

SIGILO DAS VOTAÇÕES E INCOMUNICABILIDADE: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO JÚRI BRASILEIRO

Márcio Schlee Gomes*

Sumário: 1. Considerações iniciais: Júri e o novo CPP; 2. Tribunal do Júri: posição constitucional; 3. Sigilo das votações e incomunicabilidade: posição doutrinária e constitucional; 4. Comunicabilidade entre jurados no projeto de novo CPP: inconstitucionalidade por quebra do sigilo das votações; 5. Conclusões.

1 Considerações iniciais: Júri e o novo CPP

Após entrar em vigor a Lei nº 11.689, em agosto de 2008, trazendo profundas reformas no procedimento do júri, em curto espaço de tempo foi elaborado um projeto de novo Código de Processo Penal (CPP), o qual já foi entregue no Senado Federal para análise e deliberação.

Se a referida lei trouxe inegável celeuma no meio jurídico, por apresentar várias questões controversas e que, na prática, em muitos pontos, não conseguiu dar uma melhor solução para que se minimize o problema da morosidade e ineficiência, o projeto prevê grandes modificações no processo penal brasileiro, inclusive, novamente, alterando questões relativas aos processos de júri.

Nesse aspecto, um dos pontos que mais chama à atenção, é a previsão da *comunicabilidade* entre os jurados após o término dos debates, o que representa uma ruptura total com o sistema de julgamento pelo júri brasileiro.

* Promotor de Justiça/RS, Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS, Professor de Direito Penal.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 67	set. 2010 – dez. 2010	p. 35-59
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------

Institui-se, pelo projeto, uma espécie de “deliberação” pelos jurados, quando poderão discutir e debater a causa, apontando o sentido de seu voto, ao pender motivos para a absolvição ou condenação do acusado.

A questão não é nova. Já foi debatida há quase oitenta anos atrás. Foi vencida, afastada pelo legislador (incluindo constituinte) e, sobretudo, doutrinadores do processo penal brasileiro. Mais. A prática, o dia-a-dia dos profissionais no júri brasileiro, sempre demonstrou que o modelo adotado é adequado e resulta em um julgamento justo. Lembre-se: se o júri erra em alguns casos, muito mais os juízes togados, os quais, diariamente, têm suas sentenças modificadas, tanto para absolvição, condenação, redução ou aumento de pena.

Em 1946, com a redemocratização do país, o sigilo das votações foi inserido na Constituição Federal, para que não pairasse qualquer dúvida sobre a sua necessidade como forma de garantia do correto funcionamento do júri. Em 1988, após mais de vinte anos de ditadura, o constituinte elencou os princípios estruturais do júri brasileiro, mantendo-o nos mesmos moldes anteriores.

Corolário lógico do sigilo das votações, por uma questão intrínseca, a incomunicabilidade foi inserida na legislação processual penal, no rito do júri, como uma das formas de prestigiar o *sigilo das votações*. É a garantia do voto de consciência, do voto honesto e independente, de cada jurado, após obter o conhecimento integral da causa que vai julgar.

A reforma proposta pelos membros da comissão que elaborou o projeto de novo Código de Processo Penal mexe, então, com uma questão que é da essência do júri brasileiro e que está solidificada com base no texto constitucional. Apesar disso, o projeto está no Senado Federal, observando-se que em vários pontos fala-se em incomunicabilidade, em sigilo do voto, porém, em um artigo, vem a defesa dessa “nova tese”, que, como se sabe, nada tem de nova.

Edilson Mougenot Bonfim,¹ doutrinador e profissional há mais de vinte anos trabalhando no júri, alerta sobre o atropelo realizado pela Lei nº 11.689/08 em vários aspectos e, também, sobre o referido projeto que tramita

¹ Ao analisar a questão, Bonfim discorre com perfeição: *Mas, poderíamos questionar, se a par do aprumo idiomático, não mereceria o velho texto legal uma mudança? A resposta é dupla, binária: sim e não. Evidentemente, uma boa reforma legal conservaria o que fosse bom, expurgaria o que fosse mau, rerratificando-se, destarte, a lei. Ao final, o balanço poderia dizer qual dos textos continha mais acertos: se o velho, que permaneceu, por bom, ou o novo, que sucedeu, por melhor. O que propôs, agora, a propósito de nova lei, não é necessariamente uma boa mudança nem atender, invariavelmente, aos pressupostos da celeridade e combate à impunidade que mobilizaram a política de alteração. É nova, a lei, sem que seja, por isso mesmo, moderna.* (BONFIM, Edilson Mougenot. Código de Processo Penal Anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 708).

no Congresso Nacional. Com razão, lembra que o fato de uma legislação ser antiga não significa que seja inadequada, pois importa sua funcionalidade, eficiência e, sobretudo, a ideia que projeta.

O conceito do que seja uma *lei nova e moderna e uma lei velha e antiga* é algo extremamente relativo, merecendo um cuidado cirúrgico. Importa, muito mais a *ideia e adequação* da norma à realidade. E, principalmente, em matéria de processo penal, que esteja de acordo com a Constituição (hierarquia das normas), assim como sua efetividade perante a sociedade.

O processo penal não pode ser um fim em si mesmo. O processo é instrumental, é um mecanismo para realização do direito material, o Direito Penal. Por mais singelo que pareça, sabe-se que o processo deve estar revestido de inúmeras e fecundas garantias ao réu, o que, por sinal, vem expresso na Constituição (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência) e é indiscutível em um Estado democrático. Entretanto, esse caminho deve permitir também que o indivíduo que cometeu um crime seja responsabilizado.

O Tribunal do Júri, em matéria de crimes dolosos contra a vida, é esse caminho. Cumpridos os pressupostos legais, observadas todas as garantias e preservados os direitos fundamentais do réu, se está provado que cometeu um crime, deverá ser punido. E o processo é a garantia, tanto do réu como da sociedade. Do réu, em ser submetido a um processo célere e justo, com regras estipuladas, que lhe garantam a mais ampla defesa. De outro lado, respeitado tudo isso, se a decisão for condenatória, que seja aplicado o Direito Penal.

Assim, para se buscar uma *modernização* da legislação processual penal, no mínimo, deve ser esperado o compromisso com o interesse social, repita-se, sem ser o processo um fim em si mesmo. Processo célere, justo, mas que sirva para efetivação do Direito Penal nos casos em que isso for necessário.

Dessa forma, na questão do procedimento do júri, ao ser instituída a comunicabilidade entre os jurados, verifica-se uma quebra do modelo de júri adotado na Constituição de 1988, em que pese a justificativa para isso de que o procedimento deve ser modernizado, que a incomunicabilidade é antidemocrática e inconstitucional, em uma questionável posição ideológica do projeto.

Na verdade, como se demonstrará adiante, a Constituição adotou, em 1988, um modelo de júri, sendo este construído ao longo de quase um século de existência, seja em períodos de Estado de exceção ou democrático, mantendo o júri a qualidade de seus serviços prestados à sociedade.

Nesse modelo, claramente, está presente o sigilo das votações, do qual, sem haver guarida para dúvidas, a incomunicabilidade é mecanismo de garantia de sua viabilização, evitando pressões, mandos e desmandos, o que enseja um voto independente e verdadeiro.

2 Tribunal do júri: posição constitucional

Em 1988, durante as discussões sobre o Tribunal do Júri na Assembleia Nacional Constituinte, foram apresentadas inúmeras propostas, que variavam da abolição da instituição ao alargamento de sua competência.

