ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A VOTAÇÃO UNÂNIME NO JÚRI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE UNANIMOUS VOTE IN THE JURY AND THE FEDERAL CONSTITUTION

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior*

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade fazer uma análise crítica dos princípios constitucionais da publicidade dos atos judiciais, da amplitude de defesa e do sigilo das votações no Tribunal do Júri, avaliando possível conflito e definindo o princípio preponderante. Após isso, trata da a filtragem hermenêutico-constitucional das regras do Código de Processo Penal que versam sobre a forma e o procedimento para a votação de cada quesito na sala secreta, e realiza uma interpretação conforme a Constituição. O objetivo é demonstrar que o Direito não se interpreta por partes, mas como um todo, com a Constituição no seu vértice.
Palavras-chave: Tribunal do Júri. Publicidade das decisões Judiciais. Amplitude de defesa. Sigilo das votações. Conflito entre princípios. Interpretação conforme a constituição.

ABSTRACT: The present study aims to make a critical analysis of the constitutional principles of the publicity of legal acts, the range of protection and the secrecy of voting in the jury, assessing possible conflict and setting the prevailing principle. After that, it refers to the filtering of the hermeneutic-constitutional rules of the Code of Criminal Procedure that deal with the form and procedure for voting on each item in the secret room and performs an interpretation according to the Constitution. The goal is to demonstrate that the law is interpreted not in parts, but as a whole, with its apex in the Constitution.
Keywords: Jury. Publication of judicial decisions. Range of defense. Secrecy of voting. Conflict between principles. Interpretation according to the constitution.

* Especialista em Processo Penal e especializando em Direito Constitucional. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito. Email: rosivaldotoscano@tjrn.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Começamos este opúsculo onde terminamos um texto sobre o formalismo na linguagem e na redação jurídico-judiciária (Três Formas de se Fazer ou não se Fazer uma Certidão – ainda inédito): "O mundo não é estático. É dinâmico. O tempo não pára. Vivemos em constante evolução. Assim, é essencial mudar sempre para podermos conservar a nossa própria essência [...]". Veremos o porquê desta frase e poderemos, então, fazer uma reflexão sobre uma realidade existente na práxis judiciária.

Deparamo-nos com uma situação de relevante violação de uma garantia constitucionalmente protegida que, estranhamente, ainda não foi muito percebida pela doutrina e jurisprudência nacionais, apesar de remontar a um bom tempo.

A questão em comento está inserida na instituição "Tribunal do Júri". Trata-se da discussão sobre a (des)necessidade (im)possibilidade de, na votação dos quesitos submetidos aos Jurados, de o Juiz-Presidente ir, obrigatoriamente, até o sétimo voto, haja vista que a votação se dá por maioria, o que ocorre na proclamação do quarto voto "sim" ou "não", independentemente dos que restarem na urna para ser divulgados.

Essa prática começou a ser desenvolvida pelos Tribunais dos Júris dos recônditos do Brasil.

Em razão disso, houve anulações de julgamentos em vários estados brasileiros[1]. O fundamento foi o descumprimento do art. 487 do Código de Processo Penal[2]. Isso trouxe prejuízos à concretização justiça, ocasionan-

1 Podemos tomar como paradigma o seguinte julgado do TJRS: "JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA COM A QUESITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO GENÉRICA. QUESITO QUE RESTOU PREJUDICADO PELO RECONHECIMENTO DA FORMA DE PARTICIPAÇÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. Deficiência no termo de votação. Ausência do número de votos afirmativos e negativos para cada quesito, DESATENDENDO-SE O DISPOSTO NO ART. 487 DO CPP. Nulidade do julgamento. PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO FUNDADO NA ALÍNEA A DO INCISO III DO ART. 593 DO CPP, PREJUDICADO SEU EXAME PELA ALÍNEA D DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL, BEM COMO O DO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70006865349, Relator, Des. Ranolfo Vieira, data de Julgamento: 03/12/2003).

2 Outro exemplo, agora do TJRN: "Júri – Homicídio qualificado – Nulidade posterior à pronúncia – Impedimento do Juiz Presidente do Tribunal do Júri para presidir a sessão de julgamento – Inocorrência – Magistrado devidamente habilitado por Portaria expedida pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça – Preclusão – Preliminar de nulidade do julgamento por deficiência do termo de votação suscitada pelo Relator – Acolhimento – Ausência de consignação dos votos afirmativos e negativos – Desobediência ao estabelecido no

do retrocesso no andamento do feito, sem falar que os custos econômicos e de tempo de uma sessão de Júri são altos para as partes, para o Judiciário e para os vinte e um jurados que ali se reúnem principalmente os sete sorteados, para integrar o conselho de sentença.

