

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

A POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NOS CASOS DE ALTA REPERCUSSÃO DA MÍDIA

THE POSSIBILITY TO EXCEPT TRIALS FROM THE CRIMINAL JURY IN HIGH REPERCUSSION MEDIA CASES

Maurício Seraphim Vaz

Resumo

Quando um crime de competência do Tribunal do júri, por qualquer motivo que seja, atrai um alto nível de publicidade, os meios de comunicação comumente transmitem ao público uma série de informações valorativas sobre o acusado e/ou principal suspeito. Estas informações tendem a formar um pré-julgamento na população, incluindo naqueles que futuramente irão compor o júri responsável pelo julgamento deste réu. Consequentemente, os julgamentos, nestes casos de alta repercussão da mídia, carecem da imparcialidade necessária para se chegar a um resultado final justo. Diante deste problema, questiona-se se seria possível excepcionar o Tribunal do júri nestas hipóteses de grande publicidade. Para chegar a uma resposta adequada objetiva-se verificar a natureza jurídica do Tribunal do júri, verificar se o mesmo é disponível ou não, a quem pertence essa disponibilidade, as hipóteses em que exceções ao Tribunal do júri são possíveis e se, em decorrência desta análise, a resposta ao problema seria positiva ou negativa. O método utilizado no desenvolvimento do artigo foi dialético, embasado em pesquisa documental na doutrina nacional, estrangeira e em casos atuais passíveis de julgamento pelo Tribunal do júri em que houve grande cobertura midiática. A conclusão que se chega aponta a necessidade e possibilidade de dispor do Tribunal do júri nestes casos para proteger bens maiores ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Democracia participativa, Tribunal do júri, Direitos e garantias fundamentais.

Abstract/Resumen/Résumé

When a crime subjected to the Criminal Jury trial, for any given reason, draws high levels of publicity, the broadcasting vehicles normally transmit to their audience a series of evaluative information regarding the defendant and/or the major suspect. This information tends to form a pre-judgment on the population, including those who will in the future serve as jurors for this defendants trial. Therefore, the judgments, on these high repercussion media cases, lack the necessary impartiality to reach a final fair result. Towards this problem, it is wondered if it would be possible to make an exception and not use the jury system when there is great publicity about the criminal case. In order to achieve an satisfactory answer, this article objectives are to verify the juridical nature of the Criminal Jury, to verify if it can be disposed or not, who or whom could argue this disposability, the hypotheses in which Criminal Jurys trials can be excepted, and if, in result of this analysis, the answer to the problem is

affirmative or negative. The method used during the development of this article was dialectic, based on documental research of Brazilian and foreign doctrine and in current cases likely to be judged by a Criminal Jury in which a great deal of media coverage took place. The reached conclusion points the need and possibility to exclude the Criminal Jury decisions on these cases in order to protect greater goods of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Participative democracy, Criminal jury, Fundamental rights and guarantees.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive, novamente, um período democrático. Entre Constituições outorgadas por um poder absoluto e aquelas promulgadas democraticamente, ainda se contabiliza mais anos vividos sob a tutela antidemocrática do que sob o poder emanado pelo povo (TEMER, 2012). No entanto, ingressamos, a partir do texto constitucional de 1988, em um promissor período democrático.

A democracia pode ser caracterizada de diversas formas, especialmente se analisada em um contexto histórico. Seu conceito está intimamente ligado ao conceito de povo, o qual, por sua vez, é fluido e se altera de acordo com a própria concepção de que se tem dele. Mais do que um simples conceito, trata-se de um processo contínuo em que novos conteúdos vão sendo incorporados de acordo com a evolução histórica do povo em questão (SILVA, 2012, p.125-129).

Atualmente, considera-se que a democracia se apresenta, basicamente, sob três manifestações. A primeira delas é a democracia representativa, cujo exemplo mais corriqueiro é a eleição, na qual o povo elege em uma lista de candidatos aqueles que melhor representam seus interesses legislativos e administrativos. A segunda forma de manifestação, chamada de democracia deliberativa, pressupõe um contínuo diálogo (por isso ela também é chamada de democracia dialógica) com o objetivo de aprimorar o processo decisório, ouvir os diferentes pontos de vista sobre determinado assunto e, por meio de tal processo, agir da forma mais inclusiva e democrática possível (TAVARES, 2007). A terceira forma em que a democracia se apresenta é a participativa. Nesta configuração o povo passa a tomar a decisão diretamente, assumindo a responsabilidade conferida aos membros dos três poderes. Os exemplos mais comuns deste último tipo são o referendo, o plebiscito e o Tribunal do júri.

Uma vez que a democracia é um processo contínuo de aperfeiçoamento, é aceitável concluir que estas três manifestações da democracia são imperfeitas e, por esse motivo, sujeitas a críticas construtivas. O que se pretende verificar é justamente a possibilidade de melhoria da configuração participativa da democracia, no que diz respeito ao Tribunal do júri.

Sabe-se que a democracia é externada por meio do exercício da cidadania e que a participação no Tribunal do júri é derivada do princípio democrático no qual o povo exerce diretamente o poder jurisdicional. No entanto, quando se examina as nuances que regulam positivamente a instituição do Tribunal do júri, pode-se perceber uma série de incongruências que não se alinham com os ideais democráticos estabelecidos. Uma delas é a função de jurado, a qual deveria ser eletiva para se alinhar com os princípios democráticos, mas que no

Brasil é obrigatória. O mesmo ocorre com o corpo de jurados e conselho de sentença, os quais são escolhidos dentro de uma lista majoritariamente composta de funcionários públicos que não representam corretamente a população nacional, como deveria ocorrer para que suas decisões pudessem formar, de forma democrática, um anseio mais próximo da vontade nacional (RANGEL, 2011).

Estas incongruências fazem com que o Tribunal do júri seja combatido por parte da doutrina e que um dos argumentos seja, inclusive, de que não se trata, de fato, de uma instituição democrática, mas de um dogma que, por existir a muito tempo, poucos se dão o trabalho de questionar. No entanto, parte majoritária da doutrina continua a defender que a democracia envolve participação popular e que o Tribunal do júri é exemplo disso, apesar de, indubitavelmente, possuir defeitos e estar sujeito a melhorias (AZUMA, 2008, p. 112).

