



Recebido 12 abr. 2014

Aceito 13 abr. 2014

## **REDEFININDO O PAPEL DOS JURADOS: UM DEBATE EM TORNO DO PROBLEMA DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA E A NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI**

*Fábio Wellington Ataíde Alves \**

**SUMÁRIO:** 1. Compreendendo o presente e a interpretação retrospectiva: uma compreensão da teoria dos modelos de Miguel Reale. 2. Jurados e comunidade de intérpretes 3. A reestruturação do Tribunal do Júri. Participação do juiz nas decisões de fato e de direito 4. Quesito especial sobre a negativa do direito de recorrer em liberdade por motivo de ordem pública 5. Referências

### **1 COMPREENDENDO O PRESENTE E A INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA: UMA COMPREENSÃO DA TEORIA DOS MODELOS DE MIGUEL REALE**

Para a nova hermenêutica não existe um *compreender melhor*, mas um compreender diferente. “Cada época deve compreender, a seu modo, um texto transmitido”<sup>1</sup>. O gênero humano de uma época não é o mesmo gênero humano de outra, porque “nossas necessidades e nossos prazeres mudam de objeto com o decorrer dos tempos”<sup>2</sup>. Neste mesmo rumo, preceitua Chaïm Perelman (1912–1989) que não há argumentos certos ou errados, mas fortes

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz de Direito.

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005, p. 392.

<sup>2</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes”. V. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 114.

e fracos, relevantes ou irrelevantes<sup>3</sup>. O decurso do tempo permite a compreensão como atividade produtiva, em torno da qual não existe uma captação acabada, dado que o sentido do texto se renova infinitamente, porque o saber nunca se esgota<sup>4</sup>.

Imbuído desse sentimento, vamos entender os modelos segundo a percepção de Miguel Reale (1910–2006), ou seja, como uma espécie do gênero estrutura, tratando de um conjunto de elementos que se correlacionam e se implicam, a ponto de entender o conjunto como um campo unitário de significações<sup>5</sup>.

Para Reale, os modelos determinam os sentidos das leis. Cada ordenamento possui um *numerus clausus* de fontes<sup>6</sup>, sendo a lei a fonte por excelência, especialmente nos ordenamentos de tradição romano-germânica<sup>7</sup>. No entanto, as leis se sujeitam à mutação histórica, em razão de que a sua significação necessita continuamente de ajustes às supervenientes conjunturas<sup>8</sup>.

Portanto, segundo entende o filósofo, a lei desprende-se da vontade do legislador quando promulgada<sup>9</sup>, dada a prevalência do caráter prospectivo das normas. Isto é, a norma se volta para o futuro e não deve voltar-se a interpretação para o passado (retrospecção). Como as fontes não se vinculam ao passado, mas ao futuro, fica fácil perceber o conteúdo das fontes em termo de modelos jurídicos<sup>10</sup>.

Em resumo, os modelos jurídicos são "formas de compreensão e atualização do conteúdo das fontes do direito"; e, por isso, "são dotados da mesma força objetiva e positiva de obrigatoriedade já atribuída às fontes"<sup>11</sup>. O jurista conceitua modelo jurídico como uma "estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios"<sup>12</sup>. Assim sendo, o modelo jurídico pressupõe: (I) dados de atos e fatos; (II) uma ordenação

<sup>3</sup> “Ética e Direito”. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 203.

<sup>4</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit. pp. 393, 395 e 399.

<sup>5</sup> A relação entre fonte e modelo foi apresentada por Miguel Reale na obra Lições Preliminares de Direito em 1973.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. "Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico". São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>7</sup> O séc. XIX é o chamado de benthiano (em referência ao inglês defensor das codificações Jeremy Bentham), justamente porque nele se determinou na Inglaterra a prevalência da lei sobre o common law. Em todos os países ocidentais ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes, até mesmo na Inglaterra, a despeito de não possuir um código (cf. BOBBIO, Norberto. "O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito". Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 120).