2 NORMAS OBJETO DO ESTUDO

Antes de entrarmos na discussão própria sobre o tema, cabe trazer à baila os dispositivos normativos que serão objetos deste esboço teórico, a saber, o artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas "a" e "b", e artigo 93, IX, da Constituição Federal, e os artigos 487 e 488 do Código de Processo Penal:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXVIII - 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;
> Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
> Art. 487. Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados o número de votos afirmativos e o de negativos.
> Art. 488. As decisões do júri serão tomadas por maioria de votos.

art. 487 do Código de Processo Penal – Novo júri ordenado. Acarreta a nulidade absoluta da decisão do Júri a falta de consignação, no termo de votação, dos números dos votos afirmativos e negativos, em desobediência ao disposto no art. 487 do Código de Processo Penal" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Criminal nº 05.002394-8. Rel. Des. Caio Alencar. Data de Publicação: DJ 14.07.2005).

Para que se possa dar cabo a *quaestio* ora em análise, precisamos responder, pelos menos, às seguintes questões:

a) é obrigatória a contagem de todos os votos?
b) em caso positivo, uma votação unânime violaria a Constituição Federal?
c) em caso negativo, até onde poderia ou necessitaria haver a contagem?
d) há um conflito entre os princípios da publicidade das decisões judiciais e da plenitude de defesa com o princípio do sigilo das votações? E qual deveria prevalecer, em caso positivo?

Antes, porém, de iniciarmos nossas reflexões, cabe-nos situarmos historicamente, através da evolução do Tribunal do Júri, principalmente em face das nossas diversas Constituições, através dos tempos.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Embora as raízes do Tribunal do Júri estejam nas distantes Roma e Grécia clássicas, segundo ANA PAULA ZOMER, foi na Inglaterra, ainda no século XI, que o instituto tomou as formas mais ou menos parecidas com a que hoje conhecemos, sob o epíteto de *juror*, já que os concidadãos faziam o julgamento de seus pares sob juramento. Até a metade do século XIX, o júri era a única forma de julgamento nos países de *common-law*[3].

O Tribunal Popular teve início, no Brasil, por decreto do Príncipe Regente, em 1822. Já em nossa primeira Constituição, a Imperial, outorgada em 1824, fazia-se constar o seguinte (redação da época):

> Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.
> Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

A Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, § 31, apenas

3 ZOMER, Ana Paula. **Tribunal do júri e direito comparado***:* sugestões para um modelo brasileiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 17 jun. 2001.

cuidou de dizer que a instituição do Júri era mantida, inserida entre os direitos e garantias individuais.

Já sob o manto da Carta de 1934, o Tribunal Popular continuou tendo previsão normativa, só que desta vez no capítulo referente ao Poder Judiciário.

Veio a era ditatorial de Vargas e, com ela, a omissão do instituto do Júri Popular no conteúdo da Constituição outorgada por ele em 1937. O Decreto-Lei n° 167, de 5 de janeiro de 1938, art. 92, "b", inclusive, pôs a baixo, diante da omissão constitucional, a soberania dos veredictos. E foi sob o auspício dessa Carta, e do Decreto-Lei acima citado, que foi outorgado o Código de Processo Penal (também Decreto-Lei, desta vez recebendo o nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

Em 1946, o Tribunal do Júri, sob os influxos do pós-guerra, foi reinserido como instituto constitucional, desta vez entre os direitos e garantias fundamentais (art. 141, § 28). Pela primeira vez foram previstos o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Além disso, expressamente constou sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A concretização da Soberania dos Veredictos na legislação ordinária, veio com a lei 263/48, que criou o § 3º no art. 593 do Código de Processo Penal, em que manda o réu a novo Júri em caso de absolvição manifestamente contrária à prova dos autos, já que a redação originária do Código de Processo Penal (art. 593, III, b) permitia a reforma da sentença pelo juízo de segundo grau, nesse caso.

Novo regime ditatorial, em 1964. Com ele, a Constituição de 1967, que manteve a instituição e a soberania do Júri, com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Porém, com a Emenda Constitucional de 1969, novamente caiu por terra a previsão constitucional da Soberania dos Veredictos.