Uma destas questões incômodas sobre o Tribunal do júri ocorre nos casos de grande repercussão da mídia. O réu, em qualquer julgamento que seja, possui o direito a um julgamento justo, conduzido de acordo com o devido processo legal, por meio do contraditório, da ampla defesa e através de um juiz imparcial. No entanto, quando algum caso é exposto pela mídia de forma não apenas expositiva, mas de forma valorativa, imputando, antes do julgamento, culpa a um suspeito da autoria do fato criminoso, esses valores, igualmente democráticos, são profundamente abalados, dando a impressão de que antes mesmo do início do julgamento e definição do corpo de jurados, a sentença já estava estabelecida, restando apenas decidir a pena a ser aplicada (SOUZA, 2007, p. 75).

Até o presente momento, esta questão está restrita aos casos de crimes dolosos contra a vida. Porém, os casos que podem ser julgados pelo Tribunal do júri podem ser ampliados até mesmo por legislação ordinária. A Constituição optou por estabelecer de forma cristalina a importância da população nas decisões jurisdicionais e por isso petrificou a instituição do Tribunal do júri como cláusula irreformável. Adicionalmente, para evitar seu esvaziamento ou descontinuidade de seu uso, positivou uma competência mínima no texto constitucional. Nada impede, portanto, que essa competência seja ampliada (NUCCI, 2008, p. 34-35; MARQUES, 2000, p. 242; STRECK, 1993, p. 162). Assim, os danos causados pela mídia nos julgamentos realizados pelo Tribunal do júri podem ser ampliados caso os legisladores optem por ampliar a competência deste, o que motiva a se refletir sobre o problema antes que o mesmo tome proporções ainda maiores.

Neste contexto, o problema abordado gira em torno da possibilidade do réu ser excluído do julgamento pelo Tribunal do júri a fim de que os princípios democráticos fundamentais do devido processo legal, ampla defesa e julgamento por juiz imparcial

prevaleçam sobre o princípio democrático da participação popular na decisão jurisdicional quando esta última tiver sido influenciada irreversivelmente pela mídia antes do julgamento.

A fim de que uma conclusão apropriada possa ser dada ao problema, será verificado se a norma constitucional do Tribunal do júri é um direito, uma garantia ou uma regra de competência; quem seria o detentor desta norma – o réu ou a sociedade; quando a norma do Tribunal do júri sofre, atualmente, exceções e, em conclusão, se os casos em que a exposição da mídia interfere na imparcialidade dos jurados podem ser considerados como uma nova hipótese de exceção ao julgamento pelo Tribunal do júri.

1 TRIBUNAL DO JÚRI – DIREITO, GARANTIA OU REGRA DE COMPETÊNCIA?

A definição da natureza jurídica da norma que estabelece o Tribunal do júri em nossa Constituição (art. 5º, inciso XXXVIII) é de fundamental importância para determinar a possibilidade de excecioná-la ou não. A questão gira em torno da disponibilidade ou não da norma constitucional. Se ela for indisponível, a conclusão que se deve chegar é que não pode ser excecionada, salvo existência de norma hierarquicamente equivalente que preveja essa possibilidade. Se, por outro lado, se tratar de norma disponível, ela poderá ser excecionada. Assim, torna-se necessário compreender qual é a natureza jurídica do dispositivo para se determinar se o mesmo é disponível ou não.

O art. 5º se encontra inserido no título “dos direitos e garantias fundamentais” e no capítulo intitulado “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. A primeira vista, dá-se a impressão de que se trata, portanto, de um direito. No entanto, não existe um capítulo subsequente na Constituição nomeado “das garantias individuais e coletivas”, indicando que, na verdade, o art. 5º contém, em seus vários incisos, não apenas direitos e deveres, mas também garantias. A questão fica um pouco mais complexa quando se analisa a opinião do jurista José Frederico Marques. De acordo com ele, a competência pode ser estabelecida por três classes de normas – nas constitucionais, nas processuais e naquelas contidas nas leis de organização judiciária – e quando é fixada pela Constituição, o assunto é apenas acidentalmente constitucional, pois “a norma da lei Magna invade terreno do direito processual para evitar que o legislador ordinário estatua de outra forma” (2000, p. 76-77), tratando-se portanto, de mera regra de competência.

Marques, ao analisar especificamente a questão do Tribunal do júri, é ainda mais incisivo. Ele expõe que o Brasil é caracterizado pela soberania e independência do poder Judiciário e pela fonte formal do direito ser, sobretudo, o direito positivo, ficando o costume num

papel secundário destinado a suprir eventuais lacunas legais. Por isso, o júri deveria ser considerado “órgão de exceção e especial, de forma que suas atribuições devem ser interpretadas restritivamente. Nem se diga que se trata de garantia constitucional...” (2000, p. 246). Este posicionamento é, no entanto, minoritário.

A opinião que se prefere adotar parte do princípio de que se a norma constitucional fosse mera regra de competência, ela estaria situada dentro do capítulo de organização dos poderes. Quando o constituinte optou por posicioná-la da forma que fez, no título dos direitos e garantias fundamentais, demonstrou de forma patente sua intenção de erigi-la a esta categoria, não deixando dúvidas sobre a essencialidade do Tribunal do júri em um regime democrático de Direito (AZUMA, 2008, p. 112). A regra de competência está estabelecida somente na alínea “d” do dispositivo constitucional onde fixa os crimes dolosos contra vida.

Resta, portanto, estabelecer se a participação popular no júri é um direito ou uma garantia fundamental. A distinção entre um e outro é pacífica. Ensina a melhor doutrina que “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias...” (MIRANDA, 2008, p. 113). “Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais...” (VIAMONTE, *apud* BONAVIDES, 2010, p. 527). “As garantias são normas positivas – e, portanto, expressas na Constituição ou na lei –, que asseguram e protegem um determinado direito” (BIELSA, *apud* BONAVIDES, 2010, p. 527).

A partir dessa linha divisória básica, uma subdivisão dos direitos e garantias fundamentais é proposta pela doutrina, distinguindo-os em formais e materiais. Nesta metodologia didática, os direitos fundamentais materiais são aqueles essenciais à existência humana, como o direito à vida, à liberdade de ir e vir e à segurança. Já os direitos fundamentais formais são os que, apesar de não serem essenciais à existência humana, são direitos subjetivos conquistados e previstos como tal na Constituição, como, por exemplo, o direito de não ser criminalmente identificado, caso já possua identificação civil (art. 5º, LVIII). Nesta mesma linha, as garantias fundamentais são classificadas em materiais e formais. As garantias fundamentais materiais existem para salvaguardar direitos fundamentais, evitando que esses possam perecer, como, por exemplo, a garantia da ampla defesa, pois, se esta não existir, o direito fundamental material da liberdade de ir e vir fica imediatamente desprotegido para aqueles que se encontram em julgamento criminal. As garantias fundamentais formais, por outro lado, apesar de também existirem para salvaguardar um direito fundamental, não são imediatamente essenciais a ele; ou seja, quando se estabelece no art. 5º que ninguém será preso salvo flagrante delito ou por ordem

de autoridade judiciária competente, também está se pretendendo salvaguardar o mesmo direito fundamental material à liberdade de ir e vir, porém, se esse dispositivo deixasse de existir, não importaria necessariamente na imediata fragilização do direito (NUCCI, 2008, p. 37-38).

