

A questão do Júri

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Professor na Faculdade de Direito Cândido
Mendes (Estado da Guanabara)

SUMARIO: 1. Apresentação. 2. Origens do Júri. 3. O Júri inglês. 4. O sistema francês. 5. O Júri no Brasil. 6. O Júri como garantia de liberdade. 7. O Júri como realização de justiça. 8. A deformação do Júri. 9. A judicatura como função técnica. 10. Matéria de fato e matéria de direito; questões técnicas. 11. Apreciação da prova; influências estranhas. 12. Instituição em decadência. 13. Conclusão.

1. A instituição de juizes leigos em matéria criminal tem suscitado larga controvérsia, freqüentemente renovada em países como o nosso, que adotam o Tribunal do Júri. Será difícil trazer novos argumentos, motivo pelo qual não temos pretensão de originalidade, mas, sim, de apresentar uma resenha do debate que tem sido travado há mais de um século entre os partidários do Tribunal popular e os que a êle se opõem.

2. Muitos crêem que a instituição de jurados remonta ao processo penal romano, com o sistema das *quaestiones*,¹ não faltando os que procuram reconhecê-la nos *heliastas* gregos.² Tais antecedentes, porém, nada têm a ver com o Júri moderno,³ pois são apenas formas de participação do povo nos julgamentos, as quais se explicam pela deficiência do aparelho judiciário, constituindo manifestações primitivas da administração da justiça.

O desenvolvimento histórico do Júri, como hoje o conhecemos, encontra seu termo inicial no procedimento inquisitório que era praticado na França, na época carolíngia. Homens justos e dignos deveriam, sob juramento, dar notícia aos juizes ambulantes do soberano francês do que havia ocorrido no distrito desde sua última viagem: os primeiros jurados eram, assim, denunciantes no processo criminal e testemunhas no processo civil. O sistema da *inquisitio* passou à Inglaterra com a invasão normanda, onde evoluiu consideravelmente. A

princípio, a acusação feita ao réu, sob juramento, era julgada pelo sistema das ordálias (prova da água fervente, da água fria, duelo judiciário). O Júri de acusação parece ter sido estabelecido por HENRIQUE II, duque da Normândia, em 1164 ("Constitution of Clarendon", 10 Hon. II). Com a abolição das ordálias, pelo Concílio de Latrão, em 1215, todas as acusações passaram a ser julgadas pelo mesmo Júri de acusação, acrescido de novos membros. Rapidamente, porém, distinguiu-se o Júri de acusação do Júri de julgamento, sendo este constituído pelos novos membros que se acrescia ao primeiro Júri. Esta distinção, que já havia penetrado na prática judiciária, foi estabelecida por lei, em 1352, instituindo, assim, o sistema de dois juris. Posteriormente, já no século XVI, os jurados de acusação passaram a distinguir-se das testemunhas.

A instituição do Júri tornou-se famosa na Inglaterra e está intimamente ligada ao espírito do direito inglês. Passou ao continente com a legislação penal introduzida pela Revolução francesa, tendo sido, porém, grandemente alterada; e em nenhum lugar, nem mesmo nos Estados Unidos, para onde foi levada, produziu os excelentes resultados que na Inglaterra, sem dúvida, produziu e produz.

3. Isto se deve, certamente, à índole do povo inglês, ao sistema peculiar de seu direito e à disciplina que cerca o funcionamento do Júri na Inglaterra. Estes fatores devem ser considerados pelos que pretendem transplantar a outros meios de cultura uma instituição ligada a fatores históricos e peculiares a um povo, cujas instituições jurídicas diferem tão fortemente das que vigoram no direito continental e no que seguiu a influência dêste.

O povo inglês é conhecido pelo seu exagerado espírito de obediência às leis do país. RADBRUCH refere como carac-

¹ MANZINI, "Derecho Procesal Penal", trad., Buenos Aires, 1951, vol. II, pág. 180.

² A Heliasta, na Grécia antiga, compunha-se de mais de 500 heliastas e se destinava ao julgamento de certos crimes. BIGORIE DE LANCHAMPS afirma que o comparecimento aos julgamentos fazia-se pela paga (mistos dikastokos), e não por amor à Justiça ("Du jury en matière criminelle", Paris, 1863, pág. 9).

³ HÉLIO TORNAGHI, "Instituições de Processo Penal", Rio de Janeiro, 1959, vol. II, página 281.

terísticas do sentido inglês do direito a elevada moralidade do povo britânico em matéria de impostos, o elevado número dos que se confessam culpados nos tribunais, e, especialmente, suas relações com a polícia, considerando justa a afirmação que os ingleses freqüentemente fazem: "*We are a law-abiding people*".⁴

O direito inglês distingue-se fundamentalmente do direito escrito, que prevalece no continente: é a *common law*, cujas peculiaridades são bem conhecidas. Não só a magistratura, como toda a administração da justiça na Inglaterra, é cercada de alta dignidade e respeito, incluindo-se aí a atuação dos advogados, que se exerce com profundo espírito público. Daí afirmar ALBERT MORRIS que na Justiça criminal americana os advogados pretendem a vitória e não a justiça, ao passo que, na Inglaterra, o fim visado pela acusação e pela defesa é a descoberta da verdade.⁵ Freqüentemente, acusação e defesa colaboram na investigação e na prova.