Após o processo de abertura política, iniciado em 1977, veio, em 1988, a "Constituição-Cidadã", que previa expressamente, em seu art. 5º, XXXVIII, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

4 OLHANDO MAIS DE PERTO: SOB QUE REGIME NASCEU O CPP?

À época da outorga do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), vivia o país uma realidade institucional bastante difícil.

Ao nos debruçarmos sobre a Constituição de 1937, ambiente em que entrou em vigência o CPP, podemos entender o seguinte panorama: outorgaram-se poderes amplos ao Chefe do Executivo (leiamos ditador que editou em causa própria sua "Constituição"), alterando o equilíbrio entre os Poderes; restringiram-se as prerrogativas do Congresso e do Judiciário, podendo o Executivo sobrepujar a interpretação dada pelos tribunais; dissolveram-se a Câmara e o Senado, condicionando-se-lhe o restabelecimento a um plebiscito que jamais se realizou[4].

Sob o enfoque do texto constitucional, o Ministério Público não tinha as prerrogativas que hoje possui, sendo seu chefe, o Procurador-Geral da República, submetido a livre nomeação e demissão pelo ditador (art. 99). A advocacia não obtinha respaldo constitucional.

5 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: O SENSO COMUM DOS JURISTAS

O chamado "senso comum teórico" é o discurso que domina o imaginário dos juristas, de cunho acrítico e sem conteúdo investigativo. É esclarecedor o apontamento feito por ARTUR STAMFORD, quando diz que,

> o que nos interessa é que o exercício da atividade profissional produz conhecimentos tão ideológicos quanto os do senso comum leigo, pois a prática forense produz uma terminologia e uma forma de atuar própria do cotidiano profissional. Esse conhecimento não é um saber científico, principalmente por se preocuparem em justificar e não explicar a realidade de sua atividade profissional (Souto, 1987: 42). A este senso comum, Warat chama 'senso comum teórico dos juristas',

4 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 10. ed. rev. atu. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 309-310.

> distinguindo-o do saber científico, é que 'o saber jurídico que emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la' (Warat, 1993: 103). O termo teoria empregado nesta expressão provoca uma confusão quanto ao sentido deste termo. A origem desta confusão está em tratar por teórico o conhecimento de senso comum de um cotidiano profissional. Para evitá-la basta considerar que teoria é resultado de especulações científicas, não se referindo às informações provenientes de um cotidiano profissional, por isso a expressão 'senso comum forense'.[5]

Inseridos que estão nesse palmilhar rotineiro, o imaginário dos nossos juristas ainda está povoado da hermenêutica clássica, mergulhados que estão num dogmatismo ultrapassado – como se refere LENIO LUIZ STRECK[6] –, surgindo daí pretensões interpretativas de encontrar "o espírito do legislador", "a vontade do legislador", "o espírito da lei", "a vontade da norma", "a intenção da lei". Trata-se de uma visão cega e amorfa do Direito, apegada à lei em si mesma, como se ela fosse a tábua de salvação da interpretação dos textos jurídicos. Essa visão quer transformar a própria norma em um oráculo que responderá por si só, "pessoalmente", à indagação interpretativa contida em um caso concreto.

Com a Constituição não ocorre diferente. Pensa-se ser ela apenas mais uma "lei", sem compreender-lhe a força normativa e a supremacia hierárquica dentro do sistema. Não raras vezes o que o operador do direito faz é interpretar a Constituição de acordo com os códigos, ou mesmo as súmulas de tribunais superiores.

Vejamos o exemplo de GUILHERME DE SOUZA NUCCI. O renomado autor se resigna, diante da obrigação legal de constar os votos, afirmativo e negativo, apesar de entender não ser recomendável tal proceder, porque, caso o resultado seja unânime, restará devassada a posição dos jurados. Além disso, segundo sua opinião, dá-se azo a discussões sobre como votou o conselho de sentença, o que possibilita interpretações de que

5 STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 04 abr. 2006.

6 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 40.

o conselho não foi coerente por modificar o placar, ainda que mantendo a tese vencedora. Por fim, conclui com as seguintes palavras: "o ideal seria apenas registrar o 'sim' ou o 'não', sem contagem explicitada". Por fim, arremata sua posição dogmatista, revelando, exemplarmente, o perfil do senso comum dos juristas: "A lei, no entanto, necessita ser alterada para que isto seja implementado".[7]

As mesmas posições legalistas e dogmatistas têm Adriano Marrey[8] e Júlio Fabbrini Mirabete, os quais sustentam o seguinte: "[...] A falta do termo de votação acarreta a nulidade do julgamento, que também existe se não ficar consignado o número de votos afirmativos e negativos".[9]

Já Fernando Capez procura não se comprometer, afirmando, tão somente, que:

> Já há quem sustente que tão logo apareçam quatro votos no mesmo sentido a votação deve ser estancada, evitando-se a ocorrência de sete votos em um mesmo sentido, sendo o sigilo um princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX da CF, que trata da publicidade dos julgamentos.

