exemplo disso é o Brasil, já que o malfadado artigo 156 do CPP reflete a adoção infraconstitucional do princípio inquisitivo, ao prever a possibilidade de o julgador produzir provas de ofício, inclusive, na fase de investigação. Nesse sentido, Coutinho (2001, p. 29) afirma que “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Se não há pacificação doutrinária acerca da conceituação de um sistema como inquisitório, adversarial ou acusatório, essa harmonia também não existe no que concerne à possibilidade de o magistrado exercer poderes instrutórios (ou administrar, gerir a prova no processo penal), desempenhando múnus que deveria pertencer às partes (GRINOVER, 2016, p.11).

Trata-se de uma disputa entre escolas, as quais analisam o processo penal e, portanto, o papel do magistrado, sob prismas bem distintos. Assim, de forma insofismável, Coutinho impactou (positivamente) o estudo do processo penal brasileiro ao propor a superação da Teoria Geral do Processo. Superação essa, que se promove pelo não reconhecimento da existência de lide no processo penal, mas sim de causa penal. Ademais, o autor aduz que só é imaginável a compreensão do caso penal a partir de um olhar interdisciplinar e fundamental do Direito e da Psicanálise (COUTINHO, 1998).

Vencendo esse vidro civilista do Processo Penal, dá-se passo importante para que também se substitua o tradicional modelo autoritário desse ramo do saber jurídico, indo-se ao encontro de uma forma democrática de solução da causa penal. Ora, não há necessidade alguma de que o juiz e os jurados, num contexto democrático, administrem as provas, interfiram no dever que incumbe às partes processuais. Ao promover essa invasão, o juiz-presidente e os jurados explicitam a ausência de sua imparcialidade.

A Constituição da República, como se sabe, prestigiou instituições como o Ministério Público e os órgãos da Polícia Judiciária, braços do Estado no que tange à promoção da ação penal pública e à investigação da prática de infrações penais. Com instituições prestigiadas, aparelhadas e bem representadas, não se verifica

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

qualquer espaço para que o judiciário exerça poderes instrutórios no processo penal. Quando o judiciário se aproxima desse Estado (acusador), ele repristina o desenho autoritário de processo penal consagrado no Decreto-Lei 3.689/1941.

Logo, a definição do sistema de processo penal passa, obrigatoriamente, pela atuação do Poder Judiciário. Além do mais, conforme a seguir trabalhado, no que tange ao procedimento do Júri, quando o magistrado de carreira e os jurados se envolvem com a atividade probatória, notadamente, em sessão plenária, eles terminam por carimbar, no imaginário popular, a impressão de que aquele procedimento, traz consigo a busca e revelação da verdade divina sobre o caso julgado pelo Tribunal Popular.

3 DO JULGAMENTO POPULAR E DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ-PRESIDENTE E PELOS JURADOS NA SESSÃO PLENÁRIA

O júri está previsto, como cláusula pétrea, no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, sendo-lhe assegurado a soberania dos veredictos, o sigilo das votações, a plenitude de defesa e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, bem como nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008.

E, por óbvio, se o Júri está estabelecido dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, mister se faz que a sua regulamentação infraconstitucional o transforme num instrumento de contenção do poder punitivo, ou seja, que a sua roupagem e configuração legal esteja em conformidade com o projeto democrático traçado pelo texto constitucional, a serviço, portanto, da máxima eficácia dos aludidos direitos fundamentais, na esteira do que se desenvolveu até então no presente artigo.

No entanto, em que pese essa imperiosa necessidade de conformação da regulamentação infraconstitucional com os mandamentos constitucionais, a tímida reforma do rito do júri, operada pela Lei n. 11.689/08, passou longe de alterar a sistemática inquisitorial dos julgamentos proferidos pelos jurados no Brasil.

Anualmente, de acordo com a atual redação do CPP, dada pela Lei n. 11.689/08, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população, que requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa, até o dia 10 de outubro de forma provisória e até o dia 10 de novembro de forma definitiva de cada ano, bem como divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri, sendo que o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica será realizado, pelo juiz-presidente, com as portas abertas, entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião, devendo ser notificados para fiscalizar o referido ato um representante da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.

A sessão plenária, por seu turno, somente será instalada, se dos 25 (vinte e cinco) jurados comparecem, pelo menos, 15 (quinze) e, caso não compareça esse número legal mínimo haverá o denominado estouro de urna, com o conseqüente adiamento da sessão plenária e imediato sorteio dos suplentes. Em havendo pelo menos 15 (quinze) jurados, dos presentes, será procedido o sorteio de 7 (sete), que comporão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

Dessa forma, instalada a sessão plenária, passar-se-ia à instrução criminal, com a produção de provas, em contraditório, pelas partes, a quem caberia a gestão da prova num sistema acusatório compatível com a Constituição Federal de 1988, a fim de se conseguir a captura psíquica dos jurados, mediante o aproveitamento das chances processuais (cargas probatórias e liberação de cargas), obtendo-se, portanto, uma das partes, a sentença favorável às pretensões deduzidas em juízo.

