

A inconstitucionalidade da votação secreta do Tribunal do Júri

LUCIANO ROBERTO GULART CABRAL JÚNIOR*

Resumo: A votação secreta do Tribunal do Júri brasileiro é prevista no artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.689/2008. Durante o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, os Jurados fazem-no reservadamente, em uma sala secreta (especial), inacessível ao público e ao réu. Apenas os Jurados, o Juiz-Presidente, o representante do Ministério Público, o assistente de acusação, o querelante, o defensor do acusado, o Escrivão e o Oficial de Justiça presenciam a votação dos quesitos. Na falta desse local, determina-se a retirada dos presentes e do acusado do plenário, permanecendo exclusivamente as pessoas retromencionadas. O escopo e o problema de pesquisa do presente artigo centram-se, por intermédio do método de abordagem dedutivo através de pesquisas bibliográficas, na análise da constitucionalidade da votação secreta do Júri à luz da publicidade dos atos processuais e da plenitude de defesa.

Palavras-chave: Votação secreta; Tribunal do Júri; Publicidade dos atos processuais; Plenitude de defesa.

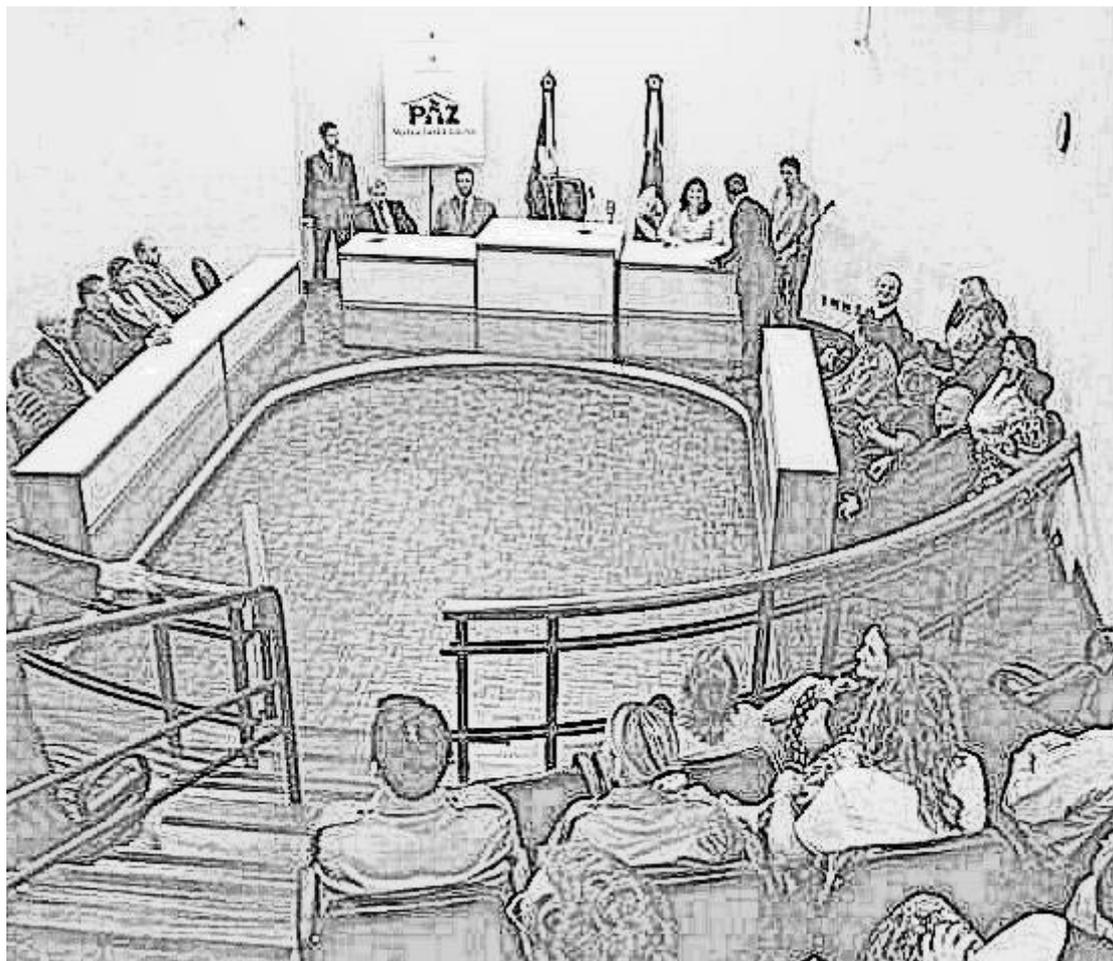
The unconstitutionality of the secret voting of the Jury Court