Diz, ainda, ao fechar seus perfunctórios comentários sobre o assunto, uma *grande novidade* [...] a sala secreta já foi considerada constitucional pelo STF [...]

São poucas as vozes doutrinárias de vanguarda. Em sintético, cirúrgico e incisivo texto, Armando Lúcio Ribeiro[10] apregoa o seguinte:

> [...] adequada, constitucionalmente, a afirmação de que deve ser interrompida a votação, no Tribunal do Júri, tão logo se alcance ao quarto voto em favor de uma das teses. Do contrário, corre-se o risco de violação à garantia do sigilo da

7 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 641.

8 MARREY, Adriano. **Teoria e prática do júri:** doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 1361.

9 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1258.

10 RIBEIRO, Armando Lúcio. **O sigilo das votações no tribunal do júri.** Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopjp/teses/sigilo_tribunal_juri.pdf>. Acesso em: 29 abil. 2006.

> votação (Art. 5º, XXXVIII, b), pois pode aflorar em uma unanimidade. [...] Hodiernamente, não há nenhum reclamo que justifique se ultrapasse a contagem ao quarto voto favorável a uma tese, pelo contrário, insistindo nessa contagem, trilha-se pela inconstitucionalidade.

Na jurisprudência, o caminho foi o dogmatismo, com raras e esparsas exceções .[11]

Isso se dá porque o Brasil, em sua história como vimos na breve passagem sobre a evolução da soberania do Júri em nossas Cartas, não teve o costume, em razão dos diversos momentos em que se implantaram modelos ditatoriais, de fazer lume à Constituição no momento de interpretar/aplicar o direito. E aproveito para fazer uma reflexão: "*a vida só pode ser compreendida olhando-se para trás, mas só pode ser vivida olhando-se para frente*" (KIERKEGAARD). Apenas cinco anos antes da nossa Carta atual, o Brasil vivia um Regime Ditatorial (...).

Já se passaram dezessete anos desde o advento da Constituição Federal. Contudo, a mesma geração de juristas que hoje a (des) aplica, sua boa parcela, nem cresceu, nem foi educada sob o manto de um Estado democrático de Direito (segundo dados recentes de pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB –, a idade média do magistrado em atividade é de 44,4 anos) [12]. Ademais, a sua formação acadêmica também foi conduzida, em ampla maioria, por docentes que não tiveram a oportunidade de dialogar e debater criticamente durante, pelo menos, vinte anos. Um exemplo dessa situação foi o AI-5, quiçá, nas palavras de STRECK[13], o instrumento mais draconiano da história brasileira[14]. Assim, não estavam

11 Temos, como tímida exceção, nos tribunais superiores, o seguinte e antigo julgado do STJ: "PROCESSO PENAL. Júri. Termo de votação. A circunstância de o termo de votação consignar apenas os votos majoritários não nulifica o julgamento. aplicação do princípio *pas de nulite sans grief*. A deficiência de resposta a que alude o parágrafo único do art. 564, do CPP, e aquela de caráter intrínseco, relacionada com o quesito formulado, em ordem a ensejar dúvida sobre a manifestação da vontade dos jurados. Recurso conhecido, pela letra c, do permissivo constitucional, e improvido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 42/MS. Relator: Ministro Costa Leite, sexta turma, julgado em 24.10.1989, DJ 20.11.1989 p. 17300).

12 SADEK, Maria Tereza (Org.). **Pesquisa AMB**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisaamb2005.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2006.

13 Op. cit., p. 24.

14 Fazemos questão de destacar alguns pontos do AI-5, de 13 de dezembro de 1968: O ditador poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, podendo

acostumados, ou liberados, nos bancos de faculdade, a fazer juízos de constitucionalidade sobre os temas que eram explanados aos graduandos de então. E esse desapego à filtragem hermenêutico-constitucional gerou (e gera) graves problemas quando da aplicação do Direito pelo Judiciário de hoje.