<sup>8</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 23.

<sup>9</sup> Ibid p. 25.

<sup>10</sup> Ibid, p. 28.

<sup>11</sup> Ibid p. 38.

<sup>12</sup> Ibid p. 48.

racionalmente garantida; (III) o propósito de realizar valores ou impedir desvalores<sup>13</sup>. Por tal razão, quando se trata de modelos, não se fala de modelos ideais, mas fundados em dados da realidade.

Ao propor o termo modelo jurídico em complemento à teoria das fontes, Reale afasta a ideia de modelos (jurídicos) como mera criação da imaginação humana, sendo isto o que diferencia os modelos jurídicos dos modelos hermenêuticos. Desta maneira, o ordenamento não deve ser visto como um mero ajuntamento de leis desconexas. Muito pelo contrário, os seus elementos se *articulam racionalmente*, cabendo deles se retirarem as contradições<sup>14</sup>.

Os modelos surgem no contexto da experiência, como objetos histórico-culturais<sup>15</sup>. As decisões judiciais, por conseguinte, permitem a sua perene atualização. Destacam-se, assim, os modelos jurisdicionais. A jurisdição é um poder constitucional de explicitar normas jurídicas e, entre elas, estão os modelos jurisdicionais<sup>16</sup>. O poder decisório desenvolve-se, de maneira normal, pelo simples ato de decidir e, de modo excepcional, quando o juiz precisa suprir uma lacuna.

Destarte, como justifica Reale, daí advêm duas espécies de modelos jurisdicionais, a saber: (I) os de segunda ordem (inferiores), decorrentes da aplicação em concreto da hipótese legal em abstrato e (II) os de primeira ordem (superiores), decorrentes da lacuna, que representam a modalidade mais importante.

Para haver fonte do direito é necessária a coexistência do poder de decisão. Assim, "a fonte do direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente"<sup>17</sup>. Explica o autor que o conteúdo de uma fonte, às vezes, é formado de diretrizes normativas imutáveis (válidas para qualquer tempo, como a do Código Civil que estabelece a menoridade). Outras vezes, o conteúdo depende de eventos factuais ou, como ele próprio afirma: "[...] de exigências axiológicas mutáveis, importando em interpretação diversa daquela que estava inicialmente na intenção do legislador ou dos contratantes, projetando-se, desse modo, livremente, no plano da experiência jurídica concreta"<sup>18</sup>. Neste mesmo sentido, Couture já afirmara que o sentido original da lei adapta-se às necessidades do futuro. Eduardo Couture ainda lembra que a interpretação progressiva, que busca adaptar a lei ao futuro, já aparece na doutrina de Binding,

<sup>13</sup> Ibid, ibdem.

<sup>14</sup> Ibid p. 41.

<sup>15</sup> Ibid pp. 49-50.

<sup>16</sup> Ibid p. 69.

<sup>17</sup> Ibid, p. 15.

<sup>18</sup> Ibid, p. 22.

Köhler, Hölder (1891) e Arturo Rocco (1906)<sup>19</sup>.

Reale contrapõe a noção de modelos hermenêuticos a de modelos jurídicos, porque apenas os últimos possuem natureza prescritiva<sup>20</sup>. O próprio ordenamento como um todo é um macromodelo jurídico, que confere asilo a diversos outros submodelos. Portanto, a doutrina não será fonte do direito neste rigoroso sentido do termo. Com efeito, ela não gera modelos jurídicos, exceto modelos hermenêuticos (dogmáticos).