De acordo com essas distinções, o inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988 que mantém a instituição do Tribunal do júri em nosso ordenamento possui claramente características de garantia. O ordenamento constitucional prevê os direitos fundamentais à participação democrática, a um julgamento justo e à liberdade de ir e vir. O Tribunal do júri é um acessório possível para garantir a permanência destes direitos. Dentro da subdivisão apresentada, ele possui características de garantia fundamental formal, uma vez que, se ele não existisse no contexto histórico atual brasileiro, não colocaria em risco, necessariamente, o Estado Democrático de Direito, a liberdade de ir e vir ou a justeza do julgamento. A regra de competência se encontra somente na alínea “d” deste inciso quando fixa, como atribuição mínima do Tribunal, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Resta ponderar a quem pertence essa garantia, ao réu ou à sociedade.

2 TRIBUNAL DO JÚRI – GARANTIA DO RÉU OU DA SOCIEDADE?

Os julgamentos realizados por jurados são muito antigos. Não existe consenso sobre sua origem, existindo indícios de que possam ter surgido em diversos locais e ocasiões. A lei mosaica, os *dikastas*, Grécia e Roma são algumas destas origens apontadas (CAMARGO SOBRINHO, 2005, p. 237). Não é necessário, no entanto, regredir a origens tão remotas para verificar apropriadamente a quem pertence a garantia do Tribunal do júri no Brasil. As influências que sofremos para a institucionalização do júri foram originadas nos motivos ingleses e nos motivos franceses, que por serem diferentes serão abordados separadamente.

Na Inglaterra, o júri tem origem à mesma época do *common law*, surgindo como matéria judiciária com Henrique II, em 1166. Inicialmente apenas tratava de matéria cível, surgindo apenas posteriormente a necessidade de submetê-lo às causas criminais, com o intuito de retirar das mãos do soberano o poder de decidir, sozinho, a vida de seus súditos (RANGEL, 2011, p. 41-42). A fundamentação deste sistema, repetida na *Carta Magna* e no *Bill of Rights*, era a proteção dos cidadãos contra qualquer excesso que pudesse ser cometido pelo Rei, evitando perseguições. Assim, nesse contexto em que a justiça estatal poderia ser tendenciosa, criou-se a solução dentro de uma sociedade aristocrática do julgamento pelos seus próprios pares (DAWSON; DEVLIN, apud KANT DE LIMA, 2009, p. 205).

No âmbito criminal, o sistema do júri evoluiu, sendo utilizado quando o acusado não admite sua culpa e insiste em ser julgado por leigos (seus pares), que não devem saber previamente os detalhes da acusação, não participam da investigação e assistem a exposição dos fatos em sessão contínua. Este julgamento, feito pelo júri, sob a alegação de inocência do réu, pode ser interrompido a qualquer momento, caso o acusado resolva negociar sua confissão e pena com a promotoria. O pressuposto deste *jury system* é a igualdade entre acusador (*prosecutor*), acusado (*defendant*) e jurados, tanto formal como substancial (KANT DE LIMA, 2009, p. 202-203).

Apesar de ter nascido na Inglaterra, este sistema se tornou mais conhecido por sua aplicação nos Estados Unidos, onde funciona essencialmente sob estes mesmos princípios, porém, a proteção do cidadão das leis injustas do Rei se transformou em proteção das leis do Estado, que também podem ser injustas. Lá, apenas os casos em que os réus insistem em sua inocência até o último momento são julgados pelo júri, o que corresponde a aproximadamente dez por cento dos casos criminais (KANT DE LIMA, 2009, p. 206). Portanto, no sistema democrático, igualitário e individualista anglo-americano; o *trial by jury* é uma garantia de todo cidadão ser julgado pelos seus confrades quando sofrem uma acusação e não admitem sua culpa, correspondendo a uma opção que o acusado tem (KANT DE LIMA, 2009, p. 205-206). Em conclusão, o sistema anglo-americano de julgamento por jurados é uma garantia do réu, disponível a ele, uma vez que, se preferir, pode negociar diretamente com o Estado uma pena em face de sua acusação.

Na França, o júri foi instituído de forma completamente diversa do que foi na Inglaterra. Enquanto que na Grã-Bretanha o júri foi introduzido durante a vigência do poder absoluto monárquico, com o Rei abrindo mão de parte deste poder para evitar uma revolução; na França o júri foi introduzido após a Revolução Francesa e consequente rompimento da sociedade com o poder real absolutista.

Nesta época, como se sabe, não havia ainda a separação de poderes e, portanto, os magistrados e seus tribunais eram servidores do Rei. Com a ruptura do sistema, estes servidores foram considerados tendenciosos e seu papel foi reduzido apenas para aplicar a nova legislação (elaborada pelos representantes eleitos do povo) ao caso concreto. Neste contexto, o pensamento ideológico estabelecia que, uma vez que não existia mais Rei para produzir leis injustas e tendenciosas e que o cidadão acusado seria julgado de acordo com as leis produzidas pelo seu próprio povo (teoricamente leis justas), ele não precisaria do júri para se proteger do Rei ou das leis; a única proteção necessária seria da correta aplicação das leis ao caso concreto, pois o magistrado era um antigo servidor do Rei e, portanto, não era pessoa

digna de plena confiança. Assim, a fundamentação do júri na França tem outro propósito; serve para salvaguardar a sociedade de que os julgamentos serão realizados de acordo com suas leis. Em outras palavras, que os casos concretos serão devidamente aplicados às leis criadas pelos representantes do povo (RANGEL, 2011, p. 48-49; KANT DE LIMA, 2009, p. 207-208).