Promulgada a Constituição, restou mantido o júri e mais: foi inserido no artigo 5º, dentre os direitos e garantias individuais, um direito fundamental. Além disso, como forma de preservar a instituição popular, foi lançada no texto constitucional a estrutura básica, a espinha dorsal, traduzida em princípios basilares: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Claramente, sem deixar margem a controvérsias, o constituinte garantiu ao júri uma competência mínima (tradicional) e mecanismos para seu funcionamento e efetivo exercício de poder, com a previsão do sigilo das votações e soberania dos veredictos. Isso, por certo, garantiu-lhe um parcela de atividade constante e, sobretudo, importante, pois julga, por exemplo, crimes de homicídio doloso, casos, muitas vezes, revestidos de extrema gravidade e repercussão social. Aliado a isso, para o julgamento, o jurado contará com sua independência e liberdade de decisão, assegurada pelo sigilo de seu voto, assim como seu veredicto vem revestido com valor pleno, efetivo.

Como se observa, a Constituição de 1988 adotou o mesmo modelo de júri que havia sido admitido na Constituição de 1946, também democrática, que recepcionou o modelo de júri previsto no Código de Processo Penal de 1941.

E, desde então, a incomunicabilidade dos jurados sempre foi entendida como uma garantia de um julgamento independente e livre, como forma lógica e óbvia de assegurar o sigilo das votações.

Tratando-se de princípio expresso na Constituição, em seu artigo 5º, o que o institui como cláusula pétrea, impõe-se a preservação da norma. Mais: a sua concretização.

A Constituição está no topo do ordenamento jurídico e tudo que estiver ao seu redor deve observância aos seus mandamentos.

Em relação ao júri, o modelo adotado no Brasil está disposto, claramente, na Constituição, inserido dentre os direitos fundamentais. Dessa forma, além de não poder ser abolido, não pode ser adotado outro modelo de júri em nosso país, seja por uma modificação total ou parcial do procedimento que entre em choque com o texto constitucional.

A elaboração de leis, a aplicação, a interpretação tudo deve estar em consonância com as regras e princípios constitucionais, obrigando a todos, incluindo, os poderes de Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário.

No caso de uma alteração legislativa, em matéria constitucional, não se pode olvidar que o Poder Legislativo está vinculado à concretização e efetivação dos direitos fundamentais. E o Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição, é um direito fundamental, classificado como “garantia fundamental institucional”, segundo Ingo Wolfgang Sarlet.² O júri é um instrumento fundamental para garantia do direito à liberdade, bem como para assegurar e afirmar o direito à vida e segurança. O Tribunal Popular, assim, está inserido ente os direitos fundamentais, impondo-se a sua preservação, tanto que, para isso, a Constituição previu, expressamente, regras básicas que constituem a estrutura da instituição, apontando o modelo de júri afirmado em nosso país.

Dessa forma, inaceitável que o legislador elabore leis que afrontem o texto constitucional expressa ou veladamente, de modo direto ou indireto, às vezes obliquamente. A legislação infraconstitucional deve ater-se à hierarquia constitucional, completamente, isto é, descabe ao legislador ordinário qualquer artifício para inverter a ordem e fazer com que seu entendimento, posterior no tempo (a constituição é o início) e inferior no plano hierárquico, venha a contrapor a regra fundamental.

² Em uma análise sobre os direitos e garantias fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet faz uma classificação e ressalta que algumas garantias que estão no artigo 5º da Constituição, embora não pareçam, diretamente, que estão ligadas a um direito fundamental, na verdade, de modo intrínseco, realmente estão, o que fez com que o constituinte, de forma a proteger um direito, venha a garantir uma instituição. Refere Sarlet: *Como exemplo de autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição, podem ser referidas a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), do direito de herança (art. 5º, XXX), da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII). Importa salientar, outrossim, que os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do status quo, protegem o núcleo essencial de determinados jurídicos-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas...Não é, portanto, sem razão que J. Miranda apontou para o fato de que, inobstante os direitos fundamentais se reportarem sempre à pessoa humana, certos bens jurídicos desta somente podem ter sua existência assegurada no âmbito ou por intermédio de instituições dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que as constituem...Na verdade, a função precípua das garantias institucionais (desconsiderada aqui sua eventual função como direito subjetivo, que, como visto, pode coexistir) é a de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador, o que ressalta sua dimensão, ao menos preponderantemente defensiva, isto é, destinada a bloquear ingerências nos poderes públicos. Assim, desde que se atente para as devidas distinções entre estas e as demais garantias fundamentais (direitos-garantia propriamente ditos), de modo especial para a circunstância de as garantias institucionais por vezes não outorgarem aos particulares posições jurídico-subjetivas autônomas, é possível situar ambas as espécies de garantias lado a lado, juntamente com os direitos de liberdade e igualdade, bem como as demais posições fundamentais do status negativus e libertatis já referidas.* (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, págs. 215-216).

Como lembra Antônio Scarance Fernandes, citando Ada Pellegrini Grinover:

O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. Com isso, deixam as normas constitucionais do processo de serem vistas como, acentua Figueiredo Dias, 'simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto. Hoje, tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito.³

Há, assim, uma “limitação material” ao legislador ordinário, ainda mais por ser o júri uma garantia fundamental do cidadão.⁴

A interpretação que se pode fazer, nesse contexto, é de que o legislador ordinário está proibido de elaborar qualquer lei que esteja em descompasso com a Constituição.

A questão, de início, pode parecer óbvia, mas há muitos casos em que a elasticidade das interpretações jurídicas não revelam claramente certas intenções. Muitas vezes, pela tangente, por vias oblíquas, busca-se a modificação daquilo que está previsto na Constituição.

O caso do projeto de lei que prevê a comunicabilidade entre jurados, no rito do júri brasileiro, é um grande exemplo disso. Quer-se impor uma ideia que afronta o sigilo das votações, que contraria o modelo de júri brasileiro, porém, com um argumento que o júri, como está, é antidemocrático.⁵

³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2008, pág. 21.

⁴ Como lembra Ingo Wolfgang Sarlet: *De pronto, verifica-se que a vinculação ao direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora [...] Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, pág. 391).*

⁵ Essa é a posição defendida por Paulo Rangel, na obra *“Tribunal do Júri – visão língüística, histórica, social e jurídica”* (Ed. Lumen Juris, 2009) e em sua tese de doutorado intitulada *“A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri Brasileiro”*, fazendo um histórico ideológico e apontando que o sistema de julgamento pelo júri brasileiro é elitista e antidemocrático. Sustenta a necessidade comunicação dos jurados como ocorre em alguns países, o que foi, claramente, adotado por seu orientador e membro da comissão reformadora, Jacinto Nelson Coutinho, no projeto de novo CPP. Porém, sem observar que a comunicação ofende diretamente a Constituição e só poderia ocorrer (caso não afrontasse o sigilo do voto) em um sistema que, permitida pela Lei maior, houvesse uma seleção de jurados pelas partes, como acontece no júri norte-americano.

Entretanto, a Constituição manteve o júri, marcando território ao prever seus princípios básicos, delimitando sua parcela de efetivo poder, de modo a não ficar a instituição desprotegida, à mercê de seus detratores e inimigos, que sempre existiram, em número expressivo, não admitindo a justiça popular.

Assim, parte-se de um pressuposto: qualquer mudança na legislação ordinária deve respeitar as previsões constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, qualquer modificação do rito do júri deve observar que a Constituição afirmou um modelo de júri, uma base, que não pode ser alterada por que é o entendimento de um ou outro. De forma alguma. A lei ordinária, no caso, processual penal, deve respeitar a vontade do constituinte de 1988 que acreditou no modelo de júri que, tradicionalmente, foi adotado no Brasil.