Abstract: The secret voting of the Brazilian Jury Court is provided for in Article 485, *caput* and § 1º, of the Criminal Procedure Code, as amended by Law nº 11.689/2008. During the trial of crimes against life, the Jurymen do it privately, in a secret room (special), inaccessible to the public and the defendant. Only the Jurymen, the Chief Judge, the public prosecutor, the assistant prosecutor, the prosecutor, the defender of the accused, the scrivener and the bailiff witness the voting of the questions. In the absence of such a place, is determined the withdrawal of the gifts and of the accused from the plenary, staying solely the people indicated. The scope and the research problem of this article focus, through the deductive method of approach through bibliographic research, in the analysis of the constitutionality of the secret voting of the Jury in light of the publicity of procedural acts and of the defense fullness.

Key words: Secret voting; Jury Court; Publicity of procedural acts; Defense fullness.



* **LUCIANO ROBERTO GULART CABRAL JÚNIOR** é mestrando em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande, advogado.



1. Introdução

Hodiernamente, os Estados democráticos estão fundados na transparência e na publicidade dos atos estatais. Isso permite uma participação e um controle mais efetivo pela sociedade, aproximando-a das ações que são atinentes. A Constituição Federal brasileira de 1988, oriunda de um ambiente pós-ditadura, exaltou a predominância publicista dos atos processuais, erigindo como regra a publicidade, excepcionando, portanto, o sigilo.

Por outro lado, como tentativa de adequação a um modelo não inquisitório de persecução penal, a garantia à ampla defesa também possui previsão da Lei Magna, assegurando

aos litigantes em processo judicial ou administrativo o seu manejo com os respectivos meios e recursos que lhe são pertinentes – no Júri a ampla defesa especifica-se à plenitude de defesa.

Todavia, o Código de Processo Penal nacional estatui a denominada sala secreta (ou sala especial), ambiente em que os Jurados julgam os crimes submetidos à competência do Tribunal do Júri na presença tão somente do Juiz-Presidente, do representante do Ministério Público, do defensor do acusado, do assistente de acusação, do querelante, do Escrivão e do Oficial de Justiça. Na ausência da sala secreta, o Juiz-Presidente determina a retirada dos presentes e do acusado do plenário para possibilitar o escrutínio.

Analisar-se-á, portanto, a inconstitucionalidade da votação secreta do Júri à luz da publicidade dos atos processuais e da plenitude de defesa. Sublinhe-se: discorrer-se-á sobre a *votação*, e não sobre o *voto* dos Jurados. A diferença é singela: o voto é a decisão isolada de cada membro do Tribunal do Júri acerca da matéria que lhe é submetida; é o "sim" ou o "não" como resposta a cada quesito. A votação, de outra banda, é o ato solene em que os Jurados votam; é o momento em que o voto é proferido; é o entorno que circunscreve a ocasião do julgamento. Este, portanto, o problema de pesquisa: a votação secreta do Tribunal do Júri, prevista no artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei nº 11.689/2008, é inconstitucional, por violar a publicidade dos atos processuais e a plenitude de defesa do acusado?

2. Princípios constitucionais do júri

Os princípios constitucionais do Tribunal do Júri, elencados no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Lei Maior, são a plenitude de defesa (alínea "a"), o sigilo das votações (alínea "b"), a soberania dos veredictos (alínea "c"), e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (alínea "d").