Uma demonstração do respeito pela Justiça é dada pelas medidas que vigoram para proteger a independência dos julgamentos. A Suprema Corte de Justiça (Supreme Court of Judicature) elaborou a teoria da *contempt of court*, destinada a prevenir e a punir qualquer ofensa ou influência estranha sobre o julgamento, inclusive através de palavras e escritos que possam desviar a Justiça de seus fins ou interferir nas decisões. A imprensa não pode, de forma alguma, comentar ou criticar, a não ser em limites muito estreitos, as questões submetidas aos tribunais. LORD HARDWICKE, em meados do século XVIII, já afirmava: "Nada é mais importante para as Côrtes e tribunais, que evitar a publicação de notícias inexatas; nada tem consequências mais perniciosas do que prevenir o espírito do público pró ou contra uma das partes, enquanto a questão se acha *sub judice*. Tais práticas podem entravar a atenção de testemunhas e influir sobre a opinião de jurados. E para que todos possam proceder com todas as garantias possíveis, importa manter a pureza e clareza das Côrtes de Justiça".⁶ A participação indevida da imprensa nos julgamentos é

severamente punida na Inglaterra. O *Criminal Justice Act*, de 1925, chega a punir com multa de £50 o fato de fotografar ou desenhar para publicação, em qualquer Tribunal (criminal ou civil), qualquer das pessoas implicadas no processo judicial.⁷

O Júri inglês, em seu funcionamento, não se compara com o Tribunal que obedece ao sistema francês. A pronúncia por um Júri de acusação, chamado *Grand Jury*, composto por 12 a 24 pessoas, decidindo por maioria de 12, esteve em vigor na Inglaterra até 1933, quando foi abolido. O Júri de julgamento (único agora existente), chamado *Petty Jury*, é composto de 12 jurados, que decidem do fato e do direito, apresentando o veredicto de "culpado" ou "não culpado" (*guilty* ou *not guilty*).⁸ Jurado somente pode ser o homem ou mulher, acima de 21 anos, que tenha propriedades ou rendas acima de £10 por ano ou seja locatário de casa com aluguel mínimo de £20 por ano, ou £30, se for em Middlesex.⁹ O processo é *oral*: o Júri somente pode considerar a prova que diante dele é produzida. Após os debates, o juiz presidente faz um resumo do caso, indicando o direito aplicável, analisando e criticando a prova apresentada, e inclusive aconselhando os jurados sobre seu valor, emitindo, assim, sua opinião sobre o caso, embora deva esclarecer que sua opinião não é obrigatória.¹⁰ A decisão deve ser unânime. O veredicto dos jurados não é final, pois o juiz pode, caso discorde dele, pedir que o conselho de sentença o reconsidere. Caso isto não se faça, o juiz pode dissolver o Júri e convocar outro, havendo casos que foram julgados quatro vezes.¹¹ Outrossim, quando o réu se confessa culpado, o juiz pode dispensar o

7 JEAN DUHAMEL menciona a sentença que condenou o redator em chefe de um grande jornal a três meses de prisão e o jornal à multa pesadíssima de dez mil libras esterlinas, por *contempt of court*, pelo fato de ter noticiado, em 4 de março de 1949, de forma escandalosa e sensacionalista, a prisão de pessoa suspeita de crime, com manchetes enormes e fotografias, "formando um conjunto que desonra o jornalismo inglês" (Caso Hugh). Ob. cit., pág. 101.

8 Na Escócia, porém os jurados têm uma terceira possibilidade, podendo afirmar "não provado" (*not proven*), o que não eximirá o culpado de novo julgamento, se surgirem novas provas.

9 KENNY's, "Outlines of criminal law", 17.^a ed. preparada por J. W. C. TURNER, Cambridge, 1958, pág. 567.

10 KENNY, ob. cit., pág. 572: "(The judge) not only directs them as to any points of law that are involved in the case, but also advises them, though not imperatively, as to the bearing and value of the evidence".

11 KENNY, ob. cit., pág. 573.

4 G. RADBRUCH, "El espíritu del derecho inglés", trad., Madri, 1958, pág. 25.

5 ALBERT MORRIS, "Criminology", 1935, pág. 283: "the aim of both prosecutor and defense is to uncover the truth".

6 Apud JEAN DUHAMEL, "La justice discutée", Paris, 1955, pág. 100. Para se ter uma idéia da Justiça inglesa, basta dizer que raramente surge lá um processo de *habeas corpus*.

Júri e proferir a sentença. Se após os debates o juiz entender que a prova é insuficiente, pode absolver o réu de plano, dissolvendo o Júri.

Vê-se, pois, que o Júri inglês é largamente controlado pelo presidente, cuja atuação é por todos louvada. Por outro lado, o sistema das provas legais, que vigora na Inglaterra, e as regras especiais sobre a admissibilidade das provas, rigorosamente controladas pelo juiz, constituem notável limitação do Júri inglês e o distinguem nitidamente dos tribunais populares que, em outros países, procuram imitá-lo.¹²

4. Foi o Júri introduzido na França com a Revolução de 1789, tendo sido, porém, grandemente alterado. Embora se mantivesse a oralidade do processo — que é, em verdade, essencial ao julgamento pelo Tribunal popular — dispensou-se a unanimidade e pretendeu-se limitar a resposta dos jurados à matéria de fato, proibindo-se, com a lei de 1881, que o presidente do Júri resumisse os debates.¹³ Suprimiu-se o grande Júri, ou Júri de acusação (do qual se teve, porém, curta experiência, entre 1791 e 1808). Pela extraordinária influência da legislação e da cultura jurídica desse país, o Júri, como adotado na França, difundiu-se largamente, tendo sido levado à Itália pela dominação francesa, em 1797.¹⁴

5. No Brasil, surgiu o Júri com a lei de 18 de junho de 1822, para o julga-

mento dos crimes de imprensa, tendo sido mencionado como órgão do Poder Judiciário pela Constituição de 1824. O Cód. de Proc. Criminal, de 1832, admitiu o Júri de acusação ao lado do pequeno Júri, sistema alterado pela lei de 3 de dezembro de 1841, que aboliu o grande Júri. Com a lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi o Tribunal popular regulamentado de forma definitiva. Mantido pelas Constituições de 1891 e 1934, foi o Júri grandemente alterado pelo dec.-lei n.º 167, de 5 de janeiro de 1938, que suprimiu a soberania dos veredictos. Com a Constituição de 1946 (art. 141, § 28), resurgiu na forma conhecida em nosso direito anterior, sendo hoje regulamentado pela lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948.