Os modelos hermenêuticos, ocorrem no momento em que a dogmática elabora juízos a partir de um sistema de normas, mas nem tudo no plano hermenêutico implica um modelo hermenêutico, porque, para haver modelos, é preciso haver características estruturais. O intérprete cria modelos porque precisa atender às mutações e imprevistos da vida social, mas sem pôr em risco a segurança e a certeza<sup>21</sup>. O pensamento de Reale vai muito próximo ao que pensa Derrida. Para este filósofo, o direito está construído sob “camadas textuais interpretáveis e transformáveis”, que precisam ser desconstruídas, ou melhor, transformadas em justiça<sup>22</sup>.

A compreensão das leis se submete às estruturas dos modelos. Assim, um juiz inclinado a compreender o conteúdo do ordenamento a partir de seu resquício autoritário dificilmente será capaz de adotar posições garantistas. Assim, será de grande utilidade resumir os requisitos fundamentais apontados por Reale acerca da interpretação: 1. toda interpretação é axiológica; 2. toda interpretação dá-se em um contexto; 3. nenhuma interpretação pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação dos modelos jurídicos; 4. toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão, ao mesmo tempo, retrospectiva e prospectiva; 5. a interpretação tem como pressuposto a recepção dos modelos como entidades lógicas e axiológicas; 6. entre as várias interpretações possíveis, cabe optar pela que mais corresponda

<sup>19</sup> “Interpretação das Leis Processuais”. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. “Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37. Chama-se de discurso prescritivo aquele cuja função não seja a de formular e transmitir informação de conhecimento, senão modificar, influenciar ou dirigir o comportamento dos homens. A linguagem prescritiva se contrapõe à linguagem descritiva (cognoscitiva, indicativa). Os enunciados prescritivos são imperativos ou deônticos (de dever, obrigação, proibição, permissão). Não se podem atribuir valores de verdade aos enunciados prescritivos, não podendo afirmar-se se são verdadeiros ou falsos, ao contrário do que ocorre com os enunciados descritivos (cf. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 88 a 95).

<sup>21</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 110.

<sup>22</sup> Cf. “Força de Lei: o fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26.

aos valores éticos da pessoa e da convivência social<sup>23</sup>.

Sem dúvida, a contemporaneidade nos convida a adotar um determinado modelo hermenêutico, o qual se converte, pelas decisões judiciais, em modelo jurisdicional, alimentando e atualizando continuamente o macromodelo jurídico formado a partir do ápice constitucional<sup>24</sup>.

Compreender, portanto, é fundir o passado ao presente, não cabendo à hermenêutica dissimular a permanente colisão entre texto (passado) e presente. Um texto legal precisa ser compreendido de uma nova maneira em cada situação concreta, sem se submeter, invariavelmente, às compreensões passadas<sup>25</sup>. Transportando esta concepção para o processo penal, o compreender não se resigna com as interpretações dadas a casos passados, mas precisa ser enfrentada individualmente, de maneira que se opera a permanente atualização da lei. Nenhuma lei é capaz de reproduzir as situações particulares dos casos individuais, em função de que compete ao intérprete produzir significados com vistas a este desiderato.

A lei não resulta de um processo industrial de produção de significados. O seu sentido locomove-se livremente no tempo e espaço, formando, assim, um conteúdo histórico. No entanto, ao jurista não se admite o mero papel de aplicar os significados resultantes do desenvolver histórico. Diante de um caso concreto, o juiz, à custa da intervenção determinante das partes, deve produzir o seu próprio significado, tendo como ponto de partida – e não de chegada – todos aqueles que foram historicamente construídos, sem se denotar que a produção do sentido corra ao seu alvedrio.

<sup>23</sup> REALE, Miguel. "Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico". São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 111-112.

<sup>24</sup> Compete advertir que, quando empregamos o termo modelo hermenêutico em relação ao padrão interpretativo da Corte Marshall, pode parecer que estamos dando-lhe um sentido muito mais abrangente daquele utilizado por Miguel Reale, mas não acreditamos assim, levando em consideração as particularidades do common law.