E, lembre-se, realizar a *Wille zur Verfassung* (vontade de Constituição), na acepção de Konrad Hesse,⁶ é uma imposição em um Estado Democrático de Direito. É um pressuposto em uma democracia que no sistema jurídico a Constituição cumpra seu papel de irradiar luz sobre todo o sistema.

No júri, por estar disposto na Constituição, como uma *garantia fundamental institucional*, qualquer alteração legislativa, posterior, deve respeitar e adequar-se a seus termos. Como sustenta Robert Alexy,⁷ tratando do *Constitucionalismo Discursivo*, em muitas questões a Constituição prevê alguns mandamentos gerais, que deixam *espaços* para o legislador ordinário, ao intérprete, dependendo da situação. Não se pode desconhecer essa questão. Porém, se a Constituição dispõe diretamente de tal assunto, a violação, direta ou indireta, sem dúvida, não pode ser admitida. E, muitas vezes, isso traduz uma posição ideológica, que não aceita a norma constitucional, que vem, então, baseada em um artil interpretativo, que, na verdade, é uma sustentação antidemocrática e, sobretudo, pode vir a ser transformada em uma lei sem legitimação social.

⁶ Segundo Konrad Hesse, uma Constituição somente terá força efetivamente perante a sociedade se não forem permitidas violações, o que garante sua aplicação e concretização. Adotadas e respeitadas suas diretrizes, pelos poderes de Estado e pela sociedade em geral, verifica-se o grau de aspiração democrática de uma sociedade. Conforme Hesse, *A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung); (A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Ed. Safe, 2001, pág. 21).*

⁷ Robert Alexy, na obra *Constitucionalismo Discursivo* (Ed. Livraria do Advogado, 2008), faz profunda análise dessa questão, trazendo exemplos de várias situações que dizem respeito a direitos fundamentais, bem como aponta que a racionalidade discursiva está inserida no debate constitucional, até porque sempre haverá espaços para o debate, a discussão, pontos definidos pela interpretação.

3 **Sigilo das votações e incomunicabilidade: posição doutrinária e constitucional**

O artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal prevê:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

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

Como se observa, o constituinte foi expresso ao adotar o mesmo modelo de júri previsto no Código de Processo Penal de 1941 e na democrática Constituição de 1946.

Sigilo das votações para garantia da independência do voto do jurado cidadão e soberania de suas decisões como forma de efetivar seu poder (de modo que não fosse uma instituição de “papel”, frágil), o que também ocorre pela delimitação de sua competência, mínima, mas muito importante, por julgar crimes de extrema gravidade e repercussão na sociedade. A defesa plena, igualmente, um dos pilares da instituição, ao garantir ao réu um julgamento justo e honesto, em que lhe são concedidas todas as oportunidades de se defender e rebater as acusações. São os elementos constitutivos do júri.

Essa é espinha dorsal do júri brasileiro, afirmada em 1988 pelo constituinte. Nesses pontos, não há espaço para reforma, via legislador ordinário. Qualquer mudança, sem dúvida, é inconstitucional.

Veja-se que o sistema baseado no sigilo de votações e voto de consciência, sem comunicação entre jurados, perdura há quase um século no sistema judiciário brasileiro. Já havia sido adotado e, em 1941, foi expresso no Código de Processo Penal. Mesmo que alguns façam diversas ponderações sobre a ideologia vigente na época, não se pode perder de vista que em 1946 a Constituição manteve o júri, nos mesmos moldes, sendo o que se seguiu até 1988 e os dias atuais.

E o argumento que os autores do projeto de novo CPP sustentam, de que seria inconstitucional a incomunicabilidade entre jurados, não prospera, inicialmente, por razões históricas, pois a previsão da norma processual, ligada diretamente ao sigilo das votações (norma constitucional), perdura desde a Constituição de 1946, com continuidade em 1988 até os dias atuais; por outro lado, a inconstitucionalidade ocorreria se houvesse *comunicabilidade* entre jurados, quando, obviamente, não haveria sigilo do voto, já que todos terão conhecimento da posição de determinado jurado sobre o mérito da causa e sua decisão.

Paulo Rangel defende a tese da comunicabilidade entre jurados, posição que seu orientador, Jacinto Nelson Coutinho, encampou, como membro da comissão, no projeto de novo CPP.

Entretanto, expresso o sigilo das votações na Constituição e sendo o modelo de júri adotado no país uma garantia fundamental do cidadão, verifica-se que a posição defendida no projeto é falha, isolada e, essa sim, inconstitucional.

A doutrina há muito pacificou a matéria. A jurisprudência, da mesma forma. A possibilidade de mudanças no procedimento do júri são salutares, dentre as quais, várias que foram lançadas pela Lei 11.689/08, buscando *celeridade* no processo e julgamento. Agora, no que diz respeito a questões que são da estrutura do nosso júri, não há espaço para modificações.

Isso, sem dúvida, tornaria o júri uma instituição frágil, sem identidade, o que foi terminantemente evitado pelo próprio constituinte em 1988.

Como já referia Ruy Barbosa, no início do século XX, mudanças que mutilam, deformam a instituição do júri, equiparam-se com aquelas que visam a sua abolição. E, por certo, nem uma nem outra é aceitável, pois são inconstitucionais.⁸

Então, a alegada inconstitucionalidade da incomunicabilidade não passa de uma *nuvem de fumaça* encampada no projeto por autores que bancam a ideia como “nova”, porém, que foi rechaçada há mais de setenta anos em nosso país, que adotou, desde então, um modelo de júri nosso e, que com total certeza, faz justiça.

O doutrinador e desembargador gaúcho Aramis Nassif, por exemplo, profundo estudioso da instituição do Júri, é um defensor do formato de júri adotado na Constituição e tradicional em nosso país. Sustenta sua posição:

Creio firmemente que o sistema brasileiro de deliberação é muito melhor que o norte-americano (ou qualquer outro), na medida em que, orientada a série de quesitos pelo Juiz de Direito, que a elabora nos limites da acusação e na amplitude da defesa, e

⁸ Ao que parece os escritos de Ruy Barbosa serviram para impedir a abolição e dismantelamento do Júri no início do século passado e, incrivelmente, são totalmente atuais. Ao enfrentar essa questão, lembrou: *Não há meio termo: ou a garantia constitucional não escuda a instituição protegida, senão quanto à sua atualidade nominal; ou, se lhe tem por fim abroquelar a realidade, há de torná-la inacessível a qualquer reforma, que lhe desvirtue a natureza, ou lhe desmembre a alçada. Mas, se a constituição não pode ser embusteria, a única interpretação razoável tem de ser a segunda. A cláusula constitucional, que mantém uma instituição, tem por fim perpetuá-la no estado, em que a encontrou, preservando-a, não só o no seu caráter, como na sua autoridade; pois aquele que ficasse com o privilégio de golpear a autoridade ou demudar o caráter, indubitavelmente possuiria o arbítrio de convertê-la em sombra, em ficção, em nada. Tenha, portanto, bem em mente o congresso o que lhe estão propondo. Se o admitir, tirará sangue ao nosso direito constitucional e os resultados serão muito graves* (BARBOSA, Ruy. *O Júri sob todos os aspectos*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950, pág. 52).

votada na presença do Ministério Público, acusador particular ou assistente da acusação, e da defesa, preservados o sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, evita-se a influência entre os julgadores de fato. Fácil concluir que a contaminação da vontade do jurado, já intimamente convicto, é evitada. Poupa-se-lhe, inclusive, de sofrer a influência da lei do mais forte, da ditadura do intelectual, da submissão do tímido pelo extrovertido, da sedução e tantas outras hipóteses opressivas possíveis de ocorrer sob o regime anglo-americano entre os indivíduos-jurados, enquanto debatem na sala especial.⁹

A crença no debate da causa e o voto sigiloso e de consciência, decidindo-se pela votação apontada pela maioria, é o nosso modelo de júri.