6. O primeiro grande argumento a favor do Júri é de índole política: afirma-se que o Tribunal popular é uma garantia de liberdade contra a opressão, a injustiça e a tirania dos soberanos, e que é da essência da democracia o julgamento do povo pelo povo. BLACKSTONE dizia: "*The jury is the bulwark of northern liberty and the glory of the English law*". A luta a favor dos jurados, como conquista política de liberdade, encontra notável expressão na eloquência de CARRARA,¹⁵ que afirmava serem os jurados uma "dedução lógica de todo regime de governo livre". Inspirava os defensores do Júri nessa fase, aos quais sobravam razões, o temor pela arbitrariedade e subserviência da magistratura, nomeada pelos governantes e dócil aos seus desejos, sempre pronta a legalizar a tirania e a injustiça do poder público.

É sob influência de tal concepção que o Júri surge na França, como conquista liberal, e é tão-somente com base nestas idéias que muitos autores se manifestavam e se manifestam a favor da instituição, como o nosso RUI BARBOSA. O nosso legislador constituinte de 1946, por uma reação até certo ponto explicável (pois vínhamos de uma ditadura), cedeu a este argumento, que poderíamos chamar de *romântico*, introduzindo o julgamento pelo Júri entre os direitos e garantias individuais, justificando-o, assim, pelo aspecto político.

O Júri foi, sem dúvida, um baluarte contra a prepotência dos soberanos e este foi seu grande significado histórico.¹⁶

¹² Na "Enciclopédia Britânica", no verbete "Practice and Procedure", vol. 18, pág. 406 (edição de 1951), lê-se o seguinte: "Embora seja o Júri, na teoria legal, absoluto na matéria de fato, ele é na prática largamente controlado pelos juizes. No julgamento, o juiz não apenas decide quanto à relevância da prova a ser produzida, e quanto à admissibilidade das perguntas apresentadas às testemunhas, mas também aconselha o Júri sobre a significação lógica das provas admitidas sobre as questões a serem apreciadas pelo Tribunal. As regras sobre a admissão das provas, grandemente baseadas na lógica escolástica, algumas vezes difíceis de aplicar e completamente desconhecidas do direito continental, aliadas ao direito que tem o juiz inglês de apreciar a prova (negado aos juizes franceses) e de expressar sua própria opinião sobre o seu valor (negado aos juizes americanos), reduz a certo ponto a independência e limita as possibilidades de erro do Júri".

¹³ Sempre se exigiu, porém, na França, uma certa maioria para as decisões. Esta maioria era de 10, na lei de 1791 e no *Code Brunaire* do ano IV, e até que entrou em vigor o Cód. de Instrução Criminal, em 1808; de 8, nas leis de 4 de março de 1831 e 28 de abril de 1832, e de 9, com o decreto de 4 de março de 1848. Hoje vigora na França o sistema do escabinado.

¹⁴ Por esta razão, MANZINI, "Tratado", cit., pág. 181, diz que o Júri, introduzido na Itália, era uma "impostura francesa".

¹⁵ CARRARA, "Programa", § 913. CARMIGNANI, porém, opunha-se ao Júri, por julgar inadmissível a decisão imotivada.

¹⁶ O julgamento pelos pares é uma das imposições consagradas pela Magna Charta (1215), no capítulo 39: "No freeman shall be

Desapareceram, porém, nos governos modernos e nas organizações judiciárias em vigor, os fundamentos políticos outrora invocados pelos defensores da instituição. Com as garantias atualmente outorgadas aos magistrados e com a independência que lhes é assegurada, ninguém ousaria temer a opressão e a tirania do Executivo. As respostas a este argumento são, assim, decisivas e terminantes:

(a) Com o sistema de garantias outorgado pelas Constituições modernas aos magistrados, a administração da justiça deixou de ser uma questão política e se converteu numa função técnica. Esta objeção foi enunciada por SOLER, ao afirmar: "Num país onde o Poder Judiciário é independente dos outros departamentos do Governo... o problema de instituir juizes permanentes ou populares deixa de ser político e se converte em técnico".¹⁷

(b) FERRI, que foi, com seus companheiros da Escola Positiva, um dos mais tenazes opositores do Júri, na mesma ordem de idéias, afirmava que a administração da justiça é questão de ciência, que não pode ser resolvida, nem com o ideal democrático, nem com o aristocrático, mas, apenas, com o critério da capacidade científica.¹⁸

(c) Só teoricamente os jurados representam o povo. Levados ao Tribunal, deixam de sentir e atuar como parcela do povo, "como um pouco d'água do mar recolhida num vaso deixa de sentir o movimento das marés" (GABRIEL TARDE). Afirma-se, por outro lado, que a índole democrática da Justiça não reside somente na forma de participação popular, mas, especialmente, na maneira como

é exercida, e por quem é exercida a Justiça, bem como na formação e origem dos juizes. Assim se pronuncia MANUEL LOPEZ-REY ARROJO.¹⁹ Um corpo de jurados, que tenham instrução superior ou determinada renda, certamente não representa o povo. Pode representá-lo um juiz independente e culto, identificado com a consciência ético-jurídica da Nação. FERRI também dizia que não se pode verdadeiramente compreender como 12 jurados, tomados ao azar, possam representar realmente a consciência popular, que tão freqüentemente protesta e se revolta contra suas respostas.²⁰

(d) A independência do jurado é um mito. Não resiste nem à tirania política, nem à tirania do povo. Segundo GARÓFALO, na Inglaterra, nos séculos XVI e XVII e na França, durante a Revolução e a Restauração, o Júri foi quase sempre o fiel servidor do mais poderoso: ele se curva a todas as tiranias: às do trono e às da população.²¹ Entre nós, no interior, o Júri sempre foi submisso aos chefes políticos.