<sup>25</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit. pp. 405 e 408. A interpretação progressiva, que busca adaptar a lei ao futuro, já aparece na doutrina de Binding, Köhler, Hölder (1891) e Arturo Rocco (1906). Cf. COUTURE, Eduardo J. "Interpretação das Leis Processuais". Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7. É exatamente isto o que afirma Jacques Derrida: "Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso" ("Força de Lei: o fundamento místico da autoridade". Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44).

## 2 JURADOS E COMUNIDADE DE INTÉRPRETES

Desde modo, inserido em uma comunidade, o juiz pode agir também como produtor de significados, podendo criar novos nomes ou ampliar o sentido dos nomes já existentes ou, até mesmo, excluir o sentido preconceituoso, v.g., inadequado ao princípio da autonomia cultural<sup>26</sup>. Mas isto não significa que ele produza decisões calcadas em suposições ideais irrefutáveis.

Assim, os sujeitos do processo, em um primeiro momento, e a comunidade de intérprete poderão comunicar-se, recepcionando ou repelindo os sentidos produzidos por todos os seus membros. As palavras não se reduzem aos sentidos finitos. Pelo contrário, em uma comunidade, mesmo as velhas palavras se renovam por meio de significados inteiramente diferentes do que originalmente possuíam.

As palavras são edifícios em constante construção; mesmo um sentido temerário hoje pode ser de uso corrente amanhã<sup>27</sup>. O sentido do texto jurídico não se reproduz em si mesmo, fora de sua aplicação real.

A história se reinventa. Novos problemas requerem novas respostas; não basta reciclar as soluções então desgastadas pelo avanço do tempo.

O presente solicita a presença do aplicador do direito de hoje, porque quem busca a vontade do legislador não tarda desvendar que sempre finda descobrindo a vontade variável no tempo. Diante da falibilidade de uma norma regressada para o passado, o magistrado ou o jurado que pertencem a uma comunidade de intérpretes não devem somente reproduzir os juízos endurecidos pela jurisprudência. Efetivamente, os precedentes subsistem como verdades consensuais estabelecidas pela comunidade de juristas em um instante findo<sup>28</sup>, mas não esgotam as infinitas possibilidade de se compreender a lei diante de um caso concreto, com a consequência de que casos semelhantes podem gerar decisões diversas, porque os

<sup>26</sup> Sobre princípio, cf. CERVINI, Raúl. "Os Processos de Descriminalização". Trad. Eliana Granja *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 143.

<sup>27</sup> Cf. LOCKE, John. Ensaio acerca do Entendimento Humano". Trad. Anuar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 183.

<sup>28</sup> Habermas estabelece o critério de verdade consensual, segundo o qual "o conhecimento de uma pessoa depende de outras pessoas que também conhecem" (ZILLES, Urbano. "Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência". São Paulo: Paulus, 2005, p. 135).

juizadores também são motivados por novas percepções subjetivas<sup>29</sup>. O que é justo aqui – acresce Perelman – pode ser ali, hoje e não amanhã<sup>30</sup>.

Sobre a importância da realidade, Konrad Hesse doutrina que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Como afirma, a pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente. Não é em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Conforme completa o professor da Universidade de Freiburg, em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição<sup>31</sup>.

Não obstante o decurso do tempo, a interpretação retrospectiva ocorre quando se buscam os significados originados preteritamente, isto é, de acordo com a comunidade de intérpretes de determinada época passada. Esta metodologia interpretativa ignora o momento presente do caso concreto, assimilando significados desligados das circunstâncias atuais da vida variante.

### **3 A REESTRUTURAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NAS DECISÕES DE FATO E DE DIREITO**

Diante deste quadro, como o sujeito pode defender-se, ou melhor, participar do processo de construção da decisão judicial? Como é possível a representação de algum papel no processo judicial? Na sociedade complexa, em que todos representam papéis, já não toma lugar uma posição simplista de separação hermética das pessoas. Luhmann explica que as

<sup>29</sup> PERELMAN, Chaïm. “Ética e Direito”. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 353. Este autor não negar ser o tribunal o auditório do juiz, mas também assenta que a personalidade deste agente cumpre papel decisivo no ato de decidir (op. cit., pp. 493 e ss).

