

# Sistema Penal & Violência

**Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

**Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 30-46 – janeiro/junho 2011**

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

## **A INCOMPATIBILIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito.**

*André Leonardo Copetti Santos*

Doutor em Direito (UNISINOS). Professor do PPGD da UNISINOS. Advogado.

### Resumo

O Presente trabalho busca examinar a (in)constitucionalidade das decisões prolatadas pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, a partir de uma análise construída pelo diálogo entre o Direito e a Filosofia. A ideia central do texto é que as decisões do Conselho de Sentença, ao se constituírem por votos individualizados dos jurados, sem qualquer espécie de fundamentação, consolidam uma lógica decisória solipsista, própria da filosofia da consciência, o que contraria visceralmente o modelo democrático de decisões judiciais, baseado na necessidade de uma motivação justificadora das posições adotadas no julgamento.

**Palavras-chave:** Sentença; Tribunal do Júri; Inconstitucionalidade; Ausência de fundamentação.

### Abstract

*The incompatibility of decisions of the court verdict of the jury with the democratic rule of law. An interpretation of the legitimacy of judicial decisions from the intersection of philosophy and law.*

The present work aims to investigate the (un)constitutionality of decisions handed down by the Board of Judgement of the jury, based on an analysis constructed by the dialogue between law and philosophy. The central idea of the text is that the decisions of the Board of Judgement, to be incurred by individual judges' votes, without any kind of reasoning, consolidate a solipsistic logical decision-making, own of the philosophy of consciousness, which contradicts viscerally the democratic model of decision court, based on the need for motivation justifying the positions taken at trial.

**Keywords:** Sentence; The Jury; Unconstitutionality; No reason.

### 1 A CRISE DO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA PENAL NO BRASIL E A RELAÇÃO EXISTENTE HISTORICAMENTE ENTRE MODELOS DE DIREITOS E PARADIGMAS FILOSÓFICOS QUE SE PROJETERAM SOBRE A CONCRETUDE DO FENÔMENO JURÍDICO

A celeuma acerca de uma crise do sistema de combate à criminalidade instalou-se no Brasil praticamente em momento concomitante ao final da Ditadura de 64. Até então, o foco das atenções do imaginário político do País estava voltado para as violências perpetradas pelo regime militar e, conseqüentemente, para a criminalidade política<sup>1</sup>, bem como para a questão relativa à redemocratização. Com o final do regime de exceção, as atenções das mais diversas classes que compunham setores críticos da sociedade brasileira voltaram seus olhos para inúmeros problemas que assolavam o País, dentre eles a criminalidade que, a partir de então, assumia até

mesmo características sistêmico-organizacionais, por conta de uma convivência “instrutiva” entre criminosos comuns e militantes de esquerda, recebendo as primeiras lições de organização política dos segundos. A partir de meados dos anos oitenta o fenômeno criminal no Brasil teve uma curva de crescimento com jamais houvera na história brasileira, desencadeando reflexões e investigações que ocorrem de forma permanente até nossos dias.

Ao longo das últimas três décadas, construiu-se um considerável catálogo de causas para o fenômeno criminal. Por um lado, apontam-se, no âmbito da sociologia e da criminologia, fundamentalmente, como elementos causais desta crise, aqueles decorrentes da exclusão socioeconômica de boa parte da população, em função da não satisfação de direitos fundamentais de natureza material, tais como alimentação, saúde, educação, trabalho, habitação etc. Entretanto, por outro, não faltam críticos dos sistemas normativos que regulam a atuação estatal penal, considerando-os como um sério fator a ser ponderado como gerador desta crise, especialmente em função de uma suposta reprodução da sensação de impunidade no imaginário dos delinquentes que, por uma série de problemas nos sistemas processuais penais, não sofreriam a efetiva imposição de pena por parte do Estado. Creio que razões parciais assistem a ambos os lados, entretanto uma outra causa remota da crise aponta para um viés genealógico pouquíssimo percebido e, conseqüentemente, praticamente não investigado. Falo dos problemas oriundos de uma permanência descontextualizada da relação entre pontos importantes da filosofia da consciência e um modelo de direito cujo sistema decisório recepciona de forma contundente um modo-de-ser caracterizador de um solipsismo jurisdicional não democrático.

Poderíamos anotar uma bifurcação das críticas em relação ao sistema de combate à criminalidade que, com razoável procedência, revela uma crise de dupla face dos sistemas estatais de combate ao crime. Este duplo viés da crise deve ser compreendido a partir de uma perspectiva garantista-democrática de organização político-jurídica da sociedade e do Estado, mais especificamente a partir de todas as vicissitudes do sistema positivo de direitos fundamentais. Ao percebermos a Constituição Federal como barreira e estímulo em relação às possibilidades de atuação do Estado, e situando tal compreensão em relação ao fenômeno da criminalidade e dos sistemas de persecução penal, veremos que tanto podem ser atingidos os direitos fundamentais dos processados por autoria de fatos típicos, em razão de violações perpetradas por agentes estatais em relação aos princípios de garantia individual, quanto os direitos fundamentais das vítimas e do restante da população ao verem-se atingidas por ações delituosas, tanto no que se refere aos seus bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, honra, etc.), quanto no que se relaciona a bens de natureza coletiva (segurança e incolumidade públicas, patrimônio).

De um lado, conservadores, identificados politicamente ao Movimento da Lei e da Ordem, ao Tolerância Zero ou outros movimentos político-criminais que se aproximam de posturas tendentes a uma atuação estatal penal máxima; de outro, os garantistas-liberais, que propugnam pela máxima redução do aparato de persecução penal do Estado.

Os conservadores deitam seus argumentos sobre uma reiterada impunidade que beneficia os réus, notadamente por conta da vigência de alguns institutos (v.g. procedimentos, recursos, alternativas processuais à aplicação da lei penal tais como a transação e a suspensão condicional do processo) que possibilitariam uma série de burlas à aplicação da lei penal, por facilitarem chicanas dentro do processo, situações que, segundo eles, têm levado a uma “institucionalização” da impunidade no Brasil. Nesse aspecto, um dos principais focos causais apontados para a escassez de eficácia da atuação persecutória criminal do Estado tem sido o sistema processual penal, particularmente em função de sua defasagem normativa, tendo-se em vista as demandas públicas de segurança num mundo completamente diverso daquele no qual foi construído o Código de Processo Penal. Ou seja, uma boa parte das soluções positivadas numa legislação de 1940 estaria completamente descontextualizada

para demandas por segurança pública num mundo hipercomplexo, com profundas diferenças culturais, espaciais e temporais em relação à sociedade do tempo de geração do CPP.

Os liberais-garantistas, por sua vez, atacam os ranços inquisitivos do sistema e todas as possibilidades daí exsurgentes de violação a direitos fundamentais, especialmente de investigados ou réus.

O que precisa ser retido num primeiro momento é que a ideia de uma crise no sistema de administração da justiça penal tornou-se um tema reiterado em vários lugares, tais como a imprensa, os espaços forenses, a universidade. A elaboração da crítica por si só não se constitui num problema. Muito pelo contrário, pois a reflexão crítica estimula a constante reavaliação do sistema. Entretanto, o que é lamentável é que esse emaranhado de críticas permanece numa lâmina superficial da totalidade de um fenômeno muito mais profundo. Algumas graves questões ficaram esquecidas, obnubilando as verdadeiras razões de algumas deficiências democráticas da prestação jurisdicional penal. O que há de mais singular nestas atitudes críticas é que a muito poucos, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça penal, ocorra a natural indagação do “por quê”, que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno tão incomodativo.