A deliberação entre jurados pressupõe um modelo de júri totalmente diferente do nosso, como no caso norte-americano ou inglês, além dos países que adotam o escabinado. Não se pode, diante da previsão constitucional brasileira, pegar determinados pontos e colocá-los no nosso ordenamento jurídico como se fosse melhor. Há a Constituição, há uma tradição baseada na lei, no sistema brasileiro, que confia no voto independente e consciente de cada jurado e a justiça expressada na votação majoritária.

A adoção do sistema baseado no sigilo das votações justifica-se na busca do voto livre e independente dos jurados, alheio a pressões e forças estranhas ao livre convencimento e, então, decisão da causa.

A expressão, por si só, já diz tudo: sigilo “das” votações, ou seja, a da formação do voto do jurado, desde o início do julgamento, ao momento em que este é lançado na urna, o jurado não pode manifestar sua intenção de voto nem pode sofrer qualquer influência para isso, de modo a cabrestear sua soberana decisão.

Além disso, por óbvio, se houvesse *comunicabilidade* entre jurados, o voto não seria sigiloso, pois sendo sete jurados, os outros seis saberiam a sua decisão. É um raciocínio básico e lógico. Buscou-se sempre evitar que em determinado júri, por exemplo, alguém que tivesse grande poder econômico na cidade e viesse a contar com o apoio (moral ou material) de um ou outro jurado sorteado, tivesse possibilidade de contaminar a vontade dos outros. O jurado com algum interesse, envolvido em algum esquema, por apego moral, predisposição para decidir em algum sentido, estaria neutralizado pelo sistema sigiloso de votação, pois, como acontece em nosso modelo, representaria apenas um voto.

O sigilo, assim, é essencial na estrutura do júri brasileiro.

Ora, isso sempre foi uma garantia do júri e, em última análise, do réu, sendo totalmente constitucional.

⁹ NASSIF, Aramis. *Júri, Instrumento da Soberania Popular*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, pág. 145.

Ruy Barbosa, fervoroso defensor da democracia e da liberdade, nesse aspecto, sempre ponderou:

O sorteio, assim como a irresponsabilidade do jurado, isto é, a soberania da consciência, exercida por ela ante si mesma, sem que nenhum poder na terra, lhe possa tomar contas, são apenas manifestações corolários, necessidades de um princípio cardeal: o dessa independência suprema, sem a qual não há júri...O que é essencial a todo instituto judiciário, politicamente considerado, reflete um célebre criminalista, é a independência. Mas a independência tem duas faces: uma interior, que se volta para nós mesmos, e se chama imparcialidade; é a isenção de consciência; a outra, externa, entende com o mundo, em que vivemos, e chama-se irresponsabilidade; é a eliminação dos perigos e dependências que podem constranger a imparcialidade da apreciação íntima a se desmentir na enunciação pública da sentença. A primeira corresponde, no jurado, ao direito da recusação; a segunda, ao sigilo do voto.¹⁰

Antônio Magarinos Torres, juiz democrático e um dos maiores nomes do júri deste país, ao comentar a legislação sobre o júri, pouco antes do CPP de 1941, refletia sobre a necessidade de preservar o sigilo do voto e a incomunicabilidade dos jurados, como uma garantia contra os poderosos ou que desejassem intervir nas decisões dos jurados por pressões ou ameaças.

Defendendo o modelo que preservava o sigilo com incomunicabilidade, adotado em 1941 no Código de Processo Penal e que seguiu nas Constituições, incluindo duas democráticas, asseverava Magarinos Torres, em perfeita análise, aplicável ao momento atual, por rechaçar, totalmente, os argumentos da comissão reformadora do CPP:

Ao júri, pelo número de julgadores, sem prevenção de espírito e hábitos profissionais, sem dependência direta do governo, e pelas recusações, que o réu pode exercer, tornando-os, em maioria, juízes de sua confiança e verdadeiros árbitros, pela experiência de vida e trato das circunstâncias em que o crime ocorreu – é possível confiar-se, sem controle, na solução da maioria, independentemente das razões em que se funde...Tal sigilo, aliás, visa sobretudo a fidelidade do julgamento de consciência, porque exclui responsabilidade pelo voto. Nem tudo o que se pensa de alguém é possível ou lícito dizer, sem graves riscos; de modo que, para ser sincero, há mister, muitas vezes, decidir sem explicar, o que amplamente se reconhece em matéria de voto político, de que o sigilo é condição essencial. Assim, o segredo do voto do jurado, não deve ser somente faculdade, mas imposição, pela índole do juízo e para evitar constrangimentos.¹¹

¹⁰ BARBOSA, Ruy. *O Júri sob todos os aspectos*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950, pág. 90.

¹¹ TORRES, Antônio Magarinos. *Processo Penal do Júri no Brasil*. São Paulo: Ed. Quorum, 2008, pág. 150.

A votação é sigilosa por mandamento constitucional, não havendo fundamentação por questões da própria essência do júri, a necessidade de sua independência e voto de consciência, da maioria popular. Por isso, lembra, ainda, Magarinos Torres:

Fundamentar uma decisão de consciência chega a ser um *contradictio in adjecto*; porque opiniões de foro íntimo não suscetíveis de demonstração lógica ou de comprovação...é no segredo que se garante a liberdade de consciências honestas, em se tratando de homens normais e não heróis visionários.¹²

Repita-se: o sigilo das votações é da essência do Júri brasileiro. É a garantia de um julgamento justo e honesto. E a incomunicabilidade, por lógica, é a forma de observar esse sigilo. Essa é a posição pacífica da doutrina brasileira.

Hermínio Marques Porto, nesse caminho, salientava a importância da incomunicabilidade para preservação do sigilo e, assim, independência do jurado:

"Incomunicabilidade e sigilo são previstos como proteção à formação e manifestação, livres e seguras, do convencimento pessoal dos jurados, pela incomunicabilidade protegidos de eventuais envolvimento para arregimentação de opiniões favoráveis, ou desfavoráveis, ao réu, e pelo sigilo das votações tendo garantia do resguardo da opinião pessoal e individual, que pode não ser a majoritária, que é a expressão das decisões do júri (art. 488); tem, portanto, o cidadão sorteado para o exercício das relevantes funções de jurados, então na posição de integrante de um dos órgãos que exercem a Jurisdição Penal no País, garantias para a livre formação de seu convencimento e para a livre expressão de sua decisão.¹³

E, seguindo essa mesma linha, tanto os doutrinadores clássicos como os mais atuais, sempre defenderam o modelo adotado na Constituição de 1988, colocando o sigilo das votações e incomunicabilidade como pressuposto básico de funcionamento do nosso júri.

Basta observar o que sustentam diversos autores, especialistas em matéria de júri, em diversas épocas e contextos.

Ricardo Vital de Almeida afirma:

"O sigilo de voto deve ser absoluto, vedando a Lei Maior, em consequência, que haja qualquer conhecimento de terceiros acerca do modo como o jurado optou votar (se absolveu ou condenou). Evidente que o segredo preserva a segurança *lato sensu* da Instituição do Júri, a partir da proteção *strictu sensu* (física, psicológica, moral e política) do jurado (e mesmo seus familiares), ciente de que ninguém (que de fato não queira ele posteriormente) saberá quais as monossílabas que depositou em defesa dos seus deveres de cidadão.¹⁴

¹² TORRES, Antônio Magarinos. *Processo Penal do Júri no Brasil*. São Paulo: Ed. Quorum, 2008, pág. 152.