Dentro desse cenário, preceitua o artigo 473 do CPP que, prestado o compromisso da incomunicabilidade pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

Nesse aspecto, já se percebe claramente, da mera leitura do texto legal, que o legislador fez uma clara opção pela manutenção das bases de um sistema inquisitorial no que tange ao rito do júri, pois ao contrário do que prevê o artigo 212 do CPP, o juiz-presidente do júri assume um protagonismo na inquirição das testemunhas arroladas pelas partes, ao ser o primeiro a formular perguntas, quando na verdade, se a gestão da prova estivesse nas mãos das partes o juiz somente poderia perguntar ao final, caso restasse algum ponto a ser esclarecido, depois de levado à cabo o sistema do *cross examination*.

Isso por si só, já denota que na sessão plenária do júri, a gestão da prova se encontra claramente nas mãos do magistrado, que é o núcleo fundante do sistema inquisitorial, conforme assinalado no capítulo anterior.

Tem-se ainda que o § 2º do artigo 473 do CPP prevê que os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente. Nota-se da redação legal que, diferentemente do sistema do *cross examination*, típico de sistemas processuais acusatórios, não fora imposto aos jurados as limitações já constantes do artigo 212 do CPP.

Ademais, da redação do artigo 473, extrai-se que os jurados poderão perguntar à vítima e às testemunhas aquilo que bem entenderem, desde que seja por intermédio do juiz presidente, numa autêntica possibilidade de “busca da verdade real”, já que os jurados não estariam limitados a perguntar sobre pontos já perguntados pelas partes, que ainda necessitariam de algum esclarecimento, por terem restado duvidosos. Isso é mais uma clara demonstração de que a gestão da prova, em sessão plenária do júri, fora entregue não só ao juiz presidente, mas aos jurados, que assumem uma nítida postura proativa na produção de provas, evidenciando um protagonismo probatório típico de sistemas processuais inquisitoriais.

Em apertada síntese: em se tratando do rito do Tribunal do Júri (que é bifásico), o juiz de carreira pode determinar provas de ofício, durante a fase de investigação preliminar e no bojo da primeira fase (*judicium accusationis*), sendo que, na segunda fase (*judicium causae*), a lei processual penal concede aos jurados o poder de formular perguntas através do juiz de carreira. Com esse panorama, é forçoso reconhecer que a produção da prova no rito do Júri passa, invariavelmente,

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

pela atuação ativa e agigantada do poder judiciário (senhor do processo e da atividade probatória).

Aliás, a relação de filiação que envolve a sociedade e o judiciário se torna ainda mais latente em épocas, como a presente, marcadas pelo protagonismo, pelo agigantamento de membros da magistratura. O judiciário, nesse contexto, apresenta-se como o “superego da sociedade” (MAUS, 2000). Vale dizer, o judiciário passa à condição de órgão repressor e libertador.

Por isso, necessário se faz reconhecer a manifesta inconstitucionalidade do artigo 473 do CPP, por inequívoca afronta ao sistema acusatório claramente delineado pela Constituição Federal, para também em sessão plenária se aplicar a sistemática do *cross examination* definida pelo artigo 212 do CPP.

Do malfadado artigo 473, agora em seu § 3º, verifica-se que as partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. Pois bem, problema algum haveria de se permitir que as partes pudessem fazer tais requerimentos, notadamente de acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimentos de peritos, pois num sistema acusatório, no qual a gestão da prova está entregue nas mãos das partes, nada mais natural do que se permitir aos jogadores do processo penal oportunidades para a obtenção da captura psíquica do julgador através de ampla produção probatória (MORAIS DA ROSA, 2014).

Mas, permitir que os jurados, de ofício, possam pleitear ao juiz presidente a produção de provas, tais como acareações, reconhecimentos de pessoais e coisas e esclarecimentos dos peritos, inegavelmente, é entregar a gestão das prova nas mãos dos jurados, dentro da máxima fundamente do sistema inquisitorial: o julgador não pode se contentar com a produção das provas pelas partes, pois tal atividade é falha e incompleta, devendo o julgador, na busca da “verdade real”, ir de encontro a tal desvelamento. Nada mais mofado e inconstitucional nos dias de hoje.

Nota-se, claramente, que os dispositivos acima – referentes ao requerimento de provas pelos jurados –, portanto, também confere aos juízes da causa o poder de

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

requerer a produção de provas, repetindo o equívoco tratado alhures no que tange ao juiz de carreira, conforme a criticável redação do artigo 156 do CPP).

Contudo, para complementar esse triste cenário do julgamento pelo júri, o CPP ainda admite que os jurados julguem por livre convencimento imotivado ao prever que o jurado decida se condena ou se absolve o réu, por meio de um singelo “sim” ou “não” aos quesitos que lhe são formulados pelo juiz presidente. Isso sem falar que o CPP autoriza o jurado a julgar o réu de acordo com “a sua consciência” (STRECK, 2012).

O dever de motivação das decisões judiciais, inclusive em decisões proferidas pelo Tribunal Popular, também há que ser lido sob o enfoque convencional, ou seja, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, apesar de não dispor expressamente, consagra em seu artigo 8º, 1, a garantia da imparcialidade do julgador, que dificilmente será conhecida se o ato decisório carecer de fundamentação, tão cara ao Estado Democrático e de Direito (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 104).