Por conta da reiteração de críticas ao sistema processual penal e de uma conseqüente exasperação da crise, ensaiou-se um movimento de reformas a esta legislação de 1940, estando em estado bastante adiantado o projeto de lei que reformula o CPP. Entretanto, pelo teor do texto de tal projeto, oriundo da Câmara dos Deputados e já aprovado, com emendas, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, parece que o diagnóstico não foi tão preciso quanto seria necessário, para que realmente tivéssemos uma mudança paradigmática em termos de prestação jurisdicional penal. Nem os juristas envolvidos no processo de reformulação, nem tampouco governantes e parlamentares realizaram uma investigação com adequada profundidade que pudesse indicar-lhes as causas determinantes da inadequação de nossos instrumentos processuais e os reais efeitos dessa inadequação na ineficácia do sistema brasileiro de administração jurisdicional penal. As razões são várias, mas algumas são determinantes.

Inobstante tal posicionamento crítico, que será justificado a seguir, é preciso fazer uma pausa para reconhecer alguns avanços na proposta de reforma, especialmente de cunho garantista. Neste sentido aparece o juiz de garantias, o deslocamento de competências por grave violação de direitos humanos, a necessidade de representação para o início da persecução penal nos crimes contra o patrimônio privado, a ampliação do instituto da transação penal, a substituição do recurso em sentido estrito pelo recurso de agravo.

Entretanto, algumas dessas propostas, como, por exemplo, a necessidade de representação nos crimes contra o patrimônio e a ampliação da transação penal, apesar de indicarem um avanço num primeiro momento, ensejam um pouco mais de reflexão, pois os possíveis efeitos futuros podem ser um tanto quanto dúbios. No caso da atribuição à vítima ou ao seu representante do poder de decidir sobre o prosseguimento ou não da persecução penal, é preciso questionar-se acerca da ampliação da sua responsabilidade por tal procedimento, o que pode levar hipoteticamente a possíveis coações ou retaliações por parte do autor do fato típico com o fim de evitar a manifestação positiva da vítima no sentido do prosseguimento da ação do Estado. Por outro lado, a ampliação do instituto da transação penal coloca mais uma vez em cheque toda uma parte da teoria do bem jurídico relacionada a uma hierarquização de valores tutelados juridicamente.

Voltando à trilha principal do texto, o ponto fundamental da crise do sistema de administração de justiça penal no Brasil, do qual decorre uma série de ramificações de problemas secundários estruturadores desta situação pelo qual passa o sistema processual penal brasileiro, é, na verdade, uma dificuldade decorrente da estreita relação existente historicamente entre modelos de direitos e paradigmas filosóficos que se projetaram sobre a concretude do fenômeno jurídico. Quero dizer, utilizando a reflexão de Streck, que o direito contemporâneo, a

partir desta influência do racionalismo sobre o fenômeno jurídico de uma forma ampla, ainda está atrelado aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. De um lado, os juizes acreditam na possibilidade de busca da verdade real, como se existissem essências a serem reveladas; por outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência, num processo de assujeitamento do mundo por um sujeito solipsista, a partir da aplicação de um dos princípios fundamentais do sistema probatório, a saber, o princípio do livre convencimento do juiz.

Uma primeira consequência desta relação entre direito e filosofia moderna, reveladora da incapacidade de perquirição da real dimensão da problemática que envolve a ineficácia do sistema de administração jurisdicional penal no Brasil, é o dogmatismo de boa parte dos atores envolvidos neste processo histórico. Neste aspecto, pontuais são as palavras de Ovídio Araújo Baptista da Silva quando refere que

O dogmatismo determinou duas consequências indesejáveis para o Direito. A primeira decorrente da própria formação do *dogma* e da correspondente supressão de qualquer vestígio do pensamento crítico. O dogmático perde a capacidade de indagar pelo “por quê” dos fenômenos, das circunstâncias e dos obstáculos que o embaraçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito. Limita-se ao “como”. Isto acaba fortalecendo o próprio dogma.

[...]

A segunda consequência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Esse pendor pela “naturalização” das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais.<sup>2</sup>

Ora, é o dogmatismo que impede a visualização da verdadeira face da crise do sistema processual penal brasileiro, qual seja: apesar de estar aparentemente assentado em premissas democráticas e garantistas, guarda profundas possibilidades de concretização de um sistema inquisitivo e autoritário de produção de verdades processuais. Mas quais as origens deste dogmatismo?

Com alto grau de probabilidade, a origem deste dogmatismo exacerbado, que dificulta sobremodo a análise dos processualistas sobre a verdadeira dimensão do problema que envolve a ineficácia ou inadequação do sistema processual penal, resida numa perspectiva obtusa das relações entre a filosofia e o processo, e entre a filosofia e os processualistas.

As relações entre a filosofia e o direito foram e continuam sendo concebida, por muitos juristas, de forma totalmente equivocada. Em primeiro lugar, por que para a imensa maioria daqueles que têm como objeto de manipulação científica o fenômeno jurídico, ainda não foi estabelecido um diálogo entre estes dois campos do conhecimento. De uma forma um tanto quanto equivocada, ao longo da história, os juristas imaginaram a possibilidade de conceber uma filosofia jurídica, quando, na verdade, estavam, no máximo, concretizando projetos que se circunscreviam à teoria do direito. As causas de tal ocorrência devem-se tanto ao desconhecimento acerca do âmbito de reflexão da filosofia por boa parte dos juristas, quanto a uma possibilidade de ancoragem da legitimação de argumentos de determinadas correntes e tradições jurídicas sobre a autoridade das reflexões filosóficas, mas que ao ser concretizada foi mal executada.

O resultado disso foram reflexões e transposições estrábicas do campo da filosofia para o âmbito do direito, com efeitos deletérios em relação às expectativas históricas de adequação e eficácia das soluções

jurídicas para os diferentes tipos de demandas que evoluíram com a complexidade do mundo contemporâneo. Explico-me melhor.

Por um lado, separamos a filosofia da religião, pela relação tempo/existência estabelecida por cada uma delas. Enquanto a filosofia estrutura suas reflexões pelo viés da finitude, a religião tem na infinitude um de seus argumentos centrais de justificação de suas construções. Por outro lado, a filosofia jamais possuiu objetos específicos de manipulação, situação que, juntamente com o problema da construção da verdade, dentre outros, a diferenciou fundamentalmente das ciências.

A filosofia ocupa-se prioritariamente de quatro grandes âmbitos de reflexão. O seu primeiro grande grupo de reflexões, ocupado pela filosofia do conhecimento e da linguagem, refere-se ao conhecimento do mundo, sua natureza, os modos de acessibilidade a ele e os instrumentos de conhecimento de que dispomos. Um segundo conjunto de preocupações filosóficas parte do pressuposto de que tendo uma forma elevada de vida, precisamos nos interessar pelos outros seres humanos, por aqueles com os quais vamos atuar. Daí surge questionamentos acerca de como devemos viver com o outro, que regras adotar, como nos comportarmos de modo útil, digno, solidário, de maneira justa em relação aos outros. Este plano de questionamentos é articulado pela filosofia política e pela filosofia moral. Um terceiro nicho de interrogações refere-se à elaboração de uma ideia de ser humano, à justificação filosófica dessa ideia objetivando responder ao problema clássico: “O que é o homem?”. Esta terceira vertente de reflexões é trabalhada pela antropologia filosófica<sup>3</sup>. Por fim, a partir de todos os aportes destes ramos do pensamento e da investigação filosófica, surge um quarto tipo de problema que se refere mais especificamente aos sentidos vitais que devemos dar à nossa existência, ou seja, o problema do sentido da vida, que tem a ver com o problema da salvação, da felicidade, da vida boa, aspecto que podemos considerar como o ovo gerador da filosofia na Antiguidade, uma vez que a primeira perspectiva assumida pela filosofia foi a de um modo de vida<sup>4</sup>.