(e) Afirmava, ainda, FERRI, que não há paralelo em sustentar que o cidadão, assim como vota, deve julgar. O cidadão vota para escolher um representante, alguém que tenha capacidade e competência supostas, para fazer as leis: a analogia do argumento levaria à eleição dos magistrados, e não ao Júri.

A pobreza e improcedência deste argumento é declarada, de forma insuspeita, por um defensor do Júri, que é HÉLIO TORNAGHI: "Que o Júri seja hoje uma garantia individual é coisa que não mais se pode sustentar. As razões históricas que, em pleno feudalismo, fizeram com que ele assumisse o papel de *paládio da liberdade*, dando a todos um julgamento por seus pares, desapareceram nas sociedades modernas. Não há, pois, motivo para que figure na Constituição, no capítulo "Dos direitos e das garantias individuais". Fosse essa a única razão de ser do Júri e ele deveria ser imediatamente abolido".²²

17 No mesmo sentido, NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", Rio de Janeiro, 1949, vol. I, pág. 39. Cf. ainda, J. FREDERICO MARQUES, "O Júri no Direito Brasileiro", São Paulo, 1955, pág. 47: "O Júri, levado ao continente europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o Judiciário adquiriu independência em face do Executivo; e despidido daquela auréola quase mística de *paládium da liberdade*, para ser apreciado objetivamente como um dos órgãos da Justiça penal, a sua inferioridade se tornou patente. Entre o julgamento inspirado na lei e na razão, no direito e no conhecimento técnico, e aquele ditado pelo arbítrio e pela intuição cega, não há hesitação possível".

18 FERRI, "Sociologie Criminelle", trad., Paris, 1914, pág. 532.

19 MANUEL LOPEZ-REY ARROJO, "Que es el delito?", Buenos Aires, 1947, pág. 216.

20 FERRI "Sociologie Criminelle", pág. 538.

21 GARÓFALO, "Criminologie", trad., Paris, 1890, pág. 396. Assim também PARMELEE, "Criminologia", trad., Madri, 1925, pág. 320.

22 HÉLIO TORNAGHI, "Instituições", cit., pág. 308. Tanto é independente o juiz togado que os governantes, ao procurarem ter uma justiça dócil e submissa, estabelecem tribunais de exceção e especiais, como o famigerado Tribunal de Segurança Nacional. Cf. J. FREDERICO MARQUES, "O Júri", cit., pág. 48.

arrested, or detained in prison, or deprived of his freehold or outlawed or banished, or in any way molested; and we will not set forth against him nor send against him, unless by the lawful judgement of his peers and by the law of the land".

7. Um novo argumento, porém, surgiu, em defesa do Júri, apresentando, sem dúvida, maior consistência. Afirma-se que, por meio do Tribunal popular, a Justiça toma contato com a terra, penetrando o julgamento de considerações éticas, psicológicas, econômicas, etc. permitindo que se introduza a equidade nas decisões. O juiz togado, diz-se, perde-se no mundo dos Códigos e dos parágrafos, tornando-se um frio aplicador da lei. O jurado, que não conhece a lei, julga com o seu senso comum, colocando-se acima da lei, para realização da verdadeira justiça, ajustando-a ao caso concreto.

Esta argumentação é, em tese, sedutora. É curioso notar que ela surgiu recentemente, não aparecendo nos grandes defensores do Júri do século passado e da primeira parte deste, salvo poucas exceções. Constitui uma dúvida levantada contra os juizes togados e sua forma de fazer justiça, no plano propriamente técnico e humano de sua realização.

Há um fundo de verdade na afirmação de que o juiz preocupa-se apenas com o cumprimento da lei, ou seja, com a realização da justiça como se acha cristalizada na norma. E tal justiça pode não corresponder à hipótese em julgamento. Não se pode, outrossim, menosprezar o temor do profissionalismo do juiz togado, o qual pode dar-lhe certa insensibilidade aos problemas humanos que a prática do crime lhe apresenta. Responde-se, porém, ao argumento, com as seguintes objeções:

(a) Os defeitos, os vícios e as falhas do Júri jamais dariam solução às deficiências do juiz togado.

(b) As soluções extralegais, dadas pelos jurados, desprestigiam a Justiça, geram a intranquilidade e solapam as instituições.²³ Dizia BENTHAM que é melhor pôr o remédio na lei do que na sublevação da lei. Entre nós, muitas absolvições escandalosas e aparentemente injustificadas, como o famoso caso Olga Sueli, e, mais recentemente, o caso do padre Hosannah, trazem a confiança na impunidade, a desconfiança na tutela jurídica, a descrença no poder público e são de consequências imprevisíveis. A isto se referia AFRÂNIO PEIXOTO: "O mal do Júri é que desmoraliza a Justiça, dando a insegurança social e a tendência à barbárie, de cada um se defender... Cada criminoso desculpa: "multidão de culpados em perspectiva".²⁴

Por outro lado, é um equívoco supor que o jurado pode decidir, sobrepondo-se à lei, apenas com o senso comum. As questões judiciais são sempre complexas e exigem um senso *pouco comum* para resolvê-las.²⁵

(c) O profissionalismo do juiz togado é, sem dúvida, paralisado ou diminuído pela publicidade do processo, pela motivação da sentença e pelos recursos que contra ela podem ser opostos.²⁶ O juiz togado não decide em única instância; não decide por *sim* ou *não*, como o Júri. Não decide de acordo com provas legais, firmando sua convicção pela livre apreciação da prova, como o Júri. Não julga, porém, como o Júri, por *intima convicção*: deve dar as razões por que decide; deve informar ao acusado e à sociedade quais as razões pelas quais condena ou absolve, vale dizer, quais as provas recolhidas e qual o valor dessas provas. E de sua decisão cabem recursos, todos tendentes a garantir a plenitude da defesa e a correção da sentença.