Dizemos isto, porque, no contexto pós-constitucional de 1988, para que uma lei ordinária federal seja promulgada, precisa passar, necessariamente, por três juízos *a priori* de controle de constitucionalidade: as Comissões de Constituição e Justiça de cada uma das Casas Legislativas (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na Câmara dos Deputados, e Comissão de Constituição, Justiça e Redação, no Senado). Depois, pelo juízo de constitucionalidade (veto) do chefe do Executivo.

Já sob o manto de um regime totalitário, como foi o caso da época da publicação do Código de Processo Penal em questão, não houve isso. O Executivo publicava as normas (e dava a exeqüibilidade) como queria. Aliás, nesse tempo (1941), nem sequer a Constituição "Polaca" havia erigido o Tribunal do Júri a preceito constitucional, consoante o já predito na evolução legislativa.

Desta forma, tornou-se costume fazer um juízo de legalidade estrita dos fatos, sem a consciência de que, antes de assim proceder, necessário se faz verificar a validade da norma interpretada. Vigência não é o mesmo que validade. Vigência é o aspecto formal do texto, sua inserção no ordenamento, depois de cumpridas as etapas procedimentais (formais) legislativas. Há, nesse caso, como apregoa LUIGI FERRAJOLI, a necessidade de um juízo de fato. A validade, por sua vez, deve ser vista segundo um juízo hermenêutico-constitucional, isto é, a aferição do texto diante dos valores apregoados pela Carta Magna.

legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. Poderia suspender os direitos políticos dos cidadãos, cessar o foro por prerrogativa de função, suspender do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais, proibir manifestações públicas sobre assunto de natureza política, aplicar liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares e determinar que alguém ficasse em domicílio determinado e vetar o exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. Ficaram suspensas a vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. Podia o ditador demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade qualquer servidor civil ou militar, ou agente político. Suspendeu a garantia de hábeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Para fechar em grande estilo, excluiu de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o AI-5 e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Enquanto o juízo de vigor é de *fato*, o juízo de validade é de *valor*. Nos regimes autoritários não há essa distinção; aliás, não se dá essa indagação.

Quando da interpretação/aplicação do Direito a um caso concreto, cumpre ao Poder Judiciário, órgão diverso do qual emanou a lei vigente, analisar, à luz dos valores da Constituição, a perfectibilidade daquela em relação a esta, para, só então, admiti-la válida para o caso posto em discussão.[15]

Em reforço, a Constituição, em um Estado democrático de Direito, deve ser vista não somente como um sistema de valores a serem perseguidos pelo legislador ordinário, quando da feitura das leis, mas também como instrumento de transformação social, atuando sobre a realidade presente e sobre todas as normas vigentes. E a Carta Maior se coloca no vértice superior desse sistema jurídico, a que as normas abaixo deverão se conformar quando da interpretação/aplicação do direito.

Interessante destacar as lições de Eros Grau, quando diferencia texto de norma, aquele o produto do legislador e esta o resultado do processo interpretativo. Salienta e adverte que o processo de interpretação e aplicação do direito não é um ato uno. Interpreta-se ao aplicar o Direito. E, ao fazê-lo, se faz por um todo, sob o entendimento de que a norma (produto da interpretação) extraída do texto está inserida em todo um sistema. Não se pode interpretar, assim, em tiras. E conclui:

> A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum.[16]

E, nesse ponto, se faz de boa acolhida a crítica de Dalmo de Abreu Dallari:

> Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é 'escravo da lei'. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da

15 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 701-702.

16 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.

> perfeição, e não assume a responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.[17]

De modo que, ao interpretar o texto e extrair a norma dele, o intérprete já antecipa o sentido do que conhece da Constituição. O juiz se transmudou de, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi* (a boca da lei) para *la bouche du droit*, a boca do Direito (WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO).[18]

Arrematando, uma baixa compreensão do sentido da Constituição só pode levar a sua baixa aplicação. E está certo Lenio Streck quando diz que as condições para que o intérprete possa compreender um texto implicam – sempre e inexoravelmente – a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que sua linguagem possibilita) do sistema jurídico-político-social[19].