Diferentemente destas grandes aproximações da filosofia, as ciências são, tematicamente, muito mais específicas. Assim, por exemplo, o direito, com as regras, sistemas, institutos, processos, procedimentos, todos restritos ao fenômeno jurídico. Mas tal especificação temática das ciências inviabiliza um diálogo com a filosofia e a transferência de reflexões e engenhosidades desta última para as primeiras? Não só não exclui o diálogo como é preciso reconhecer que as mais profundas análises e os mais contundentes avanços no campo do direito partiram de reflexões na filosofia. Sem uma incidência da filosofia no direito, qualquer análise mais profunda do fenômeno jurídico corre sérios riscos de boiar numa superficialidade dogmatista/normativista/legalista.

Vejamus um exemplo comparativo bastante significativo do que representa a influência de uma postura dogmatista e a ausência de um modo-de-ser filosófico sobre a análise dos elementos caracterizadores do sistema processual penal brasileiro. Talvez no que poderíamos chamar a mais completa obra nacional descritiva sobre sistemas processuais penais<sup>5</sup>, especialmente pelo vasto esboço expositivo dos diferentes paradigmas de sistemas processuais penais, o jurista Mauro Fonseca Andrade, ao analisar o sistema processual penal brasileiro, com o fim de caracterizá-lo como pertencente a um ou outro sistema, chega à conclusão de que o Brasil não adota nenhum tipo de sistema processual penal, pois o que temos hoje são *modelos de processo*. Até aí, pouco ou nada foi acrescentado à percepção que já se tem de longa data acerca da miscelânea que se constitui o processo penal brasileiro em termos de adoção de paradigmas de sistemas processuais penais. O que surpreende é a proposta do autor para resolver esta indefinição. Acredita ele que o caminho mais sensato, visando à definição do sistema de processo penal para o País, passa pela necessária inserção, entre as demandas individuais previstas na Constituição, de que tal sistema será o acusatório.

A partir da inserção de um dispositivo constitucional de garantia que defina, principiologicamente, o sistema processual penal como acusatório, o segundo passo de tal tarefa será a criação de um novo Código

de Processo Penal, que *mesmo que venha ele a reproduzir certas práticas autorizadas pelo atual diploma adjetivo, evitará – ou obstaculizará com mais eficácia – esse verdadeiro esforço criativo, encontrado em conhecidas doutrinas e decisões judiciais, que procuram negar vigência a determinados dispositivos de nossa legislação adjetiva, por simplesmente contrariarem suas convicções ideológicas*. E complementa o processualista referindo que nesse esforço, invocam o repetitivo e já surrado argumento de que esses dispositivos representam práticas inquisitivas, colocando o selo da inquisitorialidade em práticas judiciais e institutos presentes no sistema acusatório<sup>6</sup>.

Tal análise é o exemplo claro da insuficiência dogmatista em realmente chegar aos pontos fulcrais das deficiências de um sistema processual penal. Primeiro, porque há até uma certa ingenuidade do autor em acreditar que a simples posituação constitucional do princípio acusatório poderia ter a potencialidade de determinar os contornos efetivamente acusatórios do sistema processual penal. Mas se esta primeira análise poderia ser classificada como ingênua, a segunda postura conclusiva do referido autor, relativa à necessidade de criação de um novo Código de Processo Penal, a partir da posituação constitucional do princípio acusatório, mesmo autorizando velhas práticas definidas como inquisitoriais, sem que isso implicasse a perda da característica acusatória do sistema, parece ser bem mais problemática. O segundo posicionamento advoga a tese de um sistema híbrido, até mesmo por que o autor não manifesta uma posição clara acerca do que entende como serem os contornos adequados de um sistema acusatório assentado em fundamentos democráticos. Ou seja, a análise dogmatista mostra-se insuficiente para adequadas projeções que se pretendam para um sistema democrático.

Completamente diferente, por exemplo, é uma análise efetuada a partir de uma disposição e de um modo-de-ser filosóficos, como a formulada por Streck, em relação às condições e possibilidades de um sistema acusatório moldado democraticamente. Analisando especificamente o problema da gestão da prova, este pensador estabelece brilhantemente uma ligação entre o sistema da livre apreciação da prova, em vigência no atual Código de Processo Penal e também admitido no Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 (novo CPP), a inquisitividade do sistema baseado neste modelo e os paradigmas filosóficos aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. O nível de profundidade e a possibilidade de projeção de engenhosidades democráticas a partir dos dois *standarts* de análise é completamente diferente.

Streck percebe o principal problema que pode definir um sistema como acusatório ou inquisitivo, democrático ou não democrático, qual seja, o problema da produção da verdade processual que necessariamente é, também, um problema de teoria da decisão, e que somente pode ser vislumbrado se adotarmos um modo de ser filosófico, utilizando os aportes da filosofia para refletirmos e reprojetermos o direito.

Começamos, porém, de um outro ponto para encarar o problema de uma forma mais ampla. Por influência do racionalismo oriundo do século XVII, estruturado a partir de uma inversão metafísica (no sentido clássico de metafísica) proposta por Descartes, de uma trama de definições sugerida por Spinoza ou das sugestões acerca da melhor ordem possível de Leibniz<sup>7</sup>, o direito iluminista tentou estruturar uma ideia de direito imune às transformações históricas. Foi uma consequência natural da projeção das concepções filosóficas e políticas modernas, especialmente materializadas no liberalismo e no iluminismo europeus, tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, conseqüentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. O efeito de tal influência da filosofia setecentista e oitocentista sobre o direito foi o estabelecimento de uma enorme distância entre o direito e a vida social e a prestação jurisdicional ficou limitada a uma mera declaração da vontade da lei.

O problema que historicamente surgiu com este influxo do racionalismo para o direito moderno, utilizando as palavras de Dworkin, *é que o Direito e sua teoria são dominados por teorias semânticas que negam a existência de desacordos teóricos sobre o conceito de Direito, ou sobre o que faz com que uma proposição*

*normativa seja verdadeira ou falsa*<sup>8</sup>. Ditas teorias, segundo Arango, estão presas ao que Dworkin chama de “agulhão semântico”, que consiste em acreditar que os advogados e juízes podem discutir com sensatez se, e somente se, compartilharem e aceitarem os mesmos critérios a respeito do que é o Direito, ou acerca de quando uma proposição normativa é verdadeira ou falsa<sup>9</sup>. Ou seja, ditas teorias reduzem os desacordos sobre o direito a meras discussões lingüísticas, passando as divergências a serem consideradas meramente verbais<sup>10</sup>. As teorias semânticas, diz Dworkin,

pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam. Os estudantes de direito aprendem a classificar as teorias semânticas segundo o esquema aproximado que apresentamos a seguir. As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas<sup>11</sup>.

O que ocorre com as teorias semânticas guarda profunda similaridade com o que acontece com o “pensamento conceitual” acerca do direito que acaba por “sacrificar” a problemática normativo-jurídica pela excessiva consideração dos aspectos científicos do direito. Quanto a isto, Castanheira Neves argumenta que o método dogmático-conceitual implica consequências graves para o direito, pois “o pensamento jurídico é desviado, como pensamento ‘científico’ (cognitivo) que se entende deverá ser, para os problemas teóricos da conceitualização e sistematização, com sacrifício dos problemas normativo-jurídicos, vindo na sua intenção os conceitos e o sistema e não os fundamentos e os critérios da correta discriminação do justo e do injusto. Assim é que um eminente pensador – profundamente influente no pensamento jurídico – pôde dizer que o problema metodologicamente decisivo para este pensamento seria o da conceitualização. E vemos, com efeito, os juristas que reflectem metodologicamente sobre o seu pensamento (o pensamento jurídico) mais preocupados em saber se ele é ou não uma verdadeira ciência e como deve constituir-se para ser tal, do que em saber se ele decide ou não correcta e justamente os concretos problemas jurídicos e como deve constituir-se para melhor e mais justamente os resolver”<sup>12</sup>.