(d) Não é verdade que haja insensibilidade do julgador profissional. CARNELUTTI afirma ser mais freqüente do que se supõe a influência do direito natural nas decisões judiciais, porque o juiz, antes de decidir, enquadra o fato no plano ético e conduz freqüentemente a apreciação da prova no sentido da realização da Justiça. A acusação de insensibilidade é, geralmente, inspirada na maior severidade do juiz togado. Esta constitui, porém, apenas, como diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, o repúdio à impunidade.

(e) A lei não é um emaranhado frio de parágrafos, de que o juiz seja escravo. A ciência penal moderna orienta-se decisivamente no sentido da especial valorização da culpabilidade, o que proporciona ao julgador cada vez maiores recursos técnicos para a realização da Justiça. A teoria normativa da culpabilidade, a não-exibibilidade de outra conduta, a analogia *in bonam partem*, a antijuridicidade material, constituem recursos técnicos que temperam, muita vez, o rigor do texto.

8. Invertendo, agora, o método de nossa exposição, vamos examinar, com a possível objetividade, os seríssimos argumentos apresentados pelos que se opõem à instituição do Júri, começando com uma verdadeira preliminar.

Afirma-se que o Júri é instituição peculiar ao povo inglês, exigindo um funda-

²³ FERRI, "Sociologie Criminelle", pág. 532.

²⁴ AFRÂNIO PEIXOTO, "Criminologia", São Paulo, 1936, pág. 262.

²⁵ GAVIOLA, "O processo pelo Júri", in "REVISTA FORENSE", vol. 83, pág. 244.

²⁶ FERRI, ob. cit., pág. 546.

damento psicológico, cultural e jurídico, que dificilmente se encontra nos países latinos, e, menos ainda, nos ibero-americanos.²⁷ Como acima ficou dito (n.º 3), uma série de peculiaridades cerca o funcionamento do Júri na Inglaterra, podendo-se dizer que o Júri inglês é um fenômeno histórico. O Júri que se estabeleceu na França é uma contrafação do que existia na Inglaterra;²⁸ é uma instituição mutilada e deformada que, de forma alguma, pode atender aos seus fins, porque:

(a) A função do juiz-presidente foi limitada e desvirtuada, sendo-lhe impedido compensar as deficiências dos jurados, advertindo-os, aconselhando-os ou dispensando-os;

(b) O juiz não pode aplicar imediatamente a pena quando o réu se confessa culpado;

(c) O jurado não está, como na Inglaterra, protegido contra as influências indevidas da imprensa e dos meios de divulgação;

(d) O número de jurados foi reduzido para nove ou para sete, como entre nós, e a decisão dá-se por simples maioria. A condenação por 4 x 3 é a própria expressão da dúvida e jamais poderia ser admitida;

(e) A oralidade, que é essencial ao Júri, foi suprimida, estando hoje limitada aos debates;

(f) O jurado é escolhido entre pessoas que não estão em condições de desempenhar a difícil tarefa de julgar.

É inegável a procedência destes argumentos, que não se destinam a combater o Júri, mas o simulacro de Júri que existe em muitos países, inclusive no Brasil.

A unanimidade da decisão é um elemento de seguro controle dos veredictos. O julgamento conforme de 12 pessoas sobre os mesmos fatos é indício de maior segurança e certeza da decisão. A tendência, porém, nos Estados Unidos, é no sentido de substituir a unanimidade pela maioria de cinco sextos, ou seja 10, pois muitas vezes um só jurado impede e prolonga inutilmente o julgamento. Uma maioria substancial é, sem dúvida, imprescindível e reclamada por todos.

A influência perniciosa da imprensa, entre nós, não precisa de demonstração. Estamos longe de sonhar com o regime existente na Inglaterra, em que a repressão aos abusos da imprensa não lhe afe-

tam a liberdade. Não existe no Brasil lei que permita apurar a responsabilidade pelos crimes praticados através da imprensa. Muito menos existe entre nós consciência da verdadeira missão da imprensa e são muitos os jornais e revistas que vivem do sensacionalismo em torno ao crime, influenciando, assim, a opinião pública e a decisão dos jurados. A campanha feita impunemente pela imprensa no recente caso Aida Cúri dispensa maiores comentários. Se o sensacionalismo é a forma patológica da imprensa, então, no Brasil, uma certa imprensa está quase sempre enferma.

A oralidade do processo é, sem qualquer dúvida possível, um dos mais genuínos e importantes elementos do julgamento pelo Júri. O sistema da oralidade faz com que as declarações perante os tribunais só sejam válidas, quando feitas oralmente. Entre nós, salvo casos excepcionais, os jurados não ouvem as testemunhas e os peritos, tomando conhecimento de suas declarações escritas através da longa, monótona e enfadonha leitura feita pelo juiz-presidente, a quem não se permite sublinhar o que é importante. Como diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, com extrema precisão, "o "convencimento do jurado, para ser sincero, deve brotar do contato direto com "a prova. Depois de ouvir o que narram "as testemunhas e esclarecem os peritos; "depois de presenciar a reprodução dos "fatos feita ao vivo é que o juiz leigo, "com essas impressões, terá de tudo uma "visão panorâmica, que lhe norteie a decisão. O julgamento através de peças "probatórias mumificadas no procedimento escrito, é um julgamento analítico e escolástico, dedutivo e frio, que, "por isso mesmo, não se casa com as qualidades do Júri, onde o bom senso e a "intuição, colocados em plano predominante, é que inspirarão o juízo sobre a "espécie. O processo formativo da convicção do jurado somente na oralidade "plena encontra seu clima e ambiente "próprio".²⁹

A oralidade, entre nós, é apenas do debate feito pelas partes, o qual é necessariamente tendencioso, visando cada uma à vitória de sua causa.