Ao contrário da construção dialógica anglo-americana que procura buscar uma verdade consensual e dá grande valor ao direito consuetudinário; o sistema do júri na França busca a verdade real, construída pelo inquérito, valorizando a aplicação da legislação escrita. Na França, portanto, o júri foi instituído como uma garantia da sociedade que, a princípio, assume parte do poder jurisdicional para evitar desvios dos magistrados (KANT DE LIMA, 2009, p. 207-208).

No Brasil, o assunto se torna mais complexo. Uma interpretação histórica do instituto legal não produziria uma resposta completa e acabada da questão proposta neste capítulo. Na sociedade brasileira, ao contrário da francesa, da americana e da inglesa, a construção da cidadania ocorreu numa ordem inversa. Enquanto que nestas últimas sociedades a cidadania se construiu adquirindo em primeiro lugar os direitos civis, posteriormente os direitos políticos e, por fim, os direitos sociais; a sociedade brasileira recebeu em primeiro lugar os direitos sociais (CARVALHO, 2005, p. 10-12). O Brasil, até hoje, possui uma sociedade considerada tradicional, caracterizada pela presença de hierarquias sociais bem definidas, mas, no entanto, adotou em sua construção jurídica o discurso individualista das sociedades modernas que romperam com este padrão tradicional hierárquico (BARBOSA, 1992, p. 94). Ou seja, aqui ocorreu uma superposição do modelo de regime representativo construído lentamente na Europa a uma estrutura econômica e social inadequada (LEAL, 1978, p. 20). Outra consequência deste fenômeno é a construção constitucional idealizada por Rui Barbosa que teve como inspiração o sistema jurídico da Common Law e toda uma legislação infraconstitucional que segue o modelo romano-germânico (leia-se inspirada no modelo francês) (ZANETI JÚNIOR, 2007). Por essas razões, ao procurar as razões históricas do surgimento no júri no Brasil, encontra-se, num primeiro momento, em 1822, que ele foi instituído porque, “vivenciando os ares da época, o que ‘era bom para França o era também para o resto do mundo’” (NUCCI, 2008, p. 43). Posteriormente, quando o Tribunal do júri ressurge na Constituição de 1946 (aparentemente dotado de viés democrático, uma vez que estava inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais), a conclusão que se chega é que se tratava da influência do coronelismo sobre o poder constituinte, uma vez que os coronéis estavam interessados na absolvição dos seus capangas, a qual seria mais facilmente

obtida se eles fossem julgados por seus pares, facilmente influenciáveis pela autoridade exercida (LEAL, *apud NUCCI*, 2008, p. 43). Em suma, não existe no Brasil uma lógica histórica que fundamente a criação do Tribunal do júri como sendo uma garantia da sociedade ou do réu.

Assim, como a interpretação histórica do Tribunal do júri é insuficiente para determinar se no Brasil este instituto é uma garantia do réu ou da sociedade, se faz necessária uma interpretação sistêmica a fim de se chegar a uma conclusão. A doutrina não é pacífica sobre essa questão. Temos de um lado a opinião de Paulo Rangel, que interpreta o Tribunal do júri como sendo uma garantia do cidadão (2011, p. 76; p. 278; p. 284), alinhada com a leitura feita por Lenio Streck (1993, p. 162). De outro lado, Guilherme Nucci entende que o Tribunal do júri é uma garantia da sociedade (2008, p. 38). Apesar de estas interpretações serem antagônicas, existe uma explicação para considerar que as duas estejam corretas. Quem defende o Tribunal do júri como uma garantia do réu faz uma leitura deontológica do instituto, ou seja, como o júri deveria ser considerado independentemente das normas que o regulam. Já quem enxerga o júri como garantia da sociedade, o faz ontologicamente, ou seja, com base nas normas postas e procedimentos atualmente existentes.

Desta forma, partindo da legislação brasileira da forma com que ela é hoje aplicada e da forma que os julgamentos ocorrem no Tribunal do júri, existem algumas evidências que aproximam o júri brasileiro mais ao modelo francês do que ao inglês. Em primeiro lugar, o acusado não possui a opção de ser julgado pelo Tribunal do júri, ele simplesmente é julgado caso tenha sido acusado de um crime doloso contra a vida ou conexo a este. Adicionalmente, os jurados não podem debater o caso à procura de uma verdade consensual, eles são impedidos de se comunicar para que um não influencie o voto do outro (RANGEL, 2011, p. 284). O modelo processual penal no Brasil segue o modelo do inquérito judicial acusatorial francês (KANT DE LIMA, 2009, p. 208). Além disso, o que se observa no Brasil é a ausência quase absoluta do julgamento do réu pelos seus pares. Os jurados são, em regra, funcionários públicos e profissionais liberais, enquanto os réus são pobres, normalmente envolvidos com o tráfico de drogas (RANGEL, 2011, p. 44). Os jurados não representam a diversidade econômica do povo brasileiro e são escolhidos pelo magistrado. Por essa razão, para o réu pobre especialmente, o Tribunal do júri no Brasil está muito longe de ser uma garantia, se assemelhando mais a uma fábrica de condenações (RANGEL, 2011, p. 90-91). Por todas essas razões fáticas, a argumentação de que o Tribunal do júri, no Brasil, é uma garantia do réu fica fragilizada. Pelas características comuns que possui com o júri francês, o Tribunal do Júri no Brasil é uma garantia da sociedade.

Já sob um ponto de vista deontológico, de como o Tribunal do júri deveria ser considerado, os argumentos demonstram que as regras que o tornam um instrumento de punição devem ser consideradas inconstitucionais (RANGEL, 2011, p. 76). As normas atuais não se ajustam aos novos princípios constitucionais, não devem ser consideradas recepcionadas pelo texto de 1988 e anulam a característica de garantia do acusado intrínseca ao instituto, diminuindo sua faceta democrática. Da mesma forma que o júri surgiu como garantia do cidadão na Inglaterra, ele também deveria ser considerado assim no Brasil, para a proteção contra as leis injustas do Estado. Desta forma, o próprio critério de escolha dos jurados deveria ser declarado inconstitucional por ferir a promoção do bem de todos sem quaisquer preconceitos ou discriminações (RANGEL, 2011, p. 91-94). Os jurados deveriam representar a população (social e economicamente) para que sua essência democrática se concretizasse com maior efetividade. Assim, por esses motivos, o júri deveria ser considerado, sob os novos princípios democráticos constitucionais, uma garantia do réu; sendo as normas contrárias consideradas inconstitucionais ou não recepcionadas.