Tudo isso demonstra que, em questões fundamentais de nosso modo-de-ser, e mais uma vez damos razão a Streck, por um lado, continuamos “presos” aos gregos e ao “essencialismo” das coisas. Como afirma Martín Laclau, somos “herdeiros” do pensamento grego e ainda hoje nos movemos com as categorias mentais criadas na Antiguidade para conhecer os objetos físicos, que são independentes e imutáveis, que são substâncias (!), desconhecendo que o homem não é um objeto natural, uma substância, mas, ao contrário, um ser aberto ao mundo sobre o qual projeta seu pensamento e sua ação, sendo a vida humana um perpétuo “*quehacer*” que não conhece momento algum de repouso, uma vez que no homem nada é fixo, nada é permanentemente estável<sup>13</sup>. Por outro lado, demonstra, também, que, além de herdeiros do pensamento grego, também continuamos presos ao paradigma da modernidade, ao “subjetivismo”, ou, em resumo, no dizer de Palombella, à “postura positivista”, apostando, por exemplo, no Método da Jurisprudência dos Conceitos, elaborado em especial por Rudolf von Jhering, a quem devemos, de fato, “a definição de um método destinado a extrair (‘fazer evaporar’), da matéria compósita do direito existente, conceitos e categorias (por um procedimento de análise e de decomposição

de elementos) que deverão ser depois reconstruídos e religados com base em nexos lógico-sistemáticos”<sup>14</sup>. Utilizamos, assim, como fazia Jhering, a “análise jurídica” para “abstrair noções gerais de casos particulares e redefinir [...] um catálogo conceitual assim como os critérios ou princípios jurídicos ‘latentes’, no direito positivo”, pois entendemos que, por meio de conceitos e de categorias gerais, seguindo um caminho lógico e rigoroso, é possível extrair novas disposições e novas regras<sup>15</sup>.

Essas situações estão intimamente ligadas a um problema levantado por boa parte de filósofos contemporâneos, qual seja, a teoria da decisão jurisdicional, ou, em outros termos, a busca por critérios legitimadores das decisões judiciais. A consequência de tal subjugação do direito a estes paradigmas foi a emergência de ativismos, protagonismos, discricionariedades e arbitrariedades que muitas vezes ultrapassam as possibilidades interpretativas que um sistema normativo permite, tendo em conta sua integridade e sua coerência. Por isso é que, tendo como base as ideias de Dworkin e Arango, o juiz somente tem uma “visão integral do direito” quando se esforça para “plasmá-lo” na decisão judicial a resposta que melhor reflita os propósitos do ordenamento jurídico visto como um todo<sup>16</sup>. O juiz, igual a um artista, “cria”, e a decisão judicial, como criação, leva implícita uma “pretensão de verdade”. Mas a criação correta, ou decisão jurídica (resposta) correta, será aquela que permitir sair à luz o “ser daquilo que é”<sup>17</sup>!

O que se vê desse diagnóstico é que o modo de fazer direito que predominou na modernidade e ainda continua a assaltar nossos juristas está encharcado por uma mistura de percepções e teorias sobre o mundo, sobre o conhecimento, sobre a ciência e sobre o próprio homem que hoje e nunca se mostraram adequadas à complexidade do mundo, seja em que época fosse. Por isso, concordo com Lenio Luiz Streck que, em “Verdade e Consenso”, estrutura uma pesada e coerente crítica contra a “mixagem” hermenêutica de teorias voluntaristas<sup>18</sup>, intencionalistas<sup>19</sup>, axiológicas<sup>20</sup> e semânticas<sup>21</sup> do direito que, ao invés de propiciar o “resgate do mundo prático” com a concomitante limitação do poder dos juizes, só aumentam a separação entre direito e moral (a da “moralidade institucionalizada”, e não a do juiz), fortalecendo, ao invés de enfraquecer, a discricionariedade judicial. Aliás, o cerne da discussão hermenêutica é justamente o de evitar decisionismos<sup>22</sup>, e isso não vem ocorrendo.

Levando-se em conta esses problemas que caracterizaram o direito da modernidade e ainda continuam a repetir-se no direito contemporâneo, nesse panorama de hiperdimensionamento da semântica, das (diversas) teorias da argumentação, dos conceitos e da “ciência” do direito, abordagens importantes poderão ser construídas a partir das investigações de Ronald Dworkin (direito da integridade), de Martin Heidegger (filosofia hermenêutica) e de Hans-Georg Gadamer (hermenêutica filosófica): pela via da “compreensão”, ou seja, hermeneuticamente. Isso porque o modo de ser do direito não se desgarra da hermenêutica da faticidade, do “método fenomenológico”, enfim, da argumentação filosófico-moral (Dworkin). Por isso é que Yezid Carrillo de La Rosa dirá que a atividade do jurista deve ser entendida como “projeção da argumentação filosófica moral e política”, e não da ciência<sup>23</sup>.

Nessa perspectiva, compreender (o direito, inclusive) não é um modo de conhecer, mas um modo de ser<sup>24</sup>. A ontologia da compreensão substitui a epistemologia<sup>25</sup>. E é a partir daí que podemos dizer, com Dworkin, que o direito é um “fenômeno social”, cuja complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura: “a prática do direito é argumentativa”<sup>26</sup>. E argumentativa num sentido moral. Ou seja, o direito não é tão-somente um problema “semântico” ou da ciência, ou, como queria o positivismo fático, uma “simples questão de fato”. Antes de tudo, é um problema de “moralidade”<sup>27</sup>! Também por isso é que, segundo Dworkin, há uma espécie de “revelação” feita pelo direito no sentido de mostrar o que nós mesmos somos: “temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e

reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos<sup>728</sup>.

E é nesse sentido, por exemplo, que uma “razão jurídica” como a encontrada em autores como Dworkin e Streck se destaca, pois de acordo com Rodolfo Luis Vigo quando refere-se a Dworkin - “conta com uma praticidade no sentido mais clássico da palavra, enquanto praticidade abarcadora, sem rupturas, de todo o mundo das condutas comprometidas com o bem do homem; por isso, essa razão é inquestionavelmente não só jurídica como também moral e especialmente política<sup>729</sup>”. O raciocínio jurídico, portanto, não é (e não pode ser) uma “idealização”. É construído “hermeneuticamente” a partir da faticidade, em um contexto.

Aqui é importante ressaltar que uma série de “novidades” trazidas ao projeto do novo Código de Processo Penal choca-se frontalmente com essas ideias, pois, seguindo uma tradição latinoamericana de importação muitas vezes descontextualizada de soluções jurídicas europeias, mais uma vez estamos prestes a introduzir institutos que não temos qualquer indicativo de que venham a ser eficazes para o controle de um fenômeno cujas causas e características são altamente peculiarizadas ao nosso contexto geopolítico, social, cultural e econômico. Refiro-me especificamente à ampliação do consenso penal, conforme previsto no art. 278 do citado projeto. Tal instituição, denominada no direito italiano de *applicazione della pena su richiesta delle parti* ou de *patteggiamento sulla pena*, prevê a possibilidade de que até o início da instrução e da audiência de instrução a que se refere o artigo 271 do mesmo projeto, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. Uma muito provável recepção de tal instituto em nosso ordenamento, com clara inspiração na *plea bargaining* da família anglo-saxônica, revela, mais uma vez, a ocorrência de questionáveis institucionalizações de movimentos de miscigenação de famílias jurídicas que vêm ocorrendo já há algum tempo. O caso mais grave em nosso sistema jurídico são as súmulas vinculantes. Precisamos discutir tais opções com um pouco mais de atenção à nossa historicidade.