Além disso, o "senso comum teórico", que para nós melhor soaria como sendo senso comum da práxis jurídica[20], peca por partir de uma premissa atemporal. É preciso compreender, entretanto, que o texto jurídico é elaborado em um determinado momento histórico, e sob o auspício de uma certa realidade jurídica, política, econômica e social. Daí que, durante o processo de interpretação/aplicação do direito, devem o intérprete e o destinatário da norma por excelência – que é o julgador – entender essa inevitável relação.

6 FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal foi prodigiosa ao determinar, no parágrafo primeiro do art. 5º, o seguinte: "§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias funda-

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

18 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

19 STRECK, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004. p. 245.

20 STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 04 abr. 2006.

mentais têm aplicação imediata". Portanto, em relação a esses princípios a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem a condição de regra geral, obrigando-se o Poder Público a dar-lhes a interpretação que mais eficácia possa dar a tais princípios. Como assevera Igon Wolfgang Sarlet, "a qualificação de determinados direitos como fundamentais decorre justamente de sua especial relevância na ordem constitucional, que assume uma dimensão simultaneamente material e formal".[21]

Diante do fato ora tratado, três princípios constitucionais se conflitam, a saber: a Publicidade dos Atos Judiciais e a Plenitude de Defesa com o Sigilo das Votações. Como resolver essa questão?

Os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas, e não um mero amontoado de preceitos que se justapõem. Não há, assim, no seu nascedouro, desarmonia no sistema de um texto constitucional, sendo repelida no Brasil a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Mas isso não quer dizer que não haja uma tensão entre eles. Ao contrário, isso é próprio, e particular, de um sistema dinâmico como o Direito, que está sempre em contínua compatibilização com a realidade. Assim, pode ocorrer que princípios constitucionais se oponham, ou entrem em rota de colisão[22]. Mas tal fato se dá quando de sua inserção no mundo da vida, quando de sua aplicação/interpretação a um caso concreto.

E leciona o hoje Ministro Eros Grau que,

> O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição até aos mais singelos atos normativos, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do problema considerado – e jurídicas – lingüísticas, sistêmicas e funcionais – são, então descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios, que torna mais criativa a prudência que pratica.[23]

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. rev. atu. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 265.
22 GRAU, 2003, p. 48.
23 Op. cit., p. 50.

Já José Joaquim Gomes Canotilho acentua como *colisão autêntica de direitos*. E diz que ela ocorre quando o exercício, por parte do seu titular, colide com o exercício do direito fundamental, por parte de outro titular. E exemplifica casos em que há conflitos entre o direito à vida e o exercício da ação penal, e entre o direito à vida e a gravidez resultante de estupro. E continua:

> Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem constituir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito em relação ao outro. Todavia, uma relação de prevalência, mas só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições se poderá dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).[24]

De volta ao caso que originou este escrito, no conflito entre os Princípios constitucionais da Publicidade dos Julgamentos do Poder Judiciário e da Plenitude de Defesa com o Sigilo das Votações, dá-se o seguinte:

Entre os Princípios da Publicidade dos Julgamentos do Poder Judiciário e do Sigilo das Votações, a resolução é fácil. Canotilho explica que, na verdade, nem chega a acontecer um conflito, mas sim uma *concorrência inautêntica* [25], afastando-se a aplicação do princípio disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal (da Publicidade dos Julgamentos do Poder Judiciário e da Plenitude de Defesa com o Sigilo das Votações) em benefício do Sigilo das Votações, em razão da especialidade deste.

Antes de responder ao conflito existente entre a Plenitude de Defesa e o Sigilo das Votações, cabe trazer à baila a reflexão de José Eduardo Faria sobre o Poder Judiciário em seu *habitus*. Diz o autor que há dois fatores que agravam a situação atual:

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1274.

25 Op. cit., p. 1269.

> O excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas sócio-econômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da 'segurança do processo'. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.[26]

Em continuidade à idéia antes exposta, no conflito entre os Princípios constitucionais da Plenitude de Defesa e o Sigilo das Votações, dá-se o seguinte:

Vivemos uma realidade muito diferente daquela dos anos quarenta do século passado, quando editado e outorgado o Decreto-Lei que deu origem ao Código de Processo Penal.

No pós CF/88, à parte suas deficiências, a confiança, a independência e a isenção do Poder Judiciário, e, com muito mais razão, dos seus membros, são muito maiores do que há quase setenta anos, época do CPP. O Ministério Público assumiu um papel de destaque e relevância. A advocacia foi erguida a função essencial à Justiça, não havendo, expressamente, relação hierárquica entre juiz, acusador e defensor. E isso se reflete na sala-secreta.