A plenitude de defesa significa que não basta unicamente ser assegurado o direito à defesa do réu em um processo submetido ao Júri; há de se lhe assegurar uma defesa *plena*. E esse princípio se sobrepõe a outro do qual é espécie, qual seja, o da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal)¹. Consabido que são

¹ Vide, a título exemplificativo: "Ementa: Recurso ordinário em *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado. Tribunal do júri. Advogado constituído que, sem o conhecimento dos réus, deixou de apresentar alegações finais,

contrariedade ao libelo e recorrer da sentença de pronúncia. Prejuízo à defesa evidente. Recorrentes que, logo que cientes da inação de seu patrono, revogaram os poderes a ele conferidos, nomeando novo causídico, que imediatamente postulou a reabertura do prazo para alegações finais. Inocorrência de preclusão temporal. Constrangimento ilegal evidenciado. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário provido, todavia, para reconhecer o cerceamento de defesa e determinar a renovação dos atos processuais, mantida a situação prisional dos recorrentes. 1. No processo penal, para o reconhecimento da invalidade dos atos processuais não basta a desconformidade do ato com o modelo traçado pelo legislador, cabendo ao magistrado verificar a eventual ocorrência de prejuízo ao réu diante de cada caso concreto, de modo que os automatismos devem ser evitados. 2. *In casu* o defensor constituído pelos réus deixou de apresentar três peças processuais (alegações finais, recurso em sentido estrito e contrariedade ao libelo); assim, é evidente o prejuízo à defesa dos recorrentes, não sendo crível a tese esposada pelo acórdão hostilizado, de que a inércia do advogado poderia ser mera estratégia defensiva. 3. Somente após a não apresentação de contrariedade ao libelo, ou seja, passados quase dez meses sem qualquer manifestação defensiva nos autos, os réus foram intimados para informar se o advogado à época constituído ainda continuava patrocinando seus interesses; quando o recomendado seria que os recorrentes logo após o transcurso do prazo para a apresentação de alegações finais fossem cientificados que estavam sem defesa e, no caso de eventual inércia, fosse nomeado defensor dativo, dando-se, assim, efetividade ao princípio da plenitude de defesa. 4. Quando cientes da inação de seu patrono, os réus revogaram imediatamente os poderes a ele conferidos, nomeando novo causídico, que imediatamente postulou a reabertura do prazo para alegações finais ante o patente cerceamento de defesa, não se podendo falar, portanto, que as nulidades foram sanadas em razão da preclusão temporal. 5. A Constituição Federal de 1988 garante aos que serão submetidos a julgamento pelo Júri Popular a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII), princípio muito mais amplo e complexo do que a ampla defesa, sendo, desta forma, inadmissível que os réus fiquem tanto tempo indefesos em processo que apura a suposta prática de homicídio qualificado. 6. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. 7. Recurso provido, para reconhecer o

assegurados, aos litigantes e aos acusados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Todavia,

no caso do Tribunal do Júri, o constituinte foi mais longe. Não se contentou com o caráter genérico da ampla defesa, mas, sim, impôs a necessidade de 'defesa plena', ou seja, no caso concreto deve ser visualizada uma defesa efetiva e adequada (GOMES, 2010, p. 42-43).

O sigilo das votações garante que os Jurados exerçam sua função desprovidos de eventual receio de represálias que porventura pudessem ocorrer se seu voto fosse revelado. Assegura-se que a decisão de cada Jurado se mantenha em segredo, publicando-se somente o voto em si, sem vinculação ao seu autor.

A soberania dos vereditos torna a decisão dos Jurados imutável por qualquer outro órgão (inclusive pelo Poder Judiciário), significando que a Constituição Federal dá ao Júri *status de instituição máxima (porquanto única) de julgamento meritório dos crimes dolosos contra a vida*. Excepciona-se tal regra, entretanto, preconizando-se o princípio da plenitude de defesa, nos casos em que se admite a revisão criminal.

cerceamento de defesa decorrente da inércia do advogado em apresentar alegações finais, recurso em sentido estrito e contrariedade ao libelo, determinando-se a renovação dos atos processuais de acordo com as alterações incluídas pela Lei 11.689/08 no CPP, mantida a situação prisional dos recorrentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 22919/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 18/06/2009)

É assegurada a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, na forma tentada ou consumada, isto é, a Constituição Federal assegura ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra o bem jurídico vida, sem, no entanto, obstar-lhe o alargamento da limitação de atuação jurisdicional por intermédio da legislação ordinária. E assim o fez o Código de Processo Penal, no seu artigo 78, inciso I (com redação dada pela Lei nº 263/1948), atribuindo à competência do Júri os crimes conexos ou continentes aos de sua competência constitucional.