Fundando-se nestas breves análises acerca de alguns problemas que afetam o modo de se fazer o direito contemporâneo e, sem exclusão, o direito processual penal brasileiro, podemos pensar alguns desafios para a configuração de um direito processual penal democrático a partir de possibilidades de compreensão que elementos da filosofia podem nos proporcionar. Um direito que tenha a pretensões de estar ajustado ao paradigma democrático de direito deve, necessariamente, evitar dois pólos opostos de problemas relativos à prestação jurisdicional. De um lado, contornar a visão liberal-iluminista do juiz “boca da lei” de Montesquieu, positivista, legalista, normativista, que manifesta um modo-de-ser totalmente atrelado à letra abstrata da lei e uma subordinação do poder judiciário ao poder legislativo. Deve-se evitar a perspectiva de uma jurisdição meramente declaratória da intenção da lei ou do legislador. De outro, rechaçar a postura exatamente oposta do juiz positivista, ou seja, evitar prestações jurisdicionais que se estruturam fundamentalmente sobre uma subjetividade do aplicador da lei, num movimento de assujeitamento do mundo, como, por exemplo, decisões baseadas no livre convencimento do juiz. E outras palavras, evitar decisionismos, protagonismos, ativismos judiciais que ultrapassem as possibilidades interpretativas dos textos legais, da coerência e integridade do sistema normativo.

Quanto ao primeiro problema a ser evitado é preciso ter em mente que a teorização liberal-iluminista acerca da doutrina política da “separação dos poderes” trouxe consigo uma correspondente visão em relação ao problema da teoria da decisão jurisdicional, ou em outros termos, a respeito da sua legitimação democrática. Na perspectiva da racionalidade político-jurídico oitocentista, seria democrática a prestação jurisdicional meramente declaratória da vontade da lei ou do legislador. A limitação da atividade do juiz estava centrada exatamente sobre a revelação destas duas vontades concretizadas antes do processo. Ou seja, uma razão

abstrata impulsionava a concepção de direito e, por consequência a própria legitimação democrática da atuação judicial. Quanto ao segundo grande problema, o viés é completamente oposto. Com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito, a doutrina deslocou-se, em termos de protagonismo dos poderes em relação à concretização de direitos fundamentais, no sentido de realocar a importância no poder judiciário nesta tarefa histórica, uma vez que no Estado liberal o papel político principal tinha sido exercido pelo legislativo e no Estado social pelo executivo. A conclusão, mal compreendida por muitos, era de que havia chegado a vez do judiciário assumir este papel de destaque. Entretanto, o que ocorreu foi uma exacerbação deste papel num primeiro momento, descambando-se, em muitas e muitas decisões, para uma intensificação decisionista. Nenhuma destas posturas é razoável e adequada ao Estado Democrático de Direito.

Se no âmbito do direito penal, no que toca à tutela dos bens jurídicos, a atuação estatal está limitada pelos princípios da proibição da proteção deficiente e da proibição da proteção excessiva, similarmente no processo penal, as operações e as atuações de persecução do Estado estarão também restringidas pelos princípios da proibição de provimentos judiciais deficientes e da proibição de provimentos judiciais excessivos. Faço-me entender em outras palavras.

Tais princípios devem ser entendidos, fundamentalmente, à luz de uma teoria da decisão jurídica, mas necessariamente também podem e devem ser estendidos a todos os momentos, atos e procedimentos da persecução penal. Por um lado, é preciso compreender que decisões judiciais que estejam vinculadas a uma postura dogmatista, arraigadas a modos-de-ser positivistas/legalistas/normativistas, no que tange à interpretação da lei, e o resultado de verdade daí emergente, não podem ser compreendidas senão como “soluções” deficientes para os conflitos aos quais elas tenham pretensão de decidir. Decisões com este viés, sempre estão aquém das exigências resolutivas que a complexidade do mundo da vida, que a faticidade dos conflitos reclamam. O abstracionismo e a generalidade da lei são completamente insuficientes diante da concretude da vida se o processo interpretativo não for uma construção aplicativa que leve em consideração as vicissitudes concretas do caso e das partes, além das circunstâncias e pré-juízos existenciais que assaltam os próprios intérpretes.

É preciso compreender, para rechaçar estas posturas abstratas/conceitualistas/positivistas, que há, como ensina Dworkin, uma “transcendência” das decisões judiciais para o indivíduo e para a sociedade. Dworkin, nesse aspecto, realça essa transcendência porque, primeiro, da decisão judicial pode depender a liberdade e a propriedade das pessoas, e, segundo, porque a aplicação do direito se reveste de uma “dimensão moral notória” devido ao risco de injustiças passíveis de ocorrer quando alguém é levado a um julgamento público<sup>30</sup>.

Não se nega, evidentemente, que o Direito só “sobrevive” objetivando as coisas. Mas a objetivação cria um “mundo jurídico” desvinculado do real. O jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da faticidade, trabalhando apenas com conceitos que são produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, construtores que são das “significações jurídicas”. Forja-se, assim, uma “realidade imaginária”, um “mundo de faz-de-conta” instituído como “realidade natural do Direito”, como diria Luis Alberto Warat<sup>31</sup>.

Por outro lado, provimentos judiciais que sejam o resultado de uma administração solipsista do sistema processual de produção da verdade jurisdicionalizada, outra característica não podem ter senão a de provimentos que pecam por seu excesso em relação ao sistema constitucional de limitação da atividade judicial. Ou seja, estarão além das possibilidades e atribuições constitucionais democráticas que são conferidas ao poder judiciário para a solução de conflitos que lhes são submetidos; poderão facilmente ultrapassar os indícios formais contidos no ente constitucional. Assim, quando um juiz toma para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir da sua consciência, com ampla discricionariedade, estaremos diante de provimentos judiciais com alta probabilidade de serem constitucionalmente excessivos.

É preciso ter em conta que há uma altíssima relevância democrática em considerarmos as limitações impostas a todo o funcionamento do sistema jurídico pelo horizonte de sentido proporcionado pela Constituição e seu conjunto principiológico. Ou seja, a integridade e a coerência são imanentes ao sistema principiológico constitucional, o qual, por consequência, não pode ser deficiente nem excessivamente considerado pelos operadores do sistema de persecução penal, pois lembrando Streck, *a Constituição passa a ser, em toda a substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico*<sup>32</sup>.

Se tais afirmações valem para o problema da teoria da decisão judicial, principal ato do processo penal, uma vez que nele plasma-se toda uma pretensão de verdade, valem também para todos os outros atos e procedimentos que compõem a totalidade do processo penal. Ou seja, a persecução penal, na sua perspectiva processual, deve estar adequada ao paradigma constitucional positivado de Estado, de direito e de sociedade. Como lembra Dworkin, o direito não é uma “piada grosseira”<sup>33</sup>. Por isso, mais uma vez utilizando as palavras do professor de Oxford, é possível afirmar que significa, e muito, o fato de que os juízes devem “aplicar” a Constituição, ao invés de ignorá-la. Seria “estupidez” – diria Dworkin –, assim, negar tudo isso porque às vezes podemos divergir sobre o “verdadeiro conteúdo do direito”<sup>34</sup>.