¹³ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 55.

¹⁴ ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais: Soberania e Democracia Social, Equívocos Propositais e Verdades Contestáveis*. São Paulo: Edijur, 2005, pág. 186.

César Danilo Ribeiro de Novais, por sua vez, por uma interpretação constitucional, sustenta que:

“O sigilo das votações não se limita a determinar que o voto seja colhido em sala secreta, mas também que seja mantido em secreto. Há a considerar que a Constituição Federal garantiu o sigilo das votações. Ou seja, a preposição de com o artigo a para dispor, no plural, acerca do aspecto sigiloso das votações reservadas ao júri. É que *das* difere *nas* (preposição em mais o artigo a). (...) o voto, no júri, está cercado de completo sigilo, porque, como mandamento constitucional, não é faculdade, mas imposição, funcionando como instrumento de salvaguarda, confiabilidade e exaltação de uma democracia livre e independente. Nesse cenário, valendo-se do princípio da máxima efetividade, pode-se dizer que sigilo das votações é gênero, cujas espécies são votação, imotivada, na sala secreta e voto mantido em secreto. Afigura-se, de conseguinte, que, em tempos do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, essa, sem dúvida, é a melhor hermenêutica constitucional.¹⁵

Firmino Whitaker ressaltava que a “A lei, exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões”.¹⁶

Mauro Viveiros, por sua vez, lembra que:

O princípio do sigilo das votações constitui-se num dos mais sagrados direitos dos jurados contra todo e qualquer tipo de pressão política, econômica ou pessoal a que estão sempre sujeitos quando do julgamento de seus pares...A letra do texto Maior aponta no sentido de que a ideia do constituinte não foi limitar o sigilo apenas ao ato em que o jurado exercita o seu direito de votar, mas todo o procedimento da “votação” que cobriu de sigilo, visto que a votação, como ato mais importante e decisivo do julgamento, requer um ambiente sereno, onde o jurado reúna todas as condições necessárias para sua segurança psicológica, sem qualquer tipo de perturbação exterior, para refletir e intimamente decidir com absoluta convicção e liberdade a sorte de seus pares, guiando-se, exclusivamente por sua consciência e segurando os imperativos de justiça.¹⁷

Edilson Mougenot Bonfim, ao comentar o artigo 564, III, “j”, do atual CPP, que prevê a nulidade do júri em que não for preservada a incomunicabilidade, afirma que:

A incomunicabilidade dos jurados, entre si ou com o mundo exterior, é preceito cogente, não lhes sendo permitido manifestar opinião sobre o processo. é certo que poderão os

¹⁵ NOVAIS, CÉSAR DANILO RIBEIRO DE. *Cadernos do Júri. Textos sobre a reforma do rito do Júri*. Mato Grosso: Ed. Entrelinhas, 2009, págs. 66-67.

¹⁶ WHITAKER, Firmino. *Jury*. 6. ed. São Paulo: Livraria Academica, 1930, pág. 83.

¹⁷ VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do Júri – Na Ordem Constitucional Brasileira: Um Órgão da Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, págs. 20-21.

membros do conselho conversar entre si, durante os intervalos, sobre assuntos que não dizem respeito à causa que estão julgando. Caso haja quebra na incomunicabilidade, o jurado será excluído do Conselho, e este será dissolvido.¹⁸

Também Ângelo Ansanelli Júnior, fazendo uma análise pela ótica constitucional, assevera:

O sigilo das votações significa que os jurados, que decidem por meio do voto de consciência, não podem declinar a posição assumida quando do julgamento...Assim como o sigilo das votações, é mantida, também a incomunicabilidade dos jurados, para evitar que ocorram indevidas influências de um em relação aos demais.¹⁹

Júlio Fabbrini Mirabete seguia esse mesmo diapasão, aduzindo que “a incomunicabilidade dos jurados tem por objetivo assegurar a independência dos juízes populares e a verdade da decisão, impedindo-se de receber influência de estranhos e garantindo sua livre manifestação”.²⁰

Seguem essa mesma posição Espínola Filho, José Frederico Marques, Damásio de Jesus, Fernando Capez, dentre outros, todos apontando a importância e vantagens do sistema do júri baseado no sigilo das votações e incomunicabilidade dos jurados.

Verifica-se que, de forma maciça, a doutrina que trata da matéria Tribunal do Júri defende como plenamente constitucional a incomunicabilidade dos jurados, até mesmo, por estar intrinsecamente ligada ao sigilo “das” votações.

No sistema brasileiro, o sigilo das votações vem acompanhado da incomunicabilidade, como uma fórmula de preservar a independência do voto do jurado, o segredo de sua decisão, ficando livre de pressões ou ameaças a sua segurança e tranquilidade.

4 Comunicabilidade entre jurados no projeto de novo CPP: Inconstitucionalidade por quebra do sigilo das votações

No projeto de lei que institui um novo Código de Processo Penal, elaborado por uma comissão de juristas, nomeada pelo Senado Federal, houve a previsão da *comunicabilidade* entre os jurados, que ocorreria logo após o término dos debates, em sala secreta, por até uma hora, conforme artigo 387, *caput*.

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 948.

¹⁹ ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Verdictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pág. 44.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 512.

Em que pese a mudança estar disposta em apenas um artigo e observando que no projeto as palavras *incomunicabilidade* e *sigilo* foram mantidas em outros artigos (*ex vi* 368, § 2º; 389), o que denota evidente incoerência, tal alteração, que passaria despercebida, representa uma modificação total do júri brasileiro.

As razões da proposta de alteração não constam, estranhamente, na exposição de motivos do novo Código. Necessário, então, buscar-se nos membros da comissão reformadora e em suas posições, justificativas para tamanha transformação, mas que não mereceu nem uma linha na exposição de motivos.

Ora, adotar a deliberação entre jurados no júri brasileiro, em que há quase um século funciona com o sigilo das votações e incomunicabilidade, mereceria maior consideração e justificativa expressa. Não é um detalhe, uma questão superficial. Trata-se da essência, do ato de julgar.

E, na doutrina de Paulo Rangel, que teve orientação de tese de doutorado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, membro da comissão reformadora, com vista ao novo CPP, verifica-se a semente da ideia de que a incomunicabilidade dos jurados não está de acordo com a Constituição.

Sustenta o referido autor, *ipsis litteris*:

O sigilo, portanto, é externo, para o público e para as partes, não, necessariamente, entre os jurados. Até porque seria ingênuo achar que os jurados não comentam, entre si, suas impressões e seus sentimentos em relação ao fato objeto de julgamento, quando estão nos intervalos. Somente o neófito, ou o teórico, distante do júri, pode assim pensar.²¹

Em várias passagens, defende que o júri representa uma classe superior julgando a inferior, citando o filme “*Doze Homens e uma Sentença*”, estrelado por Henry Fonda, como exemplo da necessidade de comunicabilidade entre jurados e, dizendo que o sigilo das votações não pressupõe a incomunicabilidade.

Entretanto, como se viu, toda a doutrina entende pela constitucionalidade da incomunicabilidade. Igualmente, é indiscutível que o sigilo das votações (repita-se: “das” votações) é imposição constitucional, sendo a incomunicabilidade uma forma de manter e afirmar tal princípio constitucional.

Por outro lado, a ficção dá margem aos fatos mais extremos e absurdos, de modo a prender a assistência e vender seu produto. O filme “*A Busca pela Justiça*”, por exemplo, ao contrário do proposto pelo autor Paulo Rangel,

²¹ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, pág. 89.

demonstra um júri de brancos que condenam uma pessoa da raça negra, por mais de uma vez, mesmo sem prova alguma, levando a total frustração do advogado, deixando claro que pode haver injustiça também no sistema norte-americano em que há a comunicabilidade entre jurados. O caso narrado na película, diferentemente de obra de ficção, é real e verídico.