Todos estes princípios, pela interpretação e disposição constitucional, devem ser harmonicamente considerados a fim de que se evitem contradições entre eles. Nessa ocasião, ressalta-se – conforme se discorrerá ao longo deste artigo – que a plenitude de defesa e o sigilo das votações são incompatíveis com a votação secreta.

3. A votação secreta

O procedimento do Tribunal do Júri é traçado pelo Código de Processo Penal. O ato central decisório é disposto no artigo 485 (redação do *caput* alterada e dos parágrafos incluída pela Lei nº 11.689/2008):

Art. 485 do CPP: Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1º. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no *caput* deste artigo.

§ 2º. O juiz presidente advertirá as partes de que não será permitida qualquer intervenção que possa perturbar a livre manifestação do Conselho e fará retirar da sala quem se portar inconvenientemente. (BRASIL, 1941)

Os juristas, de um modo geral, aludem tão só à sala secreta do Tribunal Popular para corroborar (ou refutar) as alegações em prol da sua constitucionalidade. No entanto, possível a extensão das teses à hipótese em que inexistente a sala especial, o que enseja que os presentes e o acusado se retirem do plenário onde será procedida a votação, razão pela qual prescindível o enquadramento expresso – pois opera logicamente – daqueles fundamentos a essa última suposição.

Ademais, para depurar o tema, diga-se que o fato de o Júri ser uma garantia individual não lhe abstrai a natureza de *órgão do Poder Judiciário*, tendo como corolário a incidência dos princípios relativos a este – entre eles o da publicidade dos atos processuais e da plenitude de defesa –, no que for compatível, àquele. Majoritariamente é reconhecido o Júri como órgão do Poder Judiciário, embora dotado de especialidade. A disposição do Tribunal Popular na Constituição Federal como garantia individual atente muito mais ao intuito de considerá-lo cláusula pétrea do que a finalidade de excluí-lo do Judiciário. O artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 263/1948), proclamando que "no concurso entre a competência do júri e a de *outro* órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri" (grifou-se), bem como o fato de a solenidade ser presidida por um Juiz togado, demonstram que se trata de Instituição

integrante do Judiciário. (NUCCI, 2010, p. 728-729).

4. O contraponto: a constitucionalidade da votação secreta

Os juristas que não vislumbram na votação secreta do Júri a chaga da inconstitucionalidade, mas, reversamente, dizem-na constitucional, argumentam, em suma, que não há transgressão à garantia da publicidade dos atos processuais, pois: primeiro, na sala especial, fazem-se presentes os Jurados, o Juiz-Presidente, o Ministério Público, o assistente de acusação, o querelante, o defensor do acusado, o Escrivão e o Oficial de Justiça, desprendendo-se desta forma da concepção de "secreta"; segundo, assegura a defesa da intimidade dos Jurados, facilitando a livre manifestação da convicção por intermédio do voto; e, terceiro, o princípio constitucional do "sigilo das votações" é estendido ao ato de votar.

Exemplificativamente, Nucci (2012, p. 32-34) obtempera que se deve "salientar ser do mais alto interesse público que os jurados sejam livres e isentos para proferir seu veredito. Não se pode imaginar um julgamento tranquilo, longe de qualquer pressão, feito à vista do público, no plenário do júri."

Para Rangel (2008, p. 15), "é da essência do Tribunal do Júri a sala secreta, sala este inerente à garantia dada ao cidadão, investido, temporariamente, da função de julgar, de que sua convicção não será publicizada."

E Távora e Antonni (2009, p. 676) também não visualizam na votação secreta alguma inconstitucionalidade: "o sigilo das votações envolve o voto e o local do voto. Para evitar intimidação dos jurados, as votações ocorrem em

uma sala especial, com a presença das pessoas indispensáveis a esse ato processual”.

A despeito da carga teórica que dota as proposições *supra*, há, embora em número reduzido, juristas que a contraditam, indicando as razões pelas quais assim o fazem.