De tudo isto, resta concluir, para findar esta primeira parte do texto, que uma persecução penal, em seus múltiplos aspectos, que se pretenda adequada a um paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito, deve ser submetida a uma rigorosa crítica, a partir de um estreito diálogo entre a filosofia política e da linguagem e o direito. Esse diálogo entre direito e filosofia tem como objetivo fundamental a estruturação de alguns parâmetros teóricos para a construção de um sentido democrático do que venha a ser um sistema acusatório adequado às demandas brasileiras. Neste sentido, cremos que a filosofia política pode ser pródiga na projeção de elementos limitadores da atuação institucional do Estado no exercício da persecução penal, enquanto a filosofia do conhecimento, através dos aportes da filosofia da linguagem, possa ancorar toda uma crítica aos excessos decorrentes dos decisionismos, protagonismos e ativismos decisórios.

## 2 SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI. UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A origem do Tribunal do Júri como instituição jurisdicional popular é incerta. A imensa maioria de autores que se debruçam sobre o tema remonta à Antiguidade para identificar os seus primórdios genealógicos, atribuindo-lhe um caráter inevitavelmente democrático. Entretanto, apesar deste não ser o foco principal do trabalho, alguns aspectos precisam ser esclarecidos. Em primeiro lugar, não há dúvida de que são os tribunais populares da Grécia antiga, tais como a Heleia ou o Areópago, os ancestrais mais remotos do júri contemporâneo. Entretanto, é o júri inglês, com seus primórdios no século XI e, posteriormente, com a configuração que lhe foi dada no século XVII, o modelo mais próximo do Tribunal do Júri que hoje se conhece, tanto na cultura jurídica anglo-saxônica, quanto na oriunda da família ocidental do direito romano-germânico. Foi por força do processo de constituição das monarquias absolutas, especificamente a inglesa, que se modelou historicamente o Tribunal do Júri em um formato bastante próximo ao que hoje ele possui. Uma das principais características do processo de absolutização ocorrido na Europa é a aglutinação, na figura dos monarcas, das hoje conhecidas e clássicas funções de Estado, particularmente o que na época se chamava *gubernaculum* e *iurisdictio*. Com isso, passaram os reis a concentrar estas funções como uma estratégia de dominação e controle. No campo da *iurisdictio*, dada a impossibilidade por parte do rei de estar presente em todos os tribunais, o seu poder de julgar lhe é retirado, posto que justiça é ditada somente em nome do rei, não pelo rei, e transferido ao povo que o exerce através dos pequenos e grandes júris. Nesta estrutura, os juízes têm a simples função de assistência,

com a atribuição de explicar aos jurados os pontos difíceis da lei<sup>35</sup>. Dessa conjuntura histórica e política na qual se estrutura o formato do júri inglês, que em muito se assemelha com o Tribunal do Júri nacional, é possível afirmar ser esta instituição, quanto ao seu aspecto democrático ou não, um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que surge como consequência do processo de absolutização, também significa uma dissipação popular do poder real absolutista de dizer o direito. Assim, aos que advogam o absolutismo do caráter democrático do júri, é no mínimo recomendável a prudência de considerar suas origens absolutistas.

Criado no Brasil no ano de 1822 com a finalidade de julgar crimes de opinião ou de imprensa, o Tribunal do Júri manteve-se como instituição soberana em suas decisões por praticamente toda a República brasileira, com exceção de um pequeno período no Estado Novo, mais especificamente de 1938 a 1946<sup>36</sup>. Sempre com previsão constitucional – excluindo-se a de 1937 – o Tribunal do Júri sempre foi alvo de severas críticas, lastreadas ora na sua formação leiga e, portanto, incompetente para julgar matérias com complexidade e profundidade técnica, ora no fato de que o Conselho de Sentença tomaria suas decisões mais pelo instinto do que pela lógica ou pela razão, pouco ligando para o que digam os códigos ou a moderna dogmática penal. Em sentido contrário, seus defensores sempre destacaram um suposto caráter democrático da composição e do julgamento por pares da sociedade, bem como dados estatísticos de que o Tribunal do Júri não erraria mais do que os juízes singulares.

Em que pesem as razões de um lado e de outro, o problema central desta instituição desloca-se sensivelmente em relação às razões anteriores, quando analisada sob o enfoque do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de todas as possibilidades e demandas daí emergentes. Mais. O ponto fulcral da análise acerca do seu caráter democrático não pode residir na questão relativa à sua composição, ou à sua (in)competência técnica para julgar conflitos que exijam conhecimento especializado, nem tampouco na possibilidade de os membros do Conselho de Sentença julgarem com base em instintos ou paixões. A questão fundamental acerca do seu caráter mais ou menos democrático reside notadamente numa análise que nos remete para o âmbito da teoria da decisão judicial. Para ser mais preciso, creio que o problema central das decisões do Tribunal do Júri está na falta de fundamentação de suas decisões e, conjuntamente, no sistema de total liberdade de apreciação da prova que está umbilicalmente ligado à questão da falta de motivação decisória. Por trás destas questões de natureza mais técnico-jurídica há duas outras, no plano filosófico, que se constituem em seus fundamentos: primeiro, a estreita ligação entre o sistema de livre e discricionária apreciação da prova e o da falta de motivação das decisões judiciais com o paradigma da filosofia da consciência ou da subjetividade; segundo, no plano da filosofia política, relativo à falta de limites dos poderes públicos em relação à individualidade dos cidadãos.

Como sustentação da tese aqui exposta impõe-se afirmar que no estágio de desenvolvimento civilizatório em que nos encontramos, não é possível conceber-se que se considere democrática uma sociedade que possua uma instituição de natureza penal que imponha decisões sem qualquer espécie de fundamentação, como as prolatadas pelo Tribunal do Júri. Numa sociedade que pretenda ostentar *status* de ser considerada democrática, os cidadãos, em sua perspectiva atomizada, têm o mais amplo e irrestrito direito de terem total ciência do teor de qualquer decisão dos poderes públicos que venha a restringir qualquer de seus direitos fundamentais, situação exigível com muito mais intensidade, quando se trata de privação de liberdade em decorrência de condenação criminal. Ainda que elementos de natureza substancial/material/teleológica tenham ocupado um significativo espaço legitimador garantista das ações estatais ao longo da evolução do paradigma do Estado de Direito, a esta dimensão deve estar associada uma outra, de natureza formal/procedimentalista, que resguarde o valor da transparência dos atos dos poderes públicos. Neste aspecto, o tensionamento constitucional entre interesses individuais e coletivos deve, necessariamente, ser interpretado como favorável aos indivíduos,

pois nosso sistema democrático de persecução penal estrutura-se sobre um conjunto de garantias destinado a proteger os cidadãos contra possíveis abusos estatais.

Com as reformas no procedimento de competência do Tribunal do Júri, introduzidas no CPP pela Lei 11.689/2008, a necessidade de fundamentação das decisões foi ainda mais violada. No procedimento anterior a esta reforma, o detalhamento dos quesitos da tese de defesa no momento da votação, permitia ao réu, ainda que de forma precária, saber alguns dos fundamentos de sua condenação. Por exemplo, ao se desmembrar a tese de legítima defesa em quatro ou cinco quesitos, a partir do texto do artigo 25 do CP, podia o réu perceber que sua condenação tivesse sido por falta de injustiça na agressão da qual supostamente se defendeu, ou que tivesse usado os meios de defesa de forma excessiva. Entretanto, com a nova sistemática do Júri, as já precárias possibilidades de conhecimento dos motivos da condenação ficaram ainda mais nebulosas. Atualmente, de acordo com o disposto no art. 483, § 2º, do CPP, havendo resposta afirmativa, por mais de três jurados, em relação aos quesitos da materialidade e da autoria, será formulado o quesito principal, com a seguinte indagação: *O jurado absolve o acusado?* Com isto, substituiu-se um modelo anorético em termos de justificação por outro em que a motivação da decisão ficou no grau zero.