E, de forma alguma, pode ser admitida a tese ideológica de conflito de classes. Isso, sem dúvida, não pode servir para menosprezar a justiça popular feita pelo Júri. Não se pode aceitar que um posicionamento isolado, que de certa forma põe o júri em descrédito, seja o fundamento para a comissão reformadora modificar a estrutura constitucional do júri brasileiro.

Em uma passagem, Paulo Rangel crítica o júri, chegando ao ponto de afirmar:

O júri é uma fábrica produtora de condenação e encarceramento de indivíduos exatamente pela composição de seu conselho, pois os jurados, ao julgar, decidem aquilo que é bom para a camada social a que pertencem, imaginando ter base para todas, sem qualquer preocupação com o outro, como ser excluído socialmente.²²

Tal assertiva bem demonstra o cunho ideológico e contrário ao júri que permeia entre os reformadores do CPP e que atuaram na elaboração da Lei nº 11.689/08.

É algo extremamente lamentável e, sobretudo, antidemocrático, pois o júri é, vale à pena repetir, uma GARANTIA FUNDAMENTAL INSTITUCIONAL, prevista em CLÁUSULA PÉTREA na Constituição Federal.

Como a instituição não pode ser extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, alguns propõem reformas que atingem a instituição em sua estrutura básica, modificações que transformam o júri brasileiro, tradicional e constitucional, em uma mistura geral, que visa, pelo visto, desacreditar o instituto.

Como lembrava Ruy Barbosa:

Há, em verdade, na questão do júri, duas classes de reformadores distintas: a dos seus adeptos, que crentes na eficácia da instituição, se empenham em aperfeiçoá-la, e dos seus antagonistas, que mediante providências inspiradas no pensamento oposto, buscam cercear e desnaturar progressivamente essas tradições, até que a eliminem. Os segundos usam também o nome de reformadores, quando o que realmente lhes cabe, seria o de abolicionistas: porque a tendência de seus alvites é, se nem sempre confessada, ao menos manifesta, a abolição do júri.²³

²² RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, pág. 98.

²³ BARBOSA, Ruy. *O Júri sob Todos os Aspectos*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1950, pág. 64.

Essa é a situação. Querem mudar, amputar, aleijar a instituição popular. Se os reformadores do júri, apoiam-se na ideia (falsa) de que o júri é “condenador”, esquecem-se que basta olhar para história que a maior crítica feita pelo inimigos do júri de sempre, era de que o júri era “absolvedor”, ou seja, *absolvía demais*.

José Frederico Marques, contando com a mesma posição de Nelson Hungria e Heleno Fragoso, sustentava que o júri era uma instituição complacente com a violência, com o crime, *absolvía demais*.²⁴ Citava os casos dos criminosos passionais como exemplo, sendo, por isso, contrário ao júri, negando capacidade de discernimento aos jurados, por representarem determinada camada social.

Mesmo fundamento, porém, apenas pelo outro lado da moeda!

Ocorre que a descrença no Tribunal do Júri, sem dúvida, é a descrença na Constituição. Em última análise, descrença na democracia. Se o júri *absolvía demais* no passado ou se *condena demais* nos dias atuais, tudo é o reflexo da sociedade em que vivemos.

Quando havia baixa criminalidade, outros valores, uma sociedade muito mais pacata; quando ocorriam homicídios rumorosos, passionais ou outros em brigas de bar, as justificativas apresentadas pelos acusados era muito mais aceitas, acabando por ocorrer um maior número de absolvições.

Nos dias atuais, em que a criminalidade beira ao insuportável, com tiroteios entre quadrilhas de traficantes de drogas, homicídios praticados com extrema frieza e crueldade, em quantidade alarmante pelos mais distantes recantos do país, não vá se querer que o Tribunal do Júri, em um grande universo de crimes e julgamentos, vá ser complacente, vá estar afastado da realidade. Se o povo absolvía, hoje pode condenar, até pela violência com que se depara, com uma grande quantidade de casos e processos em que a solução condenatória acaba por ser a única possível.

É a justiça popular, democrática. E, mesmo quando “absolvía demais”, foi mantida a instituição do júri ao longo dos anos, em regimes democráticos e ditatoriais, passando por 1988, com a Constituição “Cidadã”, quando se adotou o mesmo modelo, baseado na soberania dos veredictos e sigilo das votações.

²⁴ Em relação a essa questão, Frederico Marques apontava que “*Clama-se pela ‘pena de morte’, pedem-se castigos mais rigorosos. De que adianta, porém, tudo isso se os delitos mais cruéis e revoltantes são julgados sob a complacência nunca desmentida do Júri? A ‘legítima defesa putativa’ é a nova gazua para abrirem-se as prisões e portas de xadrez. Homicídios premeditados e friamente cometidos, à falta da ‘perturbação dos sentidos e da inteligência’ são enquadrados no ‘erro de fato’, para apontar-se o delinquente como agindo em defesa de suposta agressão. A legítima defesa putativa tem permitido ao Júri fazer branco do preto e do preto branco, tais absurdos das absolvições escandalosas que se contém nos veredictos soberanos desse Tribunal*” (MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, pág. 7).

Assim, o discurso adotado como base para reformar o júri brasileiro é falacioso e nada mais faz do que reprimatizar velhos argumentos que já foram debatidos e, sobretudo, rejeitados pelo constituinte em 1988.

De outra banda, o juiz togado muito mais representaria uma camada social favorecida e intelectualizada, outro fator que demonstra a superficialidade da posição que ataca o júri. Ora, a instituição popular é formada pelos mais diversos segmentos da sociedade. Há pessoas pobres, ricas, professores, serventes, servidores municipais (motoristas, mecânicos, agentes administrativos, etc.). Nas diversas comarcas em que atuamos no júri, em doze anos, verificamos conselhos de sentença formados por pessoas do povo, de diferentes profissões e histórico de vida, dos mais humildes aos mais favorecidos, porém com nível intelectual capaz de formar uma convicção justa e decidir.

Então, o argumento esposado por Rangel é totalmente falho, observando-se que a crítica, em primeiro lugar, caberia, portanto, mais à justiça togada, muito menos ao júri, o qual vem sendo formado, cada vez mais, por diversos segmentos da sociedade (veja-se a reforma de 2008). De qualquer sorte, isso sempre seria um problema, como se disse, mais em relação aos juízes e sua forma de investidura, que acaba por inserir um debate gerador de claro ciclo vicioso baseado na *guerra de classes*.

De tudo se conclui que o Tribunal do Júri é uma forma de justiça democrática e o fato de absolver ou condenar, mais ou menos, em determinada época, traduz a situação em que vive aquela sociedade. E é bem isso que se busca com a instituição popular, que os julgamentos espelhem a sensação de justiça daquela comunidade específica.

Todavia, a previsão da comunicabilidade entre jurados, defendida no projeto de novo CPP, vem com um pano de fundo, evidenciando a descrença na instituição do júri como forma de justiça democrática. Porém, isso é antidemocrático e fere a Constituição.

A preocupação é que acabe por prosperar a tendência reformista, mesmo afrontando texto constitucional diretamente e com intenção muito clara de desestruturar o modelo de júri adotado há quase um século em nosso país, como já iniciou a acontecer com a nova quesitação, em que se instituiu, de modo temerário, o sistema “absolve ou condena” (pior: induzindo a absolver na pergunta feita ao jurado)²⁵, de forma genérica.