<sup>30</sup> Ibid p. 374.

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. “A Força Normativa da Constituição (Die Normative Der Verfassung)”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 25.

partes e, até mesmo, o juiz representam papéis no processo<sup>32</sup>, assim como estão representando na sociedade. As partes não se apresentam tal como são, porquanto estão permanentemente representando.

Não é a oportunidade de se defender, irrestritamente, o Júri. Porém, não obstante seus vícios, não podemos ignorar que esta instituição se trata de uma cláusula pétrea, contra a qual não se suportam as investidas teóricas pela sua completa abolição. Desde esta perspectiva, temos de deitar vista nas causas de sua crise, alimentada por um modelo legislativo anacrônico e totalmente incompatível com o Estado Constitucional de Direito. Por isso, entendemos que o Tribunal do Júri, deve ceder a uma repaginação drástica, adequada ao enfrentamento de sua crise de legitimidade como sistema produtor de decisões justas.

Não podemos esquecer que os jurados devem ser selecionados desde os mais variados segmentos da sociedade. Mesmo assim, os jurados talvez ainda não sejam dotados de representatividade democrática substancial. É preciso não ignorar que os juízes de fato estão sujeitos às influências externas e aos valores de desigualdades de sua própria classe social, mais do que os juízes técnicos<sup>33</sup>, tornando perigoso o sistema de motivação íntima. Por outro lado, como aponta Aury Lopes Jr., os juízes leigos não distinguem a prova do processo da prova pré-processual, o que já seria suficiente para se advogar a exclusão física do inquérito dos autos do processo levado a julgamento popular<sup>34</sup>. Dentre tantas falhas, os fundamentos democráticos do Júri são justamente questionados pela doutrina crítica mais autorizada.

Carrara (1805–1888) destaca que os juízos criminais somente podem ser exercidos por juízes cidadãos, tirados dentre representantes do povo (leigos), ou por juízes magistrados (técnicos), contratados pelo governo<sup>35</sup>. Muito embora fosse discípulo de Carmignani, um crítico inflexível da instituição, e também reconhecesse existir entre os italianos uma antipatia para com os jurados, Carrara defendeu o tribunal popular como símbolo de liberdade<sup>36</sup>.

Em sentido oposto, Carmignani criticava o Júri por causa do sistema de decisões imotivadas<sup>37</sup>, ou seja, suas decisões não se baseavam em juízos condenatórios de certeza, o que impediria o sistema penal de cumprir funções políticas – defesa dos membros sociais e

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. “Legitimação pelo Procedimento”. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 74.

<sup>33</sup> LOPES JR, Aury. “Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

<sup>34</sup> Ibid p. 151.

<sup>35</sup> “Programa do Curso de Direito Criminal”. V. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 245.

<sup>36</sup> Ibid p. 253.

<sup>37</sup> Ibid p. 267.



deveres de justiça, "ou seja, a tutela da inocência contra o ataque de acusações errôneas e contra condenações precipitadas"<sup>38</sup>. Todas estas críticas continuam pertinentes, notadamente sob a ótica de um sistema garantista.

O Júri exprime um símbolo de liberdade, mas não de um lugar de decisões simbólicas. Como alternativa aos seus problemas, vem em boa hora a proposta de adoção de um regime escabinado, formados por juízes técnicos e leigos, como já vem sendo empregado na Alemanha, França, Itália e Portugal<sup>39</sup>. Enquanto o Júri segue em decadência, com exceção dos países do *common law*, o escabinado se consolida, tornando-se o modelo que mais avança entre os países civilizados<sup>40</sup>. No escabinado, como explica Aury Lopes Jr., "os juízes leigos e os profissionais forma um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro"<sup>41</sup>.