Esse modelo decisório foi novamente adotado no Anteprojeto do Novo CPP, já aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, estando ainda mais enxuto, pois de acordo com o artigo 385 da referida proposta legislativa, foram suprimidos os quesitos da materialidade e da autoria, o que pouco altera a normatização ora em vigência.

Urge uma leitura crítica de tal sistema decisório, sob pena de permanecermos sujeitos às decisões de uma instituição com aparências democráticas, mas com uma força profundamente autoritária. Em primeiro lugar, o sistema constitucional de decisões judiciais adotado no Brasil, conforme a previsão contida no art. 93, IX, está baseado na necessidade de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ...”. O Tribunal do Júri não pode escapar de tal mandamento constitucional, devendo ser ele entendido como parte do sistema jurisdicional de administração de justiça no País e, portanto, sujeito às exigências de justificação de suas decisões. Por outro lado, deixar livre o Conselho de Sentença da necessidade de justificação de suas decisões contraria o que internacionalmente tem sido considerado como um modelo decisório democrático, especialmente em função das limitações que neste tipo de modelo político são impostas aos poderes públicos. Os índices de desenvolvimento democrático de um Estado e de uma sociedade encontram uma escala extremamente sensível nos seus sistemas materiais e procedimentais de persecução penal. Há uma relação diretamente proporcional entre o grau de civilizatório democrático de um país e o sistema de garantias que limita a atuação estatal penal de suas agências. Assim, o objeto de nossa análise – a inconstitucionalidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri – constitui-se numa sintomatologia, numa semiologia de resquícios autoritários em nosso sistema de administração da justiça penal.

Em sentido totalmente contrário, a *Convenção Europeia de Direitos Humanos* ou Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, mas com vigência a partir de 1953, prevê em seu artigo 6º, ao tratar do direito a um processo equitativo que

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem

pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Tal disposição convencional tem sido amplamente adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Exemplificativamente, nos casos Ruiz Torija v. Espanha (Pedido n. 18390/91) e Hiro Balani v. Espanha (Pedido n. 18064/91), com acórdãos prolatados em 9 de dezembro de 1994, decidiu o Tribunal Europeu que

#### C. A obrigação de decisões fundamentadas

18. Nos termos do artigo n.º 120. 3.º da Constituição (Artículo 120. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.), “decisões devem sempre conter uma declaração sobre as razões pelas quais elas são baseadas e ser entregue em público”. Como um aspecto da protecção eficaz dos indivíduos pelo Poder Judiciário e dos tribunais, reconhecido como um direito fundamental pelo artigo n.º 24. 1.º da Constituição (Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.), a obrigação de fundamentar as decisões judiciais podem ser objecto de recurso individual para o Tribunal Constitucional (recurso de amparo).

[...]

19. De acordo com o artigo 359 do Código de Processo Civil:

“As decisões devem ser claras e precisas e devem abordar especificamente os aplicativos e outras reivindicações feitas no curso do processo, eles devem encontrar a favor ou contra o réu e decidir sobre todos os pontos controvertidos que tenham sido objecto de discussão. Esses pontos devem ser tratados separadamente no juízo.”

Quando um juiz dá uma decisão sobre o mérito deve, portanto, decidir sobre todos os fundamentos invocados pelas partes, caso contrário, o acórdão será falho por não dar uma explicação suficiente dos motivos (incongruencia omisiva). No entanto, segundo a jurisprudência, o tribunal não tem a obrigação de tratar expressamente no acórdão com cada um dos argumentos apresentados pelas partes, onde a sua decisão de permitir que uma das reclamações envolve implicitamente a rejeição da submissão em questão. [...]

29. O Tribunal reitera que o artigo 6 parágrafo. 1 (art. 6-1) obriga o juiz a fundamentar as suas decisões, mas não pode ser entendida como exigindo uma resposta detalhada a cada argumento (veja a Van de Hurk v. acórdão Países Baixos, de 19 de Abril de 1994, Série A, n.º 288, p. 20, 61.). A medida em que esse dever de fundamentação é aplicável pode variar em função da natureza da decisão. Além disso, é necessário ter em conta, nomeadamente, a diversidade das contribuições que pode trazer um litigante perante os tribunais e as diferenças existentes nos Estados Contratantes no que diz respeito às disposições legais, as normas consuetudinárias, parecer jurídico e da apresentação e elaboração de julgamentos. Por isso, a questão de saber se o tribunal não cumpriu a obrigação de fundamentação, decorrente do artigo 6 (art. 6.º) da Convenção, só pode ser determinada em função das circunstâncias do caso.

O que se vê a partir do texto da Convenção e destas decisões da Corte Europeia é um altíssimo estágio de avanço civilizatório em termos de limitação dos poderes públicos no que toca às necessidades de justificação e transparência das decisões que atinjam diretamente os cidadãos.

Outro aspecto importante que não pode ser esquecido e que reclama algumas reflexões relaciona-se ao fato de que o modelo decisório implementado a partir da reforma determinada pela Lei 11.689/2008, traduz uma importação feita de forma incompleta e descontextualizada do *standart* de decisões utilizado no

sistema do júri norte-americano. Apesar de algumas similitudes não essenciais, os dois sistemas divergem frontalmente num ponto: enquanto no sistema brasileiro os jurados devem manter a incomunicabilidade e não trocam reflexões sobre a prova e as teses de defesa e acusação, no sistema norte-americano o Conselho de Sentença se reúne para deliberação a portas fechadas, o que poderá perdurar por algumas horas ou dias, onde discutirão sobre o veredicto que deverá ser unânime; após a reunir-se o Conselho, ninguém mais tem permissão para entrar na sala de deliberação dos jurados, eis que terão que chegar ao veredicto, discutindo, entre si, as provas e teses produzidas durante os debates<sup>37</sup>. A diferença é relevantíssima: enquanto no brasileiro a decisão é manifestamente individualizada e totalmente secreta, no modelo norte-americano é coletiva e resulta de uma socialização da decisão entre os jurados, o que confere a este segundo modelo um viés democrático não encontrado no nosso. Mais. A unanimidade é o ponto central de compreensão do júri norte-americano. As decisões unânimes<sup>38</sup> decorrentes de um processo de discussão entre os jurados e o estabelecimento de uma unanimidade têm fundamentalmente finalidade de garantia do réu pela limitação da decisão a ser imposta, evitando-se os exageros acusatórios.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que o sistema de decisões adotado pelo nosso modelo de Tribunal do Júri representa, por todo o exposto, a mais radical manifestação de um solipsismo decisório totalmente autoritário e em franca contradição com os princípios que norteiam as exigências de legitimação das decisões judiciais num modelo constitucionalizado de sociedade, Estado e Direito. Esta situação decorre do fato de que a forma de produção da verdade processual em vigência no Tribunal do Júri brasileiro, através do modo de produção da sua decisão por parte do Conselho de Sentença, na medida em que não se baseia em qualquer espécie de fundamentação, materializa um modo de fazer Direito que traduz uma hegemonia da filosofia da consciência no senso comum teórico dos juristas, onde os valores da consciência do julgador deve prevalecer sobre toda e qualquer outra possibilidade de fundamentação decisória. Isto tem reforçado a discricionariedade jurisdicional do Tribunal do Júri, onde a hegemonia do universo moral do jurado pode suplantar, sem qualquer dificuldade imposta por exigências de justificação decisional, o conjunto de valores positivados no sistema jurídico.