Se o Tribunal do júri fosse considerado neste artigo uma garantia do réu, o problema poderia ser considerado resolvido. Afinal, sendo o réu o detentor da garantia do julgamento pelo júri, ele poderia abrir mão desta garantia assim como o acusado faz nos Estados Unidos ou na Inglaterra. Isso poderia ocorrer porque os direitos fundamentais são indisponíveis e irrenunciáveis (SILVA, 2012, p. 181), mas as garantias são instrumentais. Sua finalidade, como exposto anteriormente, é dar eficácia ao direito fundamental que tutela (BONAVIDES, 2010, p. 526). Por essa razão, o réu, se fosse o detentor dessa garantia, poderia abrir mão dela quando achasse que sua utilização lhe seria mais prejudicial do que benéfica na busca pela efetivação do direito fundamental perquirido. No entanto, essa hipótese é inviável na realidade brasileira, motivo pela qual o júri será considerado como uma garantia da sociedade e, exceções a essa garantia da sociedade serão analisadas.

3 EXCEÇÕES AO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

A norma fundamental do Tribunal do júri não é absoluta. O poder constituinte que a estabeleceu como uma garantia da sociedade também criou exceções no texto constitucional visando o melhor interesse da própria sociedade em determinadas situações (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 460). Estas situações são as chamadas prerrogativas de função. Estas prerrogativas (que não devem ser confundidas com privilégios) existem para assegurar a

independência do órgão julgador. Elas estabelecem previamente uma exceção à regra ordinária de competência, determinando qual será originariamente o órgão julgador daquela função específica (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 453). Quando ocorre o conflito entre as normas de competência dentro da própria Constituição, as normas de prerrogativa de função prevalecem, pois estas elegem um órgão de julgamento superior ao Tribunal do júri, considerado de primeiro grau (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 462).

Assim, segundo esta premissa, não são julgados pelo Tribunal do Júri quando são acusados de crimes dolosos contra a vida: Presidente da República, Vice-Presidente, deputados federais, senadores, Ministros do STF, Procurador-Geral da República (CF, art. 102, I, b), Ministros de Estado, Comandantes das forças armadas, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, c), Governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (CF, art. 105, I, a), juízes estaduais e do Distrito Federal, membros do Ministério Público dos Estados (CF, art. 96, III), juízes federais, juízes militares, juízes da Justiça do Trabalho, membros do Ministério Público da União (CF, art. 108, I, a), deputados estaduais (CF art. 27 §1º c.c. CF, art. 102, I, b) e prefeitos municipais (CF, art. 29, X) (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 459-461).

Estas exceções foram criadas para preservar a “independência e estabilidade das instituições cujos cargos são ocupados por pessoas que desempenham relevantes atividades públicas”, ou seja, como um mecanismo para proteger o funcionamento da Administração Pública (LEITE, 2009, p. 1264). Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que, em nosso sistema constitucional, é preferível deixar de utilizar um instrumento de participação direta da democracia – o Tribunal do júri – do que colocar em risco a normal operacionalidade das instituições. Em outras palavras, quando os acusados dos crimes dolosos contra a vida são pessoas que ocupam cargos relevantes para o funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, o julgamento realizado pelo tribunal popular pode causar mais danos do que benefícios à nossa sociedade. Por isso o júri deve ser preterido em favor de um julgamento de menor risco para a sociedade e suas instituições. A sociedade, nestas hipóteses, dispõe de sua garantia fundamental do Tribunal do júri para salvaguardar bens mais caros a ela.

Essa conclusão não enfrenta grandes controvérsias, no entanto, abre caminho para o problema que se enfrenta neste artigo. Uma vez que é aceito pacificamente pela doutrina e jurisprudência exceções à garantia do Tribunal do júri quando este puder causar danos ao funcionamento de nossas instituições democráticas, seria razoável admitir que outras exceções possam ser consideradas quando esta mesma garantia colocar em risco outros bens preciosos à sociedade, como os direitos fundamentais ao devido processo legal por meio do contraditório, da ampla defesa e a um julgamento justo realizado por um órgão julgador imparcial. Afinal, “a luta pela defesa dos direitos fundamentais [...] é uma luta de toda sociedade” (RANGEL, 2011, p. 21). O que se pretende abordar em seguida é, justamente, a possibilidade de a sociedade desistir de sua garantia do Tribunal do júri em alguns casos para impedir a fragilização de alguns de seus direitos fundamentais.

4 A POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NOS CASOS DE ALTA REPERCUSSÃO DA MÍDIA

Na primeira fase do inquérito policial brasileiro, investigações preliminares e sigilosas ocorrem para fornecer elementos sobre a autoria do crime praticado. Esta fase fornece subsídios aos inquirentes para auxiliar o interrogatório dos suspeitos. Estes interrogatórios ocorrem antes dos interrogados saberem que estão sendo considerados suspeitos da autoria de um crime e, conseqüentemente, das acusações que enfrentam. Essa sistemática foi assim concebida sob a justificativa de evitar a publicidade das investigações, a qual poderia atingir injustamente as reputações dos investigados ou permitir abuso de poder (ou risco de evasão) por parte de um eventual suspeito que tenha recursos para tal (KANT DE LIMA, 2009, p. 209).

Apesar de no Brasil a legislação não prever explicitamente a exclusão de todo jurado que for suspeito de julgar com parcialidade, existem algumas regras processuais que existem neste sentido. O Juiz, antes de formar o conselho de sentença adverte os jurados sobre os motivos legais de incompatibilidades, suspeições e impedimentos, não podendo servir juntos no conselho, marido e mulher, irmãos, ascendente e descendente, tio e sobrinho, cunhados, sogro e genro ou nora, padrasto ou madrasta e enteado. Além disso, tanto a defesa como a acusação podem dispensar três jurados cada um, sem justificar seus motivos (TOURINHO FILHO, 2006, p. 116-117). Em uma interpretação comparada, essas regras processuais brasileiras se assemelham ao *voir dire* utilizado no julgamento pelo Tribunal do júri

estadunidense, no qual os possíveis jurados são interrogados antes de ser iniciado o julgamento e eventuais suspeitos de julgar com parcialidade são eliminados (SOUZA, 2007, p. 86). Assim se um jurado, na fase do *voir dire*, afirmar que sabe tudo sobre o crime e está convicto sobre a culpa ou inocência do réu, pois acompanhou o caso nos jornais e na televisão, certamente será excluído e não participará do julgamento. Da mesma forma, no caso brasileiro, se o promotor ou o defensor achar que um jurado foi influenciado pela mídia, poderá excluí-lo do corpo de sentença (desde que já não tenha excluído outros três possíveis jurados).