9. A função de julgar é uma função técnica, sendo o resultado de um exame crítico muito complexo;³⁰ administrar justiça penal é hoje tarefa muito mais delicada e difícil, que exige um número

²⁷ MANUEL LOPEZ-REY ARROJO, ob. cit., pág. 215.

²⁸ FERRI, ob. cit., pág. 532.

²⁹ J. FREDERICO MARQUES, ob. cit., pág. 138.

³⁰ FERRI, ob. cit., pág. 550.

maior de conhecimentos cada dia.³¹ A Justiça penal orienta-se no sentido da especialização do juiz; da cultura técnica nas ciências penais e auxiliares; de uma indagação antropológica e psicológica acurada do homem delinqüente, além de exigir, para apreciação da prova, experiência e espírito crítico, que o jurado raramente possui. ALTAVILLA, opondo-se ao Júri, afirmava que "ao jurado falta "toda cultura técnica, falta aquele *olho clínico*, que só uma longa experiência "pode criar, de maneira que se deixa "guiar pelo seu natural bom senso, o "qual, por vezes, o leva muito longe da "verdade".³²

Ninguém pode esperar que o leigo possa decidir assuntos que lhe são estranhos, especialmente quando homens hábeis e experimentados usam toda a sua argúcia e experiência para iludi-los.

10. Não é possível separar a matéria de fato e a matéria de direito. Esta é uma das ilusões introduzidas pelo sistema francês, tendo dado lugar a dúvidas intransponíveis, para a nítida separação dos conceitos. Os conceitos jurídicos são sempre conceitos normativos, e as normas jurídicas expressam sempre valores. Não é possível contemplar os fatos ou a realidade a que a norma se refere, fora do prisma da valoração jurídica, que lhes empresta significado e relevância para o direito. FERRI, aliás, dizia que a distinção entre o fato e o direito é quimérica. O Júri se ocupa do delito, que é um fato jurídico.³³ Entre muitas opiniões nesse sentido, basta reproduzir a de BETTIOL, pela clareza e segurança na colocação do problema: "A apreciação de qualquer fato "juridicamente relevante importa por si "mesma em um juízo de valoração jurídica, mesmo que se não encontre um "preceito legal particular em que se possa enquadrar o próprio fato. Repito, "portanto, que essa possibilidade de distinguir o fato do direito, como se pudéssemos, com tal cimitarra de Buda, "separar dois mundos diferentes, é coisa "relegada ao campo da mitologia jurídica, ao campo das concepções que já tiveram seu prestígio, mas a que faltam "hoje quaisquer títulos para serem tomadas em consideração".³⁴ Embora a

técnica dos quesitos tenha permitido estabelecer questões simples sobre os fatos, o juízo sobre a culpabilidade e a antijuridicidade é, por certo, eminentemente jurídico.

É claro, porém, que não serão apenas as questões de direito que deixarão os jurados em dificuldades, mas também as questões técnicas, o que lhes torna praticamente impossível analisar a prova pericial. Questões de criminalística e médico-legais são questões científicas e nelas o jurado leigo jamais poderia orientar-se com segurança. Mesmo diante dos altos padrões do Júri inglês, KENNY chega a dizer que nos assuntos científicos complicados, como o da sanidade mental do acusado, o julgamento pelo Júri teria pouca superioridade sobre o julgamento pelas ordálias, se não fôsse pela atuação do juiz-presidente, ao apreciar a prova.³⁵

11. As dificuldades dos jurados não se limitam às questões técnicas, jurídicas ou não: a apreciação dos fatos, diante de uma prova controvertida, oferece, muitas vezes, dificuldades muito mais graves. Nada sabe o juiz leigo da teoria das provas, nem da psicologia dos testemunhos. Falta-lhe poder de atenção e não ouve a leitura do processo, como deveria.³⁶ Impressiona-se facilmente com coisas insignificantes, deixando de atentar em coisas de real importância. Todos se lembram, no julgamento do caso Bandeira, a impressão causada nos jurados pela exibição da camisa que a vítima vestia no momento do crime. Como diz ALTAVILLA, a segurança de um denunciante, o tom em que fala um acusado, uma contradição insignificante, podem persuadi-lo a absolver ou a condenar.

Os advogados, no Júri, tudo fazem para induzir os jurados a superestimar detalhes de somenos e emprestando a máxima relevância a fatos secundários, que beneficiam o réu. Conforme seu maior ou menor talento nesse torneio, muitas vezes atingem o fim colimado. É impressionante comparar a defesa que é feita perante o Júri, com a que se faz ante o juiz togado. No Júri todos os recursos são lícitos, desde que sirvam para convencer os jurados. GARÓFALO já dizia que freqüentemente os advogados tudo fazem para introduzir a dúvida no espírito dos jurados, afirmando fatos

³¹ ASÚA, "El juez penal", in "El Criminalista", tomo III, pág. 101: "O juiz leigo fica "sem papel na Justiça criminal de hoje. Pronuncio-me em resoluta repulsa ao jurado".

³² ALTAVILLA, "Psicologia Judiciária", Coimbra, 1944, vol. 4, pág. 325.

³³ FERRI, ob. cit., pág. 543.

³⁴ Apud J. FREDERICO MARQUES, ob. cit., pág. 143. O mesmo autor observa que

³⁵ KENNY, ob. cit., pág. 566.

³⁶ PARMELEE, ob. cit., pág. 318.

CARRARA proclamava que se devia terminar "con questa ipocrisia del giurati giudici esclusivamente del fatto, ipocrisia che desta il riso".

completamente imaginários. Na Inglaterra, porém, tais expedientes são defesos ao advogado, que não pode recorrer ao jogo das emoções, levando o Júri a apiedar-se da sorte do réu e de sua família.³⁷ O próprio juiz togado, após a atuação de hábeis advogados, tem, muitas vezes, dificuldades no exame da prova, e na busca da verdade. Os jurados, que não têm contato direto com a prova e que somente ouvem os debates, julgam em estado de perplexidade e constantemente erram.