Esse formato decisório autoritário utilizado no Tribunal do Júri brasileiro decorre também de uma má adaptação histórica do modelo original do júri inglês, especialmente pela supressão da elaboração, pelo diálogo construtivo, de uma unanimidade entre os jurados para a fixação de uma condenação. Reiterados têm sido os casos em que autoritariamente réus são condenados a pesadíssimas penas com uma diferença de apenas um voto. Como fica a decisão dos três jurados que optam pela absolvição? Apenas uma simples derrota cuja consequência é a privação de liberdade de um indivíduo que a própria sociedade tem dúvidas quanto à sua responsabilidade pelo cometimento de um fato típico? A possibilidade de decisões sem unanimidade, e em suas situações-limite de decisões por quatro votos a três, seja para condenar, seja para absolver, revelam exatamente a dúvida em sua quantificação mais extrema e inaceitável para um tribunal que decide sobre a vida.

Um direito processual penal democrático deve evitar a prestação jurisdicional penal deficiente, por um apego excessivo aos termos da lei, ou seja, deve evitar a perspectiva de uma jurisdição meramente declaratória da intenção da lei ou do legislador; mas também, como no caso do Tribunal do Júri, deve repulsar prestações jurisdicionais que sejam construídas sobre uma total subjetividade ou consciência individual do aplicador da lei, num movimento de assujeitamento do mundo, substancializando um modelo decisório baseado no livre convencimento ou num exclusivo sentimento do julgador. Se de juízes, profissionais com formação específica para a realização de atividades decisórias, exige a Constituição Federal a realização de fundamentação em suas decisões, qual a razão para ser diferente em relação a jurados, leigos sem formação jurídica na maioria dos

casos, ainda mais em se tratando dos crimes mais graves previstos em nosso ordenamento, os crimes contra a vida? Não visualizamos lógica democrática alguma neste modelo, razão pela qual é bastante questionável a afirmação de esta seja a mais democrática instituição jurídica de nosso sistema.

É com base nestes argumentos que defendemos uma total incompatibilidade constitucional das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri brasileiro, pois todas suas possibilidades democráticas são diluídas no espaço autoritário de elaboração de verdades absolutas sem nenhuma fundamentação/justificação ao destinatário da decisão. Nosso estágio civilizatório não mais tolera modelos processuais baseados em sistemas absolutos de produção da verdade. Esta era a característica do sistema processual penal da Inquisição, não o de um Estado Democrático de Direito como o que se pretende consolidar no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en derecho?* Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Cartagena: Ediciones Doctrina y Ley, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1976.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GÓMEZ, Ángel Álvarez. *El racionalismo del siglo XVII*. Madrid: Editorial Síntesis, 2001.
- HADOT, Pierre. *O que é a filosofia antiga?* São Paulo: Loyola, 1999.
- LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: De Palma, 1984.
- OLIVEIRA, Edmundo. *O Tribunal do Júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos*. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 98-111.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tribunal do Júri*. Símbolos & rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- VAZ, Pe. Henrique C. de Lima. *Antropologia filosófica*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Suzana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WARAT, Luís Alberto, ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Fabris, 1995.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Testemunhou Heleno Fragoso tal situação ao dizer que “As ditaduras militares deste Continente têm abusado da punição institucionalizada nas normas penais de forma alarmante, no círculo vicioso que resulta das profundas crises institucionais. Diante da grave criminalidade política que surge, a punição se exacerba. Contemplamos, com pesar, o reaparecimento da pena de morte em vários países, como se não bastasse o assassinio praticado covardemente pelos órgãos de repressão, os sequestros, o confinamento indefinido e a tortura de presos políticos, num desrespeito aos mais elementares direitos humanos.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 17.
- <sup>2</sup> Cfe. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299-300.
- <sup>3</sup> Ver a respeito VAZ, Pe. Henrique C. de Lima. *Antropologia Filosófica*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 5 ss.
- <sup>4</sup> Ver a respeito HADOT, Pierre. *O que é a filosofia antiga?* São Paulo: Loyola, 1999, p. 89 ss.

- <sup>5</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.
- <sup>6</sup> Idem, p. 462-463.
- <sup>7</sup> Ver a respeito GÓMEZ, Ángel Álvarez. *El racionalismo del siglo XVII*. Madrid: Editorial Síntesis, 2001.
- <sup>8</sup> ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en derecho?* Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 8-9.
- <sup>9</sup> Idem, ibidem.
- <sup>10</sup> Idem, ibidem. “Os filósofos que insistem em que os advogados seguem, todos, certos critérios linguísticos para avaliar as proposições jurídicas, talvez inadvertidamente, produziram teorias que identificam esses critérios. Darei ao conjunto dessas teorias o nome de teorias semânticas do direito, mas o termo em si requer uma elaboração. Durante muito tempo, os filósofos do direito embalaram seus produtos e os apresentaram como definições do direito. John Austin, por exemplo, de cuja teoria apresentarei uma breve descrição, dizia estar explicando o ‘significado’ do direito. Quando os filósofos da linguagem desenvolveram teorias mais sofisticadas do significado, os filósofos do direito tornaram-se mais cuidadosos em suas definições, e passaram então a afirmar que estavam descrevendo o ‘uso’ dos conceitos jurídicos, com o que queriam dizer, em nosso vocabulário, as circunstâncias nas quais as proposições jurídicas são consideradas como verdadeiras ou falsas por todos os juristas competentes. Em minha opinião, porém isso não foi muito além de uma troca de embalagem; de qualquer modo, pretendo incluir as teorias sobre o ‘uso’ no grupo de teorias anteriores, que tinham um caráter de definição mais claro”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 40.
- <sup>11</sup> Idem, p. 41.
- <sup>12</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Curso de introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1976, p. 47-48.
- <sup>13</sup> LACLAU, Martín. *La historicidad del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 36.
- <sup>14</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 126.
- <sup>15</sup> Idem, ibidem.
- <sup>16</sup> ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en derecho?* Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 35.
- <sup>17</sup> Idem, ibidem.
- <sup>18</sup> Vejam-se, por exemplo, as teorias que defendem uma espécie de “vontade da lei” como, por exemplo, a teoria chiovendiana sobre a jurisdição.
- <sup>19</sup> Bem exemplificam, no campo doutrinário, a ideia de “intenção dos legisladores”, por exemplo, as “originalistas” acerca da interpretação da Constituição; pela intenção do legislador constituinte no Brasil ou pela intenção dos “framers”, que são os fundadores da Constituição norte-americana, e assim por diante.
- <sup>20</sup> Exemplificativamente expressam esta ideia a Filosofia dos Valores de Johannes Hessen ou de Max Scheler.
- <sup>21</sup> É expressões de teorias semânticas o positivismo, em suas mais variadas versões (Bentham, Austin, Hart, Kelsen, Bobbio etc.).
- <sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.
- <sup>23</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Cartagena: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2008, p. XIV.
- <sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, p. 232.
- <sup>25</sup> Idem, ibidem.
- <sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 17.
- <sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 12.
- <sup>28</sup> Idem, p. 15.
- <sup>29</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Apresentação do Prof. Luiz Carlos de Azevedo; tradução de Suzana Elena Dalle Mura; revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.
- <sup>30</sup> ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en derecho?*, p. 48.
- <sup>31</sup> WARAT, Luis Alberto, ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 120.
- <sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma Exploração hermenêutica do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 241.
- <sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 54.
- <sup>34</sup> Idem, ibidem.
- <sup>35</sup> Ver a respeito, MATEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Madrid: Trotta, 1988, p. 125. Esta concepção do júri inglês é atribuída a Algernon Sidney, em sua obra *Discourses concerning government*.
- <sup>36</sup> Ver a respeito STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri*. Símbolos & rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 39 ss.
- <sup>37</sup> OLIVEIRA, Edmundo (1999). *O Tribunal do Júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos*. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 110.
- <sup>38</sup> É relevante destacar que se não houver decisão unânime o júri é desfeito sem prolação de decisão absolutória ou condenatória.