5. A violação à publicidade dos atos processuais

Na Constituição Federal, dois dispositivos, na perspectiva do enfoque deste artigo, tratam da publicidade dos atos processuais, a saber:

Art. 5º, LX: A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art. 93, IX: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.² (BRASIL, 1988)

O Código de Processo Penal, por sua vez, preceitua:

Art. 792: As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º. As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada. (BRASIL, 1941)

As exceções, então, à regra publicista, pela análise das normas legais supratranscritas, são: (a) a exigência da defesa da intimidade, (b) a exigência do interesse social, (c) a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo, desde que não prejudique o interesse público à informação, e (d) a possibilidade de acarretar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. Esses – e tão somente esses – os significantes que autorizam que o ato processual, que deve, em regra, ser público, assim não o seja.

Entretanto, não se verifica da previsão abstrata de usurpação da publicidade processual na votação secreta do Tribunal do Júri nenhum desses pressupostos. Com efeito, o Jurado, talvez principal ator do cenário que possa se argumentar preservação da intimidade, apesar da obrigatoriedade do serviço ao Júri, está imbuído de uma função de notório liame democrático. O Jurado, acobertado pela soberania de seu veredito, julga de modo irretocável pelos demais Tribunais do Poder Judiciário (a sua decisão deve ser a

² Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

última para o caso em julgamento). O seu suposto receio de votar e estar perante o povo ou o réu perde significado quando se constata que toda a instrução processual em plenário progride com a livre observação de pessoas alheias ao processo em si (público) e na presença do acusado. Aviltar a publicidade em prol da *defesa abstrata da intimidade* é sobremodo desarrazoado à sociedade e ao réu.

Ademais, não é exigido, com base no interesse social ou no interesse público, o afastamento da publicidade do julgamento pelos Jurados. E quanto aos demais requisitos, todos são *elementos que necessitam ser apreciados no caso concreto, e não de modo abstrato como o fez o Legislador ao instituir a votação secreta*.

Corroborando todo o apanhado, tem-se Tubenchlak, que assim leciona (1997, p. 128-129):

Examinando-se as disposições do Código de Processo Penal acerca da sala secreta, não se vislumbra nenhuma alusão à defesa da intimidade ou à exigência do interesse social ou público. Sendo indesmentível que a sala secreta ganhou assento na legislação ordinária elaborada em fase ditatorial (1941), o princípio da publicidade dos atos processuais e do julgamento viu-se inserido, pela primeira vez, justamente na Constituição atual, logo depois de findar-se outra longa ditadura. [...] *Ad argumentandum*, poder-se-ia até imaginar que os Jurados estariam em posição confortável para decidir, dentro de uma sala secreta. Todavia, indagamos: não haverá, certamente, maior responsabilidade, por parte dos 'juízes do povo', ao colocarem seus votos em urna, diante de um réu e dos circunstantes?

Tourinho Filho (1997, p. 98), da mesma forma, não vê empecilho ao julgamento em plenário, à vista do público:

Há entendimento no sentido de que a 'sala secreta' não mais se justifica. Na verdade, o que a Constituição exige é a sigilação na votação. Nada impede, pois, se proceda à votação *coram populo* [diante do povo], dès que preservado o sigilo. Aliás, ocorrendo a votação em plenário, o julgamento sobre se tornar mais democrático torna-se fiscalizável pelo olho do povo. Alega-se que os jurados decidindo em plenário podem sofrer pressão de terceiros presentes ao tribunal, através de gestos... Em primeiro lugar, cabe ao Juiz escolher os homens de bem da comarca para integrar a lista anual dos jurados; em segundo lugar, ainda que se admita tal hipótese, se pressão dever existir, obviamente não ocorrerá na hora do julgamento.³

Ainda, Tubenchlak (1997, p. 128-129) menciona que o julgamento pelos jurados na presença do público e do acusado trará benefícios moralizadores gerais, tanto no valor educativo à comunidade como cidadãos e futuros Jurados, como no afastamento de rituais desnecessários e inúteis, quanto na transparência do julgamento, repelindo especulações sobre o ocorrido na sala secreta. Além disso, "a publicidade é tanto uma garantia para o acusado quanto para a sociedade. Para o

³ Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 219-220) reformulou a sua conclusão, articulando: "há respeitável corrente entendendo que o Júri seria mais democrático se a votação fosse feita *coram populo*, na presença do povo. Não nos parece. [...] A preferência pela 'sala secreta' não incide na censura do inc. LX do art. 5º [da Constituição Federal]. Talvez até essa preferência tradicional pela 'sala secreta' seja para evitar eventuais interferências indesejadas de algum circunstante".

primeiro, contra as arbitrariedades do julgador; para a segunda, contra eventual prevaricação desse” (CARVALHO, 2007, p. 18).