Mesmo no *common law*, o Júri teve o seu prestígio abalado. Por mais de vinte anos, desde 1973, funcionaram no Reino Unido as *Cortes Diplock*, como parte de uma legislação de emergência criada para garantir a sustentabilidade política da reação punitiva contra o avanço da violência terrorista na Irlanda do Norte. Formalmente, estas Cortes eram Júris constituídos não por juízes leigos, mas por um juiz técnico com poderes inquisitórios. A distorção dos aspectos acusatórios do Tribunal Popular somente foi estabelecida dessa maneira, depois que a chamada *Comissão Diplock*, criada para estudar o avanço terrorista do grupo separatista IRA, concluiu que o julgamento por juízes de fato levaria a tantas absolvições, que estariam comprometidas as bases políticas para uma reação punitiva eficaz<sup>42</sup>.

Mesmo havendo inconvenientes, as desvantagens do escabinado são menores que as do Tribunal do Júri<sup>43</sup>. Digo mais. Em um sistema constitucional que se orienta para uma reviravolta no conceito de soberania, onde as decisões do Estado se submetem aos valores humanos da jurisdição internacional, também devemos revisar o que se entende por soberania dos veredictos dentro de um quadro garantista ou, para melhor dizer, de forma que toda decisão sobre a culpabilidade de alguém seja assegurada, efetivamente, de garantias mínimas. Isto significa que já se deve pensar em um Conselho de Sentença também formado por juízes técnicos.

<sup>38</sup> Apud CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 272.

<sup>39</sup> LOPES JR, Aury. Op. cit. p. 158. Países de tradição socialista-marxista também já empregam com ênfase o esforço da justiça popular.

<sup>40</sup> MARQUES, José Frederico "A Instituição do Júri". Campinas: Bookseller, 1997, p. 35.

<sup>41</sup> LOPES JR, Aury. Op. cit. p. 158.

<sup>42</sup> cf. CHOUKE, Fauzi Hassan. "Processo Penal de Emergência ". Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pp. 107, 108, 110 e 111.

<sup>43</sup> LOPES JR, Aury. "Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 160.

Dessa forma, seria possível confiar ao Tribunal do Júri não apenas o poder de decidir sobre a responsabilidade penal de alguém, mas até mesmo questões processuais, especialmente as que digam respeito ao direito de recorrer em liberdade. Pelo sistema vigente, a apreciação da prisão decorrente de sentença, ainda sem o trânsito em julgado, cabe, inteiramente, ao juiz presidente do Júri, sem que os membros deste órgão, possam interferir no ato.

No Júri, também está em julgamento a noção que temos da democracia. Num tribunal misto, a decisão sobre a liberdade do réu possui um matiz político único em seu gênero. Assim, seria viável admitir que os jurados pudessem decidir sobre o direito de recorrer em liberdade, notadamente que com relação ao conceito de ordem pública para fins de decretação da prisão cautelar.

Sem fugir do assunto, não é correto afirmar que o tribunal popular apenas decide questões de fato. Como afirma Frederico Marques, “o júri e o juiz possuem atribuições funcionais distintas, mas não é na separação do direito e do fato que se dividirão as competências de um e de outro”<sup>44</sup>. Ninguém pode duvidar de que seja necessário aprimorar o sistema de participação dos jurados, para que também respondam a outras questões de interesse social.

A ordem pública, como fundamento para a decretação da prisão cautelar (art. 312, CPP), guarda em si um resquício autoritário, quando relegada à apreciação de magistrados togados, mas já não podemos afirmar o mesmo quanto aos jurados leigos. No âmbito estrito do tecnicismo judicial, são repelidos do conceito de ordem pública, v.g., a repercussão social e a periculosidade da agente, ao passo em que se valorizam os fatores concretos, que estejam demonstrados, explicitamente, no processo<sup>45</sup>. Dessa forma, os juízes togados, enquanto incapazes de sentir a realidade social além das folhas do processo, acabam ignorando muitos *fatores concretos* que poderiam determinar a noção de ordem pública, para fins de restrição ao direito de liberdade. Para restaurar o prestígio do Júri, o tribunal escabinado poderia conciliar o tecnicismo dos juízes togados com a representatividade dos leigos.