Diante disso, conclui-se que desde a primeira fase da inquirição até o julgamento propriamente dito, existe o interesse patente em evitar a publicidade do caso a fim de salvaguardar a presunção de inocência do acusado e evitar a imparcialidade por parte dos jurados. Até a comunicabilidade entre os jurados é proibida no direito brasileiro para evitar que um jurado influencie a opinião do outro, seja favorecendo ou prejudicando (RANGEL, 2011, p. 81).

O que ocorre, no entanto, nos casos maciçamente repercutidos pela mídia é a completa aniquilação de todas as intenções buscadas pelos dispositivos mencionados. A presunção de inocência, a reputação dos acusados e a imparcialidade dos jurados estão todos comprometidos. Torna-se impossível esperar imparcialidade do júri nos casos, por exemplo, de Suzane Louise Von Richthofen e irmãos Cravinhos (acusados pelo assassinato dos pais da primeira), de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá (que supostamente assassinaram Isabella, filha do primeiro e enteada desta, jogando-a da janela de seu apartamento) de Bruno Fernandes das Dores de Souza (goleiro do Flamengo) e, mais recentemente, de Elize Matsunaga, capa da revista *Veja* de 13 de junho de 2012, na qual se lê “... assassina confessa, que esquarterjou o marido milionário enquanto a filha dormia” (VEJA, ed. 2273, 2012, p. 1)¹. Sobre esse último caso, uma semana depois de cometido o crime, a revista *Veja* aborda novamente o caso sob o título “Reviravolta macabra” expondo com detalhes os laudos da perícia que supostamente contradisseram o depoimento de Elize Matsunaga dada à polícia na semana anterior. Nesta matéria, *Veja* expõe que, de acordo com esses laudos, Elize degolou e cortou os braços do marido enquanto ele ainda estava vivo (VEJA, ed. 2274, 2012, p. 88-89).

¹ Vale ressaltar que os fatos revelados pela mídia nesses casos não são necessariamente verdadeiros. Basta recordar o caso da Escola Base, ocorrido em 1994 na cidade de São Paulo, quando vários órgãos da imprensa divulgaram repetidamente as acusações sobre seis colaboradores desta instituição (sócios e funcionários) que teriam supostamente participado de abusos sexuais em crianças. A população enfurecida pelas manchetes depredou e saqueou a escola, que faliu em seguida. Tempos depois, no desenrolar das investigações, descobriu-se por meio de exames e de conversas com as crianças, que nunca houve nenhum abuso sexual e que as denúncias eram falsas (AZEVEDO, 2008, p. 58-59).

O caso deste assassinato não foi apenas abordado neste veículo jornalístico (assim como os demais casos citados), mas em praticamente toda a mídia impressa, televisiva, rádio transmitida e digital. No programa de televisão Fantástico da emissora Globo (detentora da maior audiência do país), por exemplo, uma longa matéria foi apresentada no dia 17 de junho de 2012 sobre o caso, na qual detalhes sobre a perícia realizada no cadáver de Marcos Matsunaga foram divulgados e uma entrevista com o perito responsável transmitida para todo país. Os danos ao julgamento já seriam suficientemente graves se a reportagem jornalística fosse puramente informativa, porém, não foi o que ocorreu. Toda ela foi construída e editada de forma a causar uma valoração negativa à acusada (e o mesmo pode se afirmar sobre todos os casos acima citados). De todo tempo dedicado à matéria, pouco menos de um minuto foi cedido ao advogado responsável pela defesa de Elize Matsunaga para comentar os fatos (2012). Dworkin (2007, p.165) já escreveu que muitas vezes se acha que o jornalismo é um mecanismo indispensável para a democracia, mas que, no entanto, as cadeias televisivas pertencem a grandes corporações que exigem de todos seus veículos retornos financeiros. Isto faz com que as notícias compitam com o resto da programação para oferecer entretenimento e, aparentemente, é isso o que ocorre nestes casos de alta repercussão. O que o jornalismo acaba se mostrando interessado é em gerar audiência e o mecanismo que se tem apresentado eficaz para alcançar tal objetivo é a criação de um espetáculo em torno do crime.

O julgamento realizado pelo Tribunal do júri já é suficientemente controverso nos casos em que não há nenhuma repercussão da mídia. Normalmente já existe toda uma prática de se acusar e defender o acusado pelo que ele representa na tessitura social, ao invés de se fazer isso pelo fato criminoso que ele supostamente cometeu (STRECK, 1993, p. 149). Quando existe toda uma conformação feita pela mídia de que aquele acusado ou aquela ré é, na verdade, uma aberração social, restam poucos argumentos de valia para o advogado suscitar perante o júri. A mídia deixa de ser um instrumento democrático de propagação dos fatos e passa a condicionar a conduta das pessoas, correndo-se o risco do Tribunal do júri apenas sancionar o que foi previamente estabelecido por ela (VIAGAS BARTOLOMÉ, *apud* SOUZA, 2007, p. 76).

Como o problema está relacionado ao julgamento pelo Tribunal do júri, não poderia deixar de se considerar como este assunto foi discutido nos Estados Unidos, afinal, lá ocorrem aproximadamente 90% dos julgamentos realizados por jurados em todo mundo (BALIARDO, 2010). O julgamento mais relevante sobre a influência da mídia na parcialidade dos jurados foi decidido pela Suprema Corte americana no caso *Irvin vs. Dowd*, em 1961. Neste caso, a Suprema Corte estatuiu que diante das diversas formas de comunicação de massa, não se pode

esperar que o juiz consiga encontrar jurados que não saibam absolutamente nada sobre um caso de alta repercussão. Assim, algum conhecimento sobre o caso não deve desqualificar a pessoa do serviço de júri. O que deve ser observado é se o conhecimento da causa formou uma opinião prévia tão forte que não pode ser modificada por meio do testemunho e demais provas que serão produzidas durante o julgamento. Assim, se o jurado puder deixar de lado suas opiniões prévias e decidir baseado na evidência apresentada na corte, ele não deverá ser desqualificado (MINOW; CATE, 1991, p. 641-642).