²⁵ Nesse sentido é a posição de Edilson Mougnot Bonfim, que com extrema clareza expõe o equívoco da legislação que reformou o procedimento do júri, adotando um quesito genérico de absolvição. Refere que: “*analisada a proposição à luz da lógica, questiona-se: se paira uma acusação contra o réu – preclusa pela decisão de pronúncia –, como, pois, perguntar se o réu deva ser ‘absolvido’, se o que pesa contra si é uma acusação de conduta criminosa? Seria mais sensato perguntar se o réu é culpado, se a acusação contra si movida, tem, portanto, procedência,*

A doutrina, como se demonstrou, dos doutrinadores mais clássicos aos mais atuais, de posições mais firmes aos que se intitulam *garantistas*, sempre entendeu o modelo de júri, baseado no sigilo das votações e incomunicabilidade como constitucional.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho sustentam que “A incomunicabilidade representa garantia da independência do jurado na formação de seu convencimento e também do sigilo das votações, traço essencial da instituição do Júri no sistema constitucional brasileiro (art. 5º, XXXVIII, b, CF).²⁶

Mário Rocha Lopes Filho, igualmente, demonstrando a incongruência da posição defendida no projeto de novo CPP, baseado na posição isolada da comissão e Paulo Rangel, também explica a total ligação entre o sigilo das votações e a incomunicabilidade, com apoio em ampla e maciça doutrina:

A garantia constitucional do sigilo das votações tem íntima relação com a incomunicabilidade dos jurados, noticiada pelo juiz, quando, por imposição legal, toma o compromisso do Conselho de Sentença, dizendo-lhes que, após serem sorteados, não poderão se comunicar com outrem nem manifestar sua opinião sobre o processo (art. 458, § 1º, CPP). O sigilo almejado tem como objetivo fundamental evitar que a decisão, que deverá ser tomada de modo consciente pelo jurado, possa ser contaminada por elementos outros que não aqueles relacionados ao processo propriamente dito, a ser julgado em determinada sessão de julgamento... A incomunicabilidade deveria, para ser eficiente, referir-se aos jurados entre si, ainda na sala secreta. Porque aquela média dominante que se busca nos conselhos de jurados, pela maioria de votos (CPP, art. 387), é, muitas vezes, prejudicada pela influência de um deles, mais prestigioso ou mais eloquente, impondo aos outros a sua convicção ou prevenção, a sua exaltação ou interesse.²⁷

Aramis Nassif lembra que é inquestionável, frente o sistema constitucional brasileiro, a manutenção da incomunicabilidade e do sigilo das votações, o que faz tecer, corretamente, contundentes críticas ao sistema de votação que acabou por ser adotado em 2008, justificando isso na posição frágil e temerária que o jurado acabaria por ficar, sem comunicabilidade (por imposição constitucional do sigilo) e ao ser questionado de forma genérica sobre “se absolve o réu”, sem que possa refletir sobre cada quesito que

como no modelo francês... O modelo brasileiro é indutor de resposta, se não absolutória, ao menos equívoca, na medida em que os jurados que pretendem condenar o acusado, deverão responder negativamente ao quesito proposto positivamente (“o réu deve ser absolvido?”)...” (BONFIM, Edilson Mougnot. *Novo Procedimento do Júri*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, pág. 141).

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996, pág. 265.

²⁷ LOPES FILHO, Mário Rocha. *O Tribunal do Júri e algumas variáveis potenciais de influência*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008, págs. 31-33.

correspondesse a cada tese de defesa.²⁸ É mesma ideia que defendemos no artigo “Críticas à nova quesitação do Júri”, publicado na Revista do Ministério Público/RS nº 62, ressaltando a impossibilidade de implantar, pela metade ou inteiro, o sistema anglo-americano, diante de nosso sistema constitucional específico sobre o júri.

Dessa forma, o que fica claro é que, em primeiro lugar, a tese da *comunicabilidade* dos jurados, longe de ser nova, é bem velha e restou vencida há mais de setenta anos atrás. Em segundo, a *incomunicabilidade* sempre foi entendida como constitucional, vigorando no sistema da Constituição de 1946 e, também, a partir de 1988, como um corolário lógico do princípio constitucional do sigilo das votações. Terceiro, a posição ideológica contrária ao júri, colocando-o como uma instituição agora “condenadora”, é um argumento ultrapassado, somente mudando em relação àquela posição que desacreditava o júri por “absolver demais”, ou seja, é a velha posição, com novo viés, nova roupagem, mas com o mesmo ranço, que traduz, na verdade, uma posição antidemocrática, como se o povo não soubesse julgar e o sistema judiciário nunca servisse.

Na realidade, a questão é simples. A Constituição prevê, expressamente, o sigilo das votações. É inadmissível que os jurados possam se reunir e deliberar, cada um comentando como votará, quando todos os outros saberão a posição adotada, no caminho da condenação ou da absolvição. Haverá “sigilo”, segredo do voto? Não, pois os outros saberão a posição do jurado. E, se um deles, tiver sofrido alguma pressão, tiver algum interesse, poderá revelar ou denunciar isso a alguém, o que poderá gerar insegurança, intranquilidade, além de represálias. Isso é a realidade.

Por isso, o sigilo das votações e a *incomunicabilidade* atuam como forma de preservar a independência do jurado e garantir que o julgamento seja efetivamente justo e honesto, representando a vontade da comunidade em que aquele crime doloso contra a vida foi cometido.

²⁸ Sendo contrário ao modelo de quesitação adotado na reforma do júri em 2008, discorre Aramis Nassif: “*Impor ao jurado uma postura definitiva por força de apenas uma apreensão geral dos debates, será libertá-lo para seguir as condenações públicas feitas pela mídia, muitas vezes equivocadas; pela opinião unilateral dos distantes do quadro circunstancial do fato, de familiares da vítima ou do réu...É a assustadora a ideia de julgamento sem instigar as lembranças do jurado...O quesito, segmentando em sua função teleológica o comportamento do agente no fato, e da estrutura deste, faz com que o jurado ‘rememorize’ o detalhe pertinente, isolando-o na indagação, e decisivo para a conclusão decisória...Ora, a oferta plural dos quesitos elimina dúvidas e angústias...Percebe-se, pois, um verdadeiro impasse se persistir a vocação reformadora, pois, se mantida a incomunicabilidade e o sigilo das votações (o que é inquestionável), ficará o jurado submetido ao raciocínio genérico, com os defeitos das informações conflitantes da acusação e defesa, buscando a solução para o questionamento neste meio conturbado e ambíguo. Não responderá com apego à verdade que apreendeu, já que ela se encontra no que se lhe estão sonhando indagar: no detalhe*” (NASSIF, Aramis. Júri: Instrumento da Soberania Popular. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, págs. 144-147).

Se um jurado sabe o voto do outro, não há segredo, não há sigilo. Há, em contrapartida, uma evidente violação do texto constitucional. Isso, sim, é uma inconstitucionalidade flagrante, que só pode ser uma proposta que busca, de um modo ou de outro, desmantelar a instituição do júri brasileiro.

5 Conclusões

O constituinte manteve o modelo de júri adotado no Brasil há vários anos. Teve-se a possibilidade de ser adotado o sistema norte-americano, inglês ou como em outros países que utilizam o sistema escabinado (Portugal e Itália, por exemplo). A posição vencedora, entretanto, prestigiou o próprio sistema brasileiro de júri, afirmando seus princípios básicos no art. 5º da Constituição, dentre eles, o sigilo das votações, que sempre foi complementado pela incomunicabilidade dos jurados.