Estão os jurados sujeitos a toda sorte de influências. Uma vez sorteada a lista de jurados, começa uma infundável "cabela", com as lamentações que a todos são feitas pela mãe, os filhos, a mulher e parentes do réu. Isto é verdadeira praga. Sem saber se vai julgar o caso, o jurado que consta da lista mensal é "catequizado" por todas as formas. E quantos não cedem a tais influências? Facilita o aliciamento dos jurados o fato de o assassino aguardar longos anos pelo julgamento, sofrendo as ansiedades do processo, inspirando compaixão e piedade. E, como dizia LANZA, a piedade é mãe da clemência e do perdão.

A justiça que fazem os jurados, em tais condições, é apenas uma caricatura de justiça, decidindo por *sim* ou *não* e sem ter sequer o espírito disciplinado por um sentimento de responsabilidade e de cuidado, que a necessidade de uma motivação faz surgir no espírito do homem de inteligência e de consciência (ALTA-VILLA).

12. O Júri é uma instituição em decadência no mundo inteiro, com exceção da Inglaterra. São poucos os autores que se animam a defendê-la. Vem o Júri desaparecendo, paulatinamente, da legislação penal, dando lugar ao escabinado, que é, ao contrário, instituição em franco desenvolvimento.

Na França, pátria das liberdades individuais, o Júri desapareceu desde 1941, sendo substituído pelo escabinado, que foi acolhido também pelo recente Código de Proc. Penal. ANDRÉ VITU, reproduzindo a opinião dominante na doutrina, reconhece que "*la preuve tirée des statistiques établissait que la justice criminelle issue de la réforme opérée en 1941, donnait finalement de meilleurs résultats qu'auparavant*".³⁸

O escabinado é ainda o sistema que vigora na Alemanha, na Suíça, na Itália, na Noruega, na Rússia e na Iugoslávia.³⁹ Não existe Júri em qualquer país da América latina (com exceção do México, para os crimes de imprensa). Desconhecem-no também a Holanda, a Espanha e Portugal.

Nos Estados Unidos, é notável a oposição feita ao Júri por grandes criminólogos. BARNES e TEETERS, enfaticamente, sustentam a tese de que "o moderno julgamento pelo Júri é um dos muitos anacronismos que tumultuam o nosso sistema de direito criminal e de filosofia penal. Pensamos que ele deve ser completamente abolido".⁴⁰ Em obra anterior, BARNES havia dito que "o menos que se pode dizer é que o Júri é pouco mais científico do que as antigas ordálias e duelos judiciais, e que o elemento de *chance* que envolve é tão grande como naquelas velhas práticas".⁴¹

O grande Júri foi abolido em ~~quase~~ todos os Estados da União Americana. Na Justiça federal e em vários Estados, concede-se hoje ao réu o privilégio de escolher entre o julgamento pelo Júri e pelo juiz togado. Nos Estados em que esta prática está em vigor há vários anos, como em Maryland, Connecticut, Wisconsin e Michigan, os resultados são surpreendentes. ALBERT MORRIS informa que 90% dos casos em Maryland e 70% dos casos em Connecticut são julgados, por escolha do réu, pelo juiz togado.⁴² Por outro lado, o número de casos subtraído ao julgamento pelo Júri, por confessar-se culpado o réu, é imenso, especialmente pelos acórdos entre acusação e defesa, para que o acusado se confesse culpado de crime menos grave, para evitar, desta forma, o julgamento pelo Júri. WOOD e WAITE afirmam que "a proporção de "condenações por crime, que resultam da "confissão de culpa, em vez de julgamento pelo Júri, é apenas assombrosa. "Em alguns lugares, sobe a 95%. A mé-

³⁹ Muitos autores, porém, têm-se insurgido contra o escabinado, pretendendo entregar à magistratura ordinária toda a administração da Justiça criminal. Cf. PETROCELLI, "Per la soppressione della Corte d'Assise", in "Saggi di Diritto Penale", Pádua, 1952, pág. 612: "Il tempo ha superato sia le ragioni che ispirarono in Italia l'istituto dei giurati, sia quelle, invero assai più modeste e discutibili, che condussero all'ibrido attuale sistema dell'assessorato".

⁴⁰ BARNES e TEETERS, "New Horizons in Criminology", 1943, pág. 363: "We think it should be completely abolished".

⁴¹ BARNES, "The repression of crime", 1926, pág. 185.

⁴² ALBERT MORRIS, "Criminology", 1935, pág. 286.

³⁷ GARÓFALO, ob. cit., pág. 391.

³⁸ ANDRÉ VITU, "La cour d'assises dans le Code de Procedure Pénale", in "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1959, n.º 3, pág. 1.

"dia em todo o país é de 85%. As condenações pelo Júri representam menos de 15% do número total de condenações".⁴³ Daí dizer SUTHERLAND que o problema do Júri não é considerado importante, como o foi anteriormente.⁴⁴ MORRIS conclui que a eliminação do julgamento pelo Júri, com a confissão de culpa, colocou o trabalho dêste em plano secundário, e que "a prática crescente de permitir ao réu recusar o julgamento pelo Júri em favor do julgamento apenas pelo juiz, está fazendo com que o Júri se desvaneca até o desaparecimento. Ele se move no sentido da extinção".⁴⁵ O mesmo prognóstico vamos encontrar em RAYMOND MOLEY, quando escreve que "os fatos que se podem averiguar mostram uma tão positiva tendência para o declínio do uso do Júri, que não é mais o caso de perdermos nossos esforços argumentando sobre a abolição de uma coisa que realmente está abolindo a si mesma; nem de propormos substitutos ou remédios para uma instituição que está afetada de moléstia mortal. O Júri criminal talvez já esteja no crepúsculo das instituições condenadas".⁴⁶

Este declínio do Júri num país fortemente impregnado da tradição jurídica anglo-saxônica não pode deixar de ser significativo. É o eco que se esperava ao repúdio que no mundo inteiro vem sofrendo o Tribunal popular. É lamentável que a legislação brasileira, depois do progresso notável que representou o decreto-lei n.º 167, que eliminou a soberania do Júri, tivesse envolvido a um estado de deplorável atraso na solução do problema. Nem se pode deixar de mencionar que a desastrosa experiência dos júris de economia popular dificilmente poderá ser contestada.