Por outro lado, o resultado da votação não causa nenhuma repercussão para efeito de recurso. O "placar" não é levado em consideração pelo juízo recursal, que deve se debruçar sobre os fatos e o entendimento dos jurados, mandando, caso haja, por exemplo, julgamento contrário à prova

26 FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil:** paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça federal, 1995. p.14-15.

dos autos, submeter a novo Júri, mas jamais retificar o voto de um ou outro jurado, alterando o resultado prático, já que se dá por maioria de votos.

E o mais grave de tudo: uma votação unânime violaria a Constituição Federal. A Carta fala em "sigilo das votações". Um resultado 7 x 0 ou 0 x 7, em qualquer quesito, rompe toda a segurança que a norma constitucional visa a proteger. Ir até o final, em contagem unânime, é expor os jurados, devassar-lhes a íntima convicção tão almejada.

E todos nós, operadores do direito, sabemos da realidade do Tribunal do Júri nas pequenas cidades. É comum haver cooptação dos jurados por parte do réu, de familiares dele, ou mesmo da parte da vítima.

Parar somente no sétimo voto, em votação unânime, é ferir o Princípio do Sigilo das Votações, do art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal.

E estacar a votação após o voto definidor fere a Amplitude de Defesa? Não. A defesa, por mais ampla que seja, precisa ter um conteúdo e uma finalidade que seja útil e/ou apta a repercutir na realidade processual, convencer os jurados da inocência do réu, ou abrandar-lhe a pena pelo Juiz-Presidente, em caso de condenação. Ou, em última análise, auxiliar a reforma da sentença, em âmbito recursal. Mas como não causa repercussão processual nenhuma o estancamento no voto definidor, não se fere princípio constitucional nenhum.

Ademais, não há prejuízo à defesa e, daí, nenhuma repercussão jurídica poderá advir – lembro o princípio do *Pás de Nulité Sans Grief* (não se deve declarar nulidade sem que haja prejuízo a uma das partes). A Plenitude de Defesa não significa defesa absoluta, pois, se assim fosse, não aconteceria sequer julgamento.

Em caso negativo, até onde poderia, ou necessitaria haver a contagem? Poderíamos ir até o sexto voto. Esta seria uma opção. Porém, inócua. Se o quarto voto é o definidor, não existe motivo para continuar a votação. Seria um prolongamento estéril e desnecessário, tanto mais que o plenário do júri e um ato que se arrasta por horas, se não dias.

Vivemos um Estado democrático de Direito, onde não só as garantias individuais (estado liberal) precisam ser observadas. É preciso dar, aos jurados, a segurança de que não terão seu entendimento conhecido por ninguém. Se na mesma proporção se encontrarem, os interesses difusos ou coletivos

colocam-se acima dos individuais, quando em conflito. Essa é a tônica desse Estado democrático de Direito em que dizemos (e desejamos) viver.

E diz o CPP, em seu art. 488, que as decisões do júri serão tomadas por maioria de votos, que se expressa com o quarto voto. Desnecessário ultrapassar isto.

7 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A norma jurídica é condicionada pela realidade histórica em que foi construída, e a pretensão de sua eficácia somente pode ser realizada se isto for levado em consideração. Assim, perde força normativa o texto que entra em conflito com a realidade. Mas o direito, não. Ele é vivo. Não envelhece nem permanece jovem. Ele é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo, no dizer de GRAU.[27]

Assim, visando a fazer uma releitura do sentido do texto dos arts. 487 e 488 do CPP, nos dias atuais, e observando a possibilidade de vários sentidos atribuídos ao texto, é cabível a utilização da técnica de interpretação conforme a constituição. E com maestria Canotilho ensina que:

> No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.[28]

Assim, filtrando-se os arts. 487 e 488 à luz do Princípio Constitucional do Sigilo das Votações, a interpretação a que se chega é a de que, após a Carta Maior de 1988, os dois textos do CPP se completam, entendendo-se, porém, declarados os votos afirmativos e negativos em cada quesito submetido à votação, até que se atinja a maioria de votos em um ou outro sentido.

27 Op. cit., p. 55.
28 Op. cit., p. 958.

8 UM ARGUMENTO PRÁTICO

O que foi dito acima sobre o assunto, além de ser a melhor maneira de preservar a Constituição, ainda possui um importante efeito na práxis judiciária.