Esse também é o posicionamento de Giacomolli (2014, p. 214), para quem a efetividade dos direitos e liberdades garantidos pela CADH só estarão realmente assegurados se as decisões forem motivadas. É com isso que o autor informa que a liberdade para decidir do julgador é relativa, já que sem a devida fundamentação não há como se afastar a prática de arbitrariedades e discriminações. Há que se proceder aos controles jurisdicionais de constitucionalidade e de convencionalidade para que se possa infirmar que uma decisão está devidamente fundamentada.

Assim, conforme exposto, além de todo o protagonismo judicial na produção probatória, a solução da causa penal, em se tratando de Tribunal do Júri, sofre ainda da ausência de motivação do veredicto. Somando-se essa estrutura inquisitória (gestão da prova a cargo do judiciário, leigo ou técnico) com a ausência de motivação da sentença pelo Júri, é cristalina a situação desfavorável a qual o acusado é submetido.

Dessa forma, é inegável a necessidade de uma adequação do Tribunal do Júri aos comandos constitucionais, para que, de fato, abrace o modelo acusatório e, de uma vez, converta-se em um direito fundamental do acusado.

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante este trabalho, buscou-se evidenciar que, malgrado conste como direito fundamental, o julgamento pela prática de crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, segue a mesma lógica inquisitória do procedimento comum ordinário, pelo fato de proporcionar tanto ao juiz de carreira, quanto aos jurados, o exercício de poderes instrutórios, característica esta incompatível com um formato acusatório, democrático e constitucional de processo penal. Considera-se que esse objetivo foi alcançado.

Por conseguinte, o rito do júri, nos moldes em que está hoje delineado pelo CPP, precisa submeter-se a uma profunda releitura constitucional, para que se converta, finalmente, em direito fundamental. Essa conformação constitucional passa, inevitavelmente, pela retirada do exercício de poderes instrutórios pelos órgãos jurisdicionais, bem como pelo estabelecimento do dever de motivação dos atos decisórios (ainda que minimamente).

Não se defende, vale dizer, o fim do procedimento do júri. Longe disso. Advoga-se em prol da adequação do procedimento ao sistema acusatório, constitucional e democrático de processo penal. Assim, há que se revisar a gestão da prova no processo penal como um todo, mas notadamente em sessão plenária, a fim de que juiz togado e jurados mantenham uma posição de inércia no que tange à produção de prova, preservando-se a necessária imparcialidade dos julgadores e a descentralização das funções de acusar e julgar.

A atuação proativa do judiciário no campo probatório reforça no imaginário (no inconsciente) dos jurados os fundamentos de um sistema inquisitorial, autoritário, ditatorial e policialesco. Em face disso, a reprodução desse princípio inquisitivo, fulmina qualquer pretensão voltada à construção de um modelo processual acusatório e democrático de solução da causa penal.

Além de ver-se julgado por juízes (de carreira e leigos) que vão ao encontro de provas, independentemente da fase processual ou de provocação das partes, longe de gozar de um direito fundamental (o de ser julgado por esse tribunal), o acusado se depara ainda com um eventual decreto condenatório que, sequer, menciona os motivos que levaram à decisão.

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

Não se tem a inocência de que a mera reforma normativa seria suficiente para a constitucionalização do procedimento do Júri. Veja-se que a própria ordem constitucional deflagrada em 1988 sofre resistências de setores importantes do Sistema de Justiça Criminal (PRADO, 2015). Da mesma forma, e também no campo legislativo, o populismo penal segue pautando a política criminal pátria, o que se comprova facilmente a partir do número excessivo de tipos penais aprovados, do aumento da população carcerária e de projetos destinados à repriminção (ou ao fortalecimento) da tradição autoritária herdada do Estado Novo (COUTINHO, 2015, p. 2).

Outrossim, revelada essa compreensão de que a alteração do rito não é suficiente, sozinha, para a conversão do procedimento do júri, ainda inquisitório, em acusatório, é imperioso dizer que tal mudança passa, necessariamente, pela constitucionalização do mencionado procedimento.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BACILA, Carlos Roberto. **Os Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

_____. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas** (Algo sobre Nietzsche e o Direito). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

_____. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

_____. MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 277, Dez. 2015.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens**. Trad. Alexander Araújo de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Derecho y Rázon**. Madrid: Trotta, 2009.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Tribunal do júri e sua caixa de pandora: mudaram o inquisidor, mas a fogueira continua acesa

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

_____. et al. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sistema de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 443 f. Tese (doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações e permanências. **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, Jan./Fev. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel

Juliano de Oliveira Leonel

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Evandro Lins e. **A defesa tem a palavra**. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 3. tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo; Saraiva, 2009.

VIEIRA, Ivan Guardati. Mudar para não mudar: a nova redação do art. 156 do Código de Processo Penal à luz da Lei n. 11.690/08. In: CALLEGARI, André Luís (Org.); WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Orígen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

Artigo recebido em: Setembro/2018

Aceito em: Outubro/2018