No caso *Irvin vs. Dowd*, não foram essas às conclusões que se chegaram. Ao analisar o caso concreto, foi verificado que o recorrente havia sido julgado numa corte popular do Estado de Indiana, condenado por assassinato e sentenciado à morte. Algum tempo antes do julgamento, seis assassinatos haviam sido cometidos na região onde o réu havia sido preso, os quais sofreram ampla cobertura midiática na localidade e cidades vizinhas, gerando grande alvoroço popular. Logo depois da prisão do recorrente, tanto o promotor como os policiais emitiram notas para a imprensa afirmando que o preso havia confessado estes seis crimes. Quando o réu foi indiciado no mesmo local em que os crimes ocorreram, seu advogado solicitou a mudança do local do julgamento. O juiz aprovou a mudança, mas determinou que o novo local de julgamento fosse feito na cidade imediatamente vizinha. O advogado do réu protestou, alegando que a mudança não surtiria nenhuma diferença prática pela proximidade das duas cidades e solicitou uma mudança de julgamento para uma cidade que não tivesse sido influenciada pela cobertura da mídia e cuja população fosse capaz de realizar um julgamento justo. Esta solicitação foi considerada improcedente, pois a legislação local apenas permitia uma única solicitação de mudança. O réu, portanto, foi julgado na cidade vizinha. Nesta cidade, o painel do júri contava com 430 pessoas, sendo 268 excluídas no *voir dire* por ter opiniões fixas sobre a culpabilidade do acusado. Ao final, oito dos doze jurados que participaram do julgamento, admitiram no *voir dire* que consideravam o réu culpado, mas se achavam capazes de chegar a um veredito imparcial. Após a condenação em primeira instância e subsequente confirmação pela Suprema Corte do Estado de Indiana, a Suprema Corte dos Estados Unidos conheceu do recurso e admitiu que o recorrente não havia sido julgado de forma justa e imparcial conforme o devido processo legal garantido pela décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos. Foi decidido que a condenação era nula devido à alta repercussão da mídia naquelas localidades, a qual tornou impossível compor um júri imparcial capaz de chegar a um veredito justo, baseado apenas nas evidências produzidas no julgamento de acordo com as normas de contraditório e ampla defesa. A jurisprudência formada neste caso gerou os seguintes precedentes: a) quando a mudança do local de

juízo não garantir um júri imparcial, é responsabilidade da corte realizar nova mudança; b) a falha do Estado em conceder um julgamento justo a um acusado viola o devido processo legal e um julgamento pelo júri popular apenas pode ser considerado justo se for imparcial; c) nas circunstâncias do caso concreto, era dever da Corte Federal de Recursos (*Federal Court of Appeals*) avaliar de forma independente o testemunho no *voir dire* dos jurados. Além disso, decidiu a Suprema Corte que, de acordo com os autos do processo, não poderia se afirmar que o recorrente foi julgado de forma imparcial pelo júri e, por isso, deveria ser libertado em razão da nulidade do julgamento. Ele ainda poderia ser novamente julgado sobre a mesma ou outra acusação e o juízo da primeira instância (*District Court*) deveria ceder à promotoria tempo razoável para novamente processá-lo (U.S. SUPREME COURT, 1961).

Pelo exposto, o entendimento da Suprema Corte se alinha com o de Artur César de Souza (2007, P. 81) quando defende que a constante exposição de um determinado crime pela imprensa e sua insistente propagação atribuindo culpabilidade a determinada pessoa, possui o condão de definir o convencimento do julgador antes mesmo da instrução penal e respectivo julgamento. Os princípios fundamentais da Constituição brasileira e o próprio Estado Democrático de Direito não podem legitimar um julgamento imparcial influenciado pela mídia (SOUZA, 2007, p. 85-86). Por esses motivos, no caso americano, determinou-se que o acusado deveria ter sido julgado por um júri que não tivesse sido influenciado pela mídia, mas essa solução não é possível nos casos em que toda a população nacional sofre essa influência.

Assim, nestes casos de alta repercussão da mídia, sendo impossível recorrer a jurados capazes de julgar o caso com imparcialidade, passa a existir um conflito de princípios constitucionais que precisa ser sanado. De um lado existe a previsão da democracia participativa, na qual a sociedade possui a garantia fundamental de exercer diretamente parte do poder judiciário. Do outro lado, igualmente constitucional e fundamental, os direitos do réu à ampla defesa, contraditório e a um julgamento imparcial. Atualmente, têm-se dado maior peso ao Tribunal do júri, como se este fosse simplesmente uma cláusula pétrea de regra de competência que não admite exceções. No entanto, existem três argumentos para que esse conflito seja resolvido de maneira diversa e que o acusado não seja julgado pelo júri nestes casos de alta repercussão da mídia.

Primeiramente, o jurado, ao decidir, o faz baseado em sua íntima convicção², sendo

² Paulo Rangel (2011) argui que as decisões do Tribunal do júri também deveriam ser fruto de um embate ético-linguístico e fundamentadas, por força do Art. 93, inciso IX da Constituição da República, o qual não deveria ser interpretado de modo a obrigar apenas a fundamentação das decisões de magistrados. No entanto, seu discurso é deontológico e não se ajusta à realidade vivenciada atualmente nos Tribunais do júri, que ainda emite seus votos baseados apenas em sua íntima convicção.

desnecessária qualquer fundamentação de sua parte para condenar ou inocentar o réu. O magistrado, por outro lado, obrigatoriamente deve fundamentar toda e qualquer decisão para evitar arbitrariedades. Mesmo recebendo a mesma quantidade de notícias que um jurado receberia em um caso de alta repercussão da mídia, o jurista não chega a perder a consciência do que seja um devido processo legal, do que seja rigorosamente a presunção de inocência, da importância do contraditório e da ampla defesa, pois estes são os pilares de um Estado Democrático de Direito e estes ensinamentos fizeram parte de sua formação profissional. A forma com que o magistrado poderia observar a tratativa dos fatos e a produção de provas tenderia a ser mais científica do que a do leigo que recebeu informações parciais sobre os fatos durante muito mais tempo fora do julgamento do que durante seu curso, podendo ser mais suscetível ao sensacionalismo da imprensa do que o magistrado de carreira (SOUZA, 2007, p. 75-82). Por isso, a decisão feita por um magistrado nestes casos de alta repercussão da mídia deveria ser mais imparcial e condizente com os princípios fundamentais constitucionais do que a decisão do júri popular.

Em segundo lugar, uma vez que o princípio participativo é caracterizado pela participação direta da sociedade na formação dos atos legislativos, executivos e jurisdicionais, a decisão dos jurados deve obrigatoriamente obedecer aos princípios e regras constitucionais para que sejam revestidos de legitimidade. Uma vez que os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático e, conseqüentemente, a vida e a liberdade integram esses direitos, a formação de um júri tendencioso por influência da mídia, impossibilitado de chegar a um veredito imparcial, deve ser considerado inconstitucional já na sua concepção (RANGEL, 2011, p. 19-21).