Gladston Fernandes Araújo diz que:

> O medo, o temor, a apreensão e o receio, enquanto sinônimos, são sentimentos inatos ao homem. Imagine-se o desconforto dos jurados em caso de votação unânime. Sentir-se-ão desprotegidos pelo devassamento de seu voto.
> Como ficarão se a decisão for unânime? Certos de que o sigilo ruiu, a preocupação é de sucumbirem aos desatinos dos irmãos, parentes e amigos do acusado ou vítima. Nesse particular, a adoção do modelo francês nos parece a melhor alternativa: interromper-se o escrutínio após a contagem do quarto voto definidor do julgamento. Sendo sete os jurados, com quatro "sim", por exemplo, a definição é aparente.[29]

Vivemos em uma realidade complexa, em que a sensação de insegurança reina. "Sentimento de insegurança potencializado por uma enfatização dos meios de comunicação social, não fosse esta, também uma sociedade de informação", no dizer do português Paulo Silva Fernandes.[30] Segundo informações de Eduardo Medeiros Cavalcanti

> O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Trtamento do Delinqüente (ILANUD) gravou, durante uma semana, entre os dias 2 e 8 de agosto de 1988,a programação de 27 telejornais exibidos pelas 7 emissoras de canal aberto existentes no Brasil. No total, assistiu-se a 1.211 cenas de crimes nestes noticiários.[31]

Todos assim que conhecemos, na realidade social, o medo reinante.

29 ARAÚJO, Gladston Fernandes. **Tribunal do Júri:** uma análise processual à luz da Constituição Federal. Niterói: Impetus, 2004. p. 149.

30 FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal".** Coimbra: Almedina, 2001. p. 21.

31 CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa:** uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005. p. 223.

De onde que, nas pequenas cidades, se exerce especial pressão sobre os cidadãos componentes do Tribunal Júri. Quem já trabalhou nos recônditos deste país sabe que o estancamento da votação no voto definidor ocasionará a diminuição:

a) dos julgamentos contrários à prova dos autos;
b) das distorções e injustiças, trazendo mais harmonia aos resultados da votação e menos trabalho ao Judiciário de Segundo Grau, tão assoberbado de recursos com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos).

9 CONCLUSÃO

Inquieta-nos saber que tantos anos se passaram e o senso comum teórico continua violando a Constituição em nome de um legalismo individualista. Nota-se, assim, como acentua STRECK, que a *baixa constitucionalidade* no Brasil decorre da *baixa compreensão* da Constituição por parte dos operadores do Direito. E essa baixa compreensão gera *baixa aplicação* dos preceitos contidos na Carta Maior[32].

A origem disso pode ser resultado dos vinte anos de regime totalitário, quando os atos institucionais sobrepujavam a ordem constitucional, trazendo em seu bojo a herança nefasta do desconhecimento e da falta de costume de fazer uma filtragem das normas perante a Constituição Federal.

A *aplicatio*, isto é, a noção contemporânea de interpretação, funde conhecimento, compreensão e aplicação. E o sucesso ou fracasso da hermenêutica pelo seu destinatário, que é o magistrado, depende da pré-(in) compreensão que possui do sistema jurídico, e da noção de Constituição como vértice do sistema.

Já fechando as cortinas, perguntamos: de que valeria a sala secreta se o resultado unânime revelasse o voto? Somente para, antes da votação, retirar a tranqüilidade dos jurados, e depois violar a Constituição Federal.

Pedimos desculpa pela repetição. Procuramos não ser redundantes.

32 STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 323.

Mas terminaremos como começamos. "O mundo não é estático. É dinâmico. O tempo não pára. Vivemos em constante evolução. Assim, é essencial mudar sempre para podermos conservar a nossa própria essência [...]".

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gladston Fernandes. **Tribunal do Júri**: uma análise processual à luz da Constituição Federal. Niterói: Impetus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**: Paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça federal, 1995.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesis na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MARRY, Adriano. **Teoria e prática do júri**: doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Armando Lúcio. **O sigilo das votações no tribunal do júri**. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopjp/teses/sigilo_tribunal_juri.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2006.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Pesquisa AMB**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisaamb2005.pdf>. Acesso em: 01 maio 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 04 abr. 2006.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOMER, Ana Paula. **Tribunal do júri e direito comparado:** sugestões para um modelo brasileiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 17 maio 2001.