Em larga escala, os problemas da instituição do Júri não são, de fato, sua exclusividade, mas decorrem em larga escala da sua relação com o Judiciário. Com efeito, o Júri, órgão que constitucionalmente não integra este Poder, tem recebido dos juízes técnicos um tratamento menos destacado do que em realidade mereceria. O Júri continua – e

<sup>44</sup> MARQUES, José Frederico. “A Instituição do Júri”. Campinas: Bookseller, 1997, p. 72.

<sup>45</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 68.578/CE, 5ª T., Rel. Gilson Dipp, j. 05/12/06, DJ 05/02/07.

continuará – sendo a expressão máxima de participação popular nos assuntos judiciais. Porém, somente havendo uma ampla reforma desta instituição, será possível torná-la a mais importante ação concreta de legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade.

O conceito de ordem pública pode perder-se nos labirintos da linguagem técnica, porém, isso não se dá entre os jurados populares. O fato é que o Júri, não obstante os inúmeros ataques sofridos ao longo da história, continua sendo a maneira pela qual a nossa sociedade escolheu para defender o seu bem jurídico mais valioso. E se, precisamente, a sua competência ainda não foi ampliada para outras infrações menores, isso ocorre por razões práticas, sobre as quais não nos cabe discorrer neste momento.

#### **4 QUESITO ESPECIAL SOBRE A NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE POR MOTIVO DE ORDEM PÚBLICA**

A desintegração do conceito *defesa social* tem contribuído para uma crise no processo penal brasileiro, não tendo havido uma definição clara em conceitos abstratos que fazem parte do processo decisório, especialmente o conceito de ordem pública para fins de determinar a prisão cautelar.

A decretação da prisão preventiva por motivo de ordem pública trata-se de um traço marcante do processo impositivo de política pública em nosso ordenamento. No modelo constitucional do Tribunal do Júri, entendo que os valores da soberania dos veredictos podem ser enquadrados em uma nova perspectiva, de modo que os jurados possam indagados pelo juiz presidente para outras questões reais que envolvem o efeito da decisão e a necessidade de prisão para recorrer em liberdade.

Entendo ser possível confiar ao Tribunal do Júri não apenas o poder de decidir sobre a materialidade e autoria de um fato, mas inclusive o de definir materiais concretas, mesmo as que digam respeito ao direito de recorrer em liberdade.

Pelo sistema vigente, a apreciação da prisão decorrente de sentença cabe, inteiramente, ao juiz presidente do Júri, sem que os membros deste órgão, possam interferir no ato.

No Júri, também está em julgamento a noção que temos da democracia e esse conceito não se restringe a definir a hipótese de condenação ou absolvição de alguém, mas inclusive podendo interferir nos efeitos imediatos dessa decisão.

Em casos de reiteração delitiva, que justifiquem objetivamente a demonstração do requisito da ordem pública, entendo que poderia ser confiado aos jurados o poder de decidir pela negativa do direito de recorrer em liberdade.

Apenas naqueles casos em que o réu vem a ser condenado por crime posterior, independentemente do trânsito em julgado, não vejo impedimentos, de acordo com o princípio democrático, de que o Juiz de Direito chame o corpo de jurados para decidir. Caberia ao juiz elaborar um quesito especial em que os jurados responderiam também sobre o direito de recorrer em liberdade, notadamente que com relação ao requisito de ordem pública para fins de decretação da prisão cautelar.