Se o legislador ordinário não pode abolir o júri e seus princípios basilares, por se tratarem de cláusula pétrea, não poderá, via lei infraconstitucional, por via oblíqua, afastar a incomunicabilidade e prever a deliberação conjunta de jurados, ensejando uma evidente afronta à Constituição, pois, por óbvio, não existirá sigilo algum, o que vem a gerar insegurança para os jurados e, claramente, fragiliza o júri, exatamente o que foi uma preocupação do constituinte.

Jorge Miranda, mestre do Direito Constitucional português, lembra que:

O postulado da supremacia significa que não é a Constituição que deve ser interpretada de acordo com a lei; é a lei e é todo o Direito infraconstitucional que devem ser interpretados em conformidade com a Constituição; e entre duas ou mais interpretações plausíveis de certo preceito deve adotar-se o mais conforme com a Constituição.²⁹

Regra básica: a lei ordinária não pode se sobrepor às normas constitucionais. No presente caso, a reforma pretende que no júri brasileiro, os jurados deliberem por até uma hora, em sala secreta, quando debaterão a causa e decidirão seu voto. Tudo como no sistema norte-americano, com a comunicabilidade dos jurados. Seria tudo muito certo, caso a Constituição não fosse o “empecilho”, ao prever, expressamente, o sigilo das votações.

Isso demonstra o cuidado do constituinte, já prevendo, certamente, uma ação daqueles que buscam o desprestígio ou abolição do júri.

Com o sigilo das votações, não há espaço para o sistema anglo-saxão ou norte-americano de deliberação. Em duas constituições, 1946 e 1988, estava previsto o sigilo das votações, mantendo-se, desde 1941, a regra da total

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, pág. 329.

incomunicabilidade entre os jurados, de forma a manter o segredo, o sigilo de seu voto, como garantia da independência deste voto, garantia para o jurado e, sobretudo, para o próprio réu.

Um jurado pressionado ou com prejulgamento da causa não terá influência sobre os outros, havendo um voto sigiloso, de consciência e por maioria. Ou seja, os demais jurados estarão isentos, possibilitando um resultado justo.

Essa é a essência do júri brasileiro, e por isso há a incompatibilidade do sistema que não pergunta as teses de defesa e só questiona “absolve ou condena”, pois a quesitação é a fonte de fundamentação do veredicto,³⁰ para conhecimento do réu e da sociedade, o que não há mais após a reforma de 2008. A reforma, nesse aspecto, embora pareça trazer um benefício para o acusado, é prejudicial, pois não sendo o modelo de júri igual ao norte-americano (por estrita impossibilidade constitucional), não há a seleção de jurados, não há coleta da prova no plenário, não há como haver comunicabilidade dos jurados (sigilo das votações).

Ou seja, qualquer modificação na parte estrutural configura, na verdade, retalhar, mutilar, amputar o nosso modelo de júri, em flagrante inconstitucionalidade, que será prejudicial aos réus e aos jurados.

Não pode uma isolada corrente doutrinária sobrepor-se a maciça doutrina que sempre entendeu a incomunicabilidade entrelaçada, corretamente, com o sigilo das votações, de maneira a preservar a independência da instituição do júri.

Entender em caminho diverso, simplesmente, é não dar crédito à Constituição, dando margem ao desmando e arbítrio dos poderosos, o que deixa o júri totalmente fragilizado. Como dizia Ruy Barbosa, é uma das formas de buscar a abolição do júri: atacá-lo em sua estrutura, de modo que venha a ruir aos poucos. Isso não pode ser aceito.³¹

O júri independente e livre é o maior exemplo de inspiração democrática neste país, com a direta participação popular em um Poder de Estado.

A incomunicabilidade e o sigilo das votações são garantias da independência do jurado. Por outro lado, são garantias do réu, de que se um ou mais jurados tiverem algum interesse na causa, não influenciarão os outros, a fim de macular o interesse da justiça.

³⁰ Nesse sentido é a expressa posição de Kátia Duarte de Castro (O Júri como Instrumento do Controle Social, Ed. SafE, 2001) e Aramis Nassif (Júri: Instrumento da Soberania Popular, Ed. Livraria do Advogado, 2008).

³¹ No início do século XX, já advertia Ruy Barbosa: Os inimigos do Júri, ainda agora em atividade, ou não conhecem o problema no conjunto das realidades judiciárias, ou são inimigos não do Tribunal do Júri, mas da democracia (O Júri sob todos os Aspectos, Ed. Nacional de Direito, 1950, pág. 25).

E, sendo o sigilo das votações um princípio expresso na Constituição, estando objetivamente interligado à regra da incomunicabilidade, verifica-se que são garantias constitucionais, do réu, do jurado, da sociedade, da justiça brasileira. Sendo garantias constitucionais, são invioláveis, o que claramente foi a opção do constituinte em 1988.

Assim, o júri foi afirmado na Constituição com um certo e determinado modelo, nosso, insculpido e formado na tradição de mais de setenta anos, sendo um marco democrático na justiça brasileira.

Permitindo-se a comunicação entre os jurados, na sala secreta, QUEBRA-SE O SIGILO DO VOTO. Não há margem para divagações, veja-se o sistema adotado para o Júri em nossa Constituição, que deve ser respeitado, diante da hierarquia de normas em nosso ordenamento jurídico.

Qualquer mudança, portanto, que ataque a sua estrutura constitucional, como está disposto no projeto de novo CPP, ao ser prevista a comunicabilidade entre os jurados, incorre em uma flagrante inconstitucionalidade, que merece ser prontamente rechaçada.

Tudo em defesa da Constituição, da democracia e da instituição do Júri. Como lembrava Roberto Lyra, citado por Carlos de Araújo Lima: “**O Júri, para absolver ou condenar, pode ascender a sua visão da estreiteza dos textos para a realidade individual e social. O Júri faz, sem dúvida, obra perfeita de justiça social. Que se faça justiça ao Júri cuja eficiência ninguém lhe pode recusar**”.³²

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais: Soberania e Democracia Social, Equívocos Propositais e Verdades Contestáveis*. São Paulo: Edijur, 2005.

ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Ruy. *O Júri sob todos os Aspectos*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri, do Inquérito ao Plenário*. São Paulo: Saraiva, 1999.

³² LIMA, Carlos de Araújo. *Os Grandes Processos do Júri*. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, pág. 35.

- _____. *Código de Processo Penal Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O Novo Procedimento do Júri*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- CASTRO, Kátia Duarte de. *O Júri como Instrumento de Controle Social*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabres Editora, 1999.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2008.
- GOMES, Márcio Schlee. *Júri – Limites Constitucionais da Pronúncia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.
- GRAU, Eros. *Sobre a Prestação Jurisdicional – Direito Penal*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional – teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- JESUS. Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LEAL, Saulo Brum. *Júri Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LOPES FILHO, Mário Rocha. *O Tribunal do Júri e algumas variáveis potenciais de influência*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *O Júri no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- _____. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- MARREY, Adriano. *Teoria e Prática do Júri*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- NASSIF, Aramis. *O Júri Objetivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Júri: Instrumento da Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *O Novo Júri Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *Cadernos do Júri. Textos sobre a reforma do rito do Júri*. Mato Grosso: Ed. Entrelinhas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. São Paulo: Malheiros, 1996.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri – Visão linguística, histórica, social e jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

ROCHA, Pinto da. *O Jury e a sua Evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Maurillo, 1919.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 4. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Antônio Magarinos. *Processo Penal do Júri no Brasil*. São Paulo: Quorum, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVEIROS, Mauro. *Tribunal do Júri – Na Ordem Constitucional Brasileira: Um Órgão da Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WHITAKER, Firmino. *Jury*. 6. Ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, 1930.