NELSON HUNGRIA, que é, entre nós, o grande inimigo do Júri, com sua grande autoridade, já colocou admiravelmente a questão, ao dizer: "A justiça exercida pelo Tribunal do Júri deixou de ser, na atualidade, uma questão de caráter político, para ser um problema exclusivo de processualística penal. Presentemente, o Júri (nas suas linhas tradicionais) é uma velharia que só pode

"competir em novidade com as ordálias e os duelos judiciais. Sob o ponto de vista técnico da distribuição da justiça, já não há em doutrina uma só opinião que se aventure a defender essa antiga, nos seus moldes clássicos. Com seus juizes, improvisados e escolhidos por sortelo, em gritante contraste com a natureza técnica e crítica do direito e processo penais contemporâneos; com os seus *veredicta* sem qualquer motivação e sem uniformidade, dependendo da maior ou menor impressão causada pelos golpes teatrais dos advogados de defesa, acarretando a insegurança e o descrédito da Justiça penal e afrouxando a política de prevenção do crime pela ameaça da pena; com a sua alarmante parcialidade em favor dos chamados passionais; com sua fácil permeabilidade a interesses e paixões de caráter espúrio, o Júri representa uma instituição irremissivelmente falida".⁴⁷

Este julgamento do Tribunal popular, sem dúvida, transitou em julgado. Em síntese, o Júri está em contradição com a regra universal da vida pública e privada, segundo a qual as tarefas devem ser executadas pelos mais capazes (FERRI).

13. Cumpre concluir. A defesa da instituição do Júri não pode ser levada a sério: é realmente uma instituição anacrônica e deficiente. O único lugar do mundo onde isto não ocorre é aquele em que é ela submetida a rigoroso controle pelos juizes togados, apresentando-se em circunstâncias excepcionais.

A judicatura criminal evolui no sentido oposto: propõe-se a especialização

⁴³ WOODWAITE, "Crime and its treatment", 1941, pág. 236.

⁴⁴ SUTHERLAND, "Princípios de Criminologia", trad., 1949, pág. 329.

⁴⁵ MORRIS, ob. cit., pág. 286: "It is moving toward extinction".

⁴⁶ RAYMOND MOLEY, "Our criminal courts", pág. 112, cit. por BARNES e TEETERS, pág. 346.

⁴⁷ NELSON HUNGRIA, ob. cit., pág. 39. Já no século passado, MACEDO SOARES, no Supremo Tribunal Federal, declarava: "O Júri em teoria é uma excrescência, uma superfetação em qualquer organização judiciária séria. Na prática, esse decantado paládio das liberdades públicas nunca passou, entre nós e entre todos os demais povos da raça latina, de um tribunal de inconscientes, completamente ignorantes dos princípios e das regras do direito e da técnica jurídica, a ponto de não entenderem os seus membros, em geral, os debates travados; nem os quesitos de fato propostos à sua solução pelo presidente; nem prestam atenção à leitura do processo, sempre fastidiosa; e decidem da autoria, da co-autoria, da tentativa, do crime falho, das circunstâncias justificativas, agravantes e atenuantes; resolvem as mais graves questões criminológicas com a maior severidade e cômica gravidade, e ficam convencidos que decidiram questões de fato, como lhes ensinam e doutrina os partidários do Júri, e como se fosse possível separar do fato o direito, e indiferente ao jurado julgar do crime sem prestar atenção à pena correspondente. O Júri deve ser abolido: reclamam-no a Justiça, o bom senso e a gravidade das instituições nacionais" ("Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", 1899, pág. 357).

dos juizes e sua cultura técnica em ciências relacionadas com o crime. As deficiências, que se encontram na própria condição do juiz profissional, vêm sendo compensadas em todos os centros de avançada cultura jurídica, pela instituição do escabinado, que reúne juizes togados e assessores leigos, na apreciação conjunta do fato e do direito. O escabinado constitui solução de compromisso e

um caminho para chegar-se à situação desejável para a magistratura criminal. Já o temos, entre nós, na vigente Lei de Imprensa. No estado presente de nossa legislação, não temos dúvida em apontar este caminho como o mais aconselhável para resolver a tormentosa questão, dando à nossa organização judiciária elementos que a tornem mais eficiente na realização dos fins da Justiça punitiva.



Nota de Christiano Fragoso:

Esta é a versão original e integral do artigo publicado na Revista Forense, n.º 193, jan./mar. 1961, p. 20-29. Aqui, Heleno Fragoso, com 35 anos, tecia críticas ao Tribunal do Júri, passando a ser visto, de modo geral, como um antagonista daquela instituição. Em sua maturidade intelectual, todavia, Heleno Fragoso reviu esta posição, como se vê em sua entrevista concedida à Revista Veja em dezembro de 1980, também publicada neste site (www.fragoso.com.br), por entender que a justiça popular não era pior do que a justiça técnica, devendo, mesmo com suas vicissitudes, ser mantida. Não há dúvida, no entanto, de que algumas críticas por ele feitas se mantêm presentes, como, por exemplo, a impropriedade de uma condenação fundada em um quorum de 4 a 3.