Ninguém pode duvidar de que seja necessário aprimorar o sistema de participação dos jurados em uma perspectiva democrática, respondendo a questões diretamente relacionada à ordem pública. A ordem pública, como fundamento para a decretação da prisão cautelar (art. 312, CPP).

Nos termos da Súmula nº 156, do STF, a falta de quesito obrigatório é nulidade absoluta que causa a nulidade do julgamento. Não há impedimento de o julgador apresentar ao Júri quesito não obrigatório, igualmente não havendo riscos de nulidade do julgamento.

De fato, foi Liszt o responsável pela separação entre o Direito Penal e a política criminal e foi por isso que durante muito tempo o juiz ignorou o caso concreto, tornando-se um autômato das fórmulas penais abstratas<sup>46</sup>.

É assim que a velha abstração teórica que até então dominou o Direito Penal deixa penetrar-se pela valoração político-criminal e, a partir daí, a solução penal justa passa a depender não apenas dos elementos sistêmicos distantes da realidade, mas principalmente das particularidades do caso concreto. Proclama assim Roxin que “só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta”<sup>47</sup>.

Com efeito, os resultados da política criminal verdadeira são sentidos apenas no caso concreto. Por tudo, o juiz presidente do Júri pode assim submeter aos jurados quesitos especiais, não obrigatórios, a fim de que a solução de sua decisão seja a mais apropriada ao caso.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000, p. 8.

<sup>47</sup> Ibid p. 83.

Não posso ignorar a realidade de desintegração social por que passa o Brasil. As soluções de vingança privada em ampla expansão são prova de uma desintegração social decorrente de um sistema jurídico que historicamente ignorou a sociedade e que agora está sendo ele próprio ignorada pela sociedade.

Isso ocorre devido à construções teórica que ignoram aspectos da democracia na sociedade complexa. Há equação que explica essa desintegração social. Chama-se de trilema regulador por Günter Teubner<sup>48</sup>. Como explica Balcarce, o “trilema regulador” (regulatorisches Trilemma) funda-se em três questões cruciais: “(a) a indiferença recíproca entre Direito e sociedade; (b) a desintegração social mediante o Direito e (c) a desintegração do Direito por meio de expectativas excessivas da sociedade”<sup>49</sup>.

Ao juiz cabe, sempre que possível e diante do caso concreto, tomar a audiência do Tribunal do Júri para os efeitos práticos de sua decisão. Portanto, depois do quesito genérico da defesa, em sendo rejeitada a tese da Defesa, seria submetido aos jurados o seguinte quesito especial, que poderia ser assim redigido: *Em tendo sido o réu condenado a crime de roubo depois do fato, o réu deve ter o direito de recorrer em liberdade negado por motivo de ordem pública?*

## REFERÊNCIAS

BALCARCE, Fabián I. **Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina**. Revista *Liberdades*. Revista nº 12: Janeiro - Abril de 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. v. 2, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

<sup>48</sup> Herzog, Félix. Límites al control penal de los riesgos sociales – Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. Elena Larrauri Pijoán y Fernando Pérez Álvarez, jan.-abr, 1993, p. 194-195, *apud* BALCARCE, Fabián I. *Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina*. Revista *Liberdades*. Revista nº 12: Janeiro - Abril de 2013.

<sup>49</sup> BALCARCE, Fabián I. *Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina*. Revista *Liberdades*. Revista nº 12: Janeiro - Abril de 2013.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed., Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999.

HERZOG, Félix. **Límites al control penal de los riesgos sociales – Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Trad. Elena Larrauri Pijoán y Fernando Pérez Álvarez, jan.-abr, 1993, p. 194-195, apud BALCARCE, Fabián I. Direito penal dos marginalizados linhas da política criminal argentina. Revista Liberdades. Revista nº 12: Janeiro - Abril de 2013.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Sergio Antonio Fabris, 1992.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Trad. Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes**. v. 2, Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

ZILLES, Urbano. **Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência**. São Paulo: Paulus, 2005.