Por fim, o Tribunal do júri, conforme demonstrado, não é simples regra de competência que o poder constituinte decidiu materializar no capítulo de direitos e deveres individuais e coletivos acidentalmente. Ele está previsto neste capítulo justamente para certificar a sua natureza de garantia fundamental, que, por sua vez, pertence à sociedade. Esta garantia fundamental formal, como visto no capítulo anterior, é excepcionada pela sociedade em algumas hipóteses reconhecidas explicitamente na Constituição, nas quais o julgamento popular poderia causar maior prejuízo à sociedade do que o contrário. Como o legislador (seja ordinário, seja constitucional) não pode prever, ao redigir seus textos normativos, todas e quaisquer possibilidades em que uma norma deva ser excepcionada, resta ao jurista por meio da interpretação, aplicar os princípios contidos no ordenamento para verificar quando uma determinada norma pode ou não ser aplicada. Numa interpretação lógica destes princípios, conclui-se que se o Tribunal do júri, como uma garantia da sociedade, é disponível e pode ser

excepcionado em determinados casos, previstos na Constituição, quando puder causar danos ao Estado Democrático de Direito, também poderá ser considerado disponível quando puder causar danos a outros pilares sustentadores do Estado Democrático de Direito, como os direitos da ampla defesa, contraditório e julgamento imparcial. Desta forma, o magistrado, utilizando de seu controle concreto de constitucionalidade, poderia dispensar o júri em um caso de alta repercussão da mídia em que fosse considerado impossível formar um corpo de sentença imparcial e julgar o acusado no mesmo rito processual e procedimentos dos demais crimes de sua competência.

CONCLUSÕES

A natureza jurídica do Tribunal do júri precisa ser compreendida para que se possa verificar se se trata de um instituto disponível ou indisponível. Os direitos fundamentais são indisponíveis por serem bens principais, as garantias são disponíveis por serem acessórias e apenas existem para auxiliar a acessibilidade ao direito. A opinião de que o Tribunal do júri é regra de competência é minoritária, prevalecendo o entendimento de que se trata de uma garantia fundamental formal acessória aos direitos fundamentais à participação democrática, a um julgamento justo e à liberdade de ir e vir.

O Tribunal do júri, na concepção anglo-americana, possui características de ser uma garantia pertencente ao acusado, o qual pode dispor livremente dela negociando diretamente com o Estado sua culpabilidade e pena. Já na França, o instituto nasceu como uma garantia da sociedade, que considerava o magistrado suspeito e preferia diretamente aplicar suas próprias leis. No Brasil, o Tribunal foi importado da França, possuindo características procedimentais que o definem como uma garantia da sociedade. Não obstante, parte da doutrina defende que à luz da nossa Constituição vigente, as normas processuais atuais que caracterizam o Tribunal do júri como uma garantia da sociedade ou são inconstitucionais, ou não foram recepcionadas, pois o Tribunal do júri deveria ser considerado uma garantia do réu.

Se o Tribunal do júri fosse uma garantia do réu, ele poderia dispor dela quando achasse que lhe fosse prejudicial. Tratando-se de uma garantia da sociedade, deve ser verificado quando esta pode dispor desta garantia. Analisando as exceções presentes na Constituição que autorizam a disponibilidade da garantia do Tribunal do júri, conclui-se que a sociedade pode dispor dela quando seu uso puder acarretar mais danos do que benefícios ao Estado Democrático de Direito.

Nos casos de alta repercussão da mídia que são julgados pelo Tribunal do júri há uma impossibilidade de compor um corpo de sentença capaz de julgar imparcialmente o acusado. Nestes casos o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo são afetados pelo sensacionalismo da mídia e pelo voto realizado puramente pela íntima convicção do jurado. Desta forma, o Estado Democrático de Direito, sustentado não apenas pela participação democrática do Tribunal do júri, mas também pelas normas fundamentais agredidas nesta hipótese, sofre mais prejuízos do que benefícios. Por essa razão, é mais interessante para a sociedade dispor desta sua garantia para que esta não lhe seja lesiva.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão. O método fenomenológico proposto por Edmund Husserl e o caso Escola Base. **Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n 17, p. 57-74, Ano 2008.2.
- AZUMA, Felipe Kazuwo. O procedimento do tribunal do júri e suas alterações. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, n. 19, p. 109-128, jan.-jul. 2008.
- BALIARDO, Rafael. **90% dos júris acontecem nos Estados Unidos**. Consultor Jurídico, Out. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-28/estima-90-tribunais-juri-acontecem-estados-unidos>> Acesso em 07 fev. 2015.
- BARBOSA, Lívia. **O jeitinho brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político**. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- LEITE, Glauco Salomão. Artigos 101 e 102, incisos I e II. In: BONAVIDES, Paulo (coord.); MIRANDA, Jorge (coord.); AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.1247-1275.
- KANT DE LIMA, Roberto . **Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Campinas: Millennium, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. IV.
- MINOW, Newton N.; CATE, Fred H. Who is an impartial juror in an age of mass media? **The American university law review**. Washington D.C., v. 40, p. 631-664, 1991. Disponível em: < [http://www.aulawreview.org/pdfs/40/40-2/minow%20and%20cate%20\(2\).pdf](http://www.aulawreview.org/pdfs/40/40-2/minow%20and%20cate%20(2).pdf)> Acesso em 07 fev. 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REVELAÇÕES DA PERÍCIA DE MARCOS MATSUNAGA. **Fantástico**. Rio de Janeiro, Globo, 17 jun. 2012. Programa de TV.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Artur César de. Caso Suzane Louise Von Richthofen e irmãos Cravinhos – a influência da mídia na (im)parcialidade do tribunal do júri. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 105, p. 73-90, mar. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

TEMER, Luciana. Direito à saúde no contexto federativo. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIREITOS HUMANOS E O PROBLEMA DA INJUSTIÇA LEGAL. 2012, Vitória.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Irvin v. Dowd, n. 41, 5 jun. 1961. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/366/717>>. Acesso em 03 jan. 2015.

VEJA. São Paulo: Abril Editora, ed. 2273, 13 jun. 2012 – Semanal. ISSN 0100-7122.

VEJA. São Paulo: Abril Editora, ed. 2274, 20 jun. 2012 – Semanal. ISSN 0100-7122.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.