Outro ponto que gera controvérsia e que está intimamente ligado à publicidade dos atos processuais é a abrangência da expressão "sigilo das votações" do artigo 5º, inciso XXXVIII, b, da Constituição Federal.

No voto proferido na ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 280/89, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 22 de maio de 1989, o Desembargador José Lisboa da Gama Malcher, com o escopo de delimitar a seara atuante do "sigilo das votações", destacou-a do "sigilo na votação". Perceba-se:

Ora, nossos constituintes, ao tratarem do Tribunal do Júri, em primeiro lugar o reconheceram como uma Instituição nacional, e ao fazê-lo, indicaram seus elementos essenciais, aqueles citados nas alíneas a até d do inciso trinta e oito do art. 5º da Constituição Federal. Ao cuidar das votações dos quesitos (núcleo do julgamento popular, de consciência) a Constituição determina que se mantenha 'o sigilo das votações' e não o sigilo na votação. A diferença é significativa: sigilo das votações é equivalente a voto secreto; e sigilo na votação corresponde a sessão secreta; e estas a Constituição proibiu, no inciso LX do mesmo art. 5º, salvo se necessárias para preservar a defesa da intimidade do réu ou das partes, ou se interesse social assim o exigir. Note-se que a Constituição usa votações (plural) significando resposta aos diversos quesitos submetidos,

sucessivamente, ao Conselho dos Jurados.

IV – Destarte, divergindo da doutra maioria, denegava a ordem por entender que, segundo a nova ordem constitucional, a votação dos quesitos pode se fazer em sessão aberta ao público (sessão pública) resguardando-se, como se fez, o sigilo das votações (voto secreto). (TUBENCHLAK, 1997, p. 367-369).⁴

Tourinho Filho também aduz que sigilo das votações não é sigilo na votação. Para este autor, "o que interessa mesmo é a 'sigilação do voto' e não 'do ato de votar'" (2010, p. 146).

A Constituição Federal, ao assegurar ao Tribunal do Júri o sigilo das votações, não aspirou estatuir uma *votação* secreta. Por isso mesmo se utilizou do plural, e não da forma singular do substantivo "votação". Ora, a votação é una, os votos é que são variados (um de cada Jurado e para cada quesito). A Lei Maior brasileira assegurou – isto sim – o sigilo do voto.

Se assim não o fosse, chegar-se-ia ao extremo de se admitir que, na presença das pessoas arroladas pelo *caput* do artigo 485 do Código de Processo Penal, estar-se-ia infringindo o preceito constitucional. Entretanto, não. O sigilo realmente é das votações (da manifestação da íntima convicção de cada Jurado consubstanciada no voto), e não na votação (no ato de votar).

⁴ Malgrado, o Tribunal decidiu consoante a seguinte ementa: "Ementa: Habeas Corpus. Processo de Júri. Votação dos quesitos em sessão pública. Inobservância do art. 481 do CPP [referência à redação original]. Nulidade reconhecida. Anula-se o julgamento quando a votação dos quesitos pelos Jurados é feita em sessão pública e não como determina o artigo 481 do CPP. A sala especial não se acha abolida pela nova Constituição Federal. Concessão da ordem." (TUBENCHLAK, 1997, p. 364).

Bustamante (1997, p. 372) entende que se a Constituição Federal quisesse instituir a sala secreta, expressamente o faria:

Em atenção ao Júri, a nova Carta só impõe, na realidade, o sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, b). Cotejando-se, agora, tal regra com o disposto no art. 52, incisos III e IV, da mesma Constituição, o que se constata é que, em relação à competência do Senado Federal, o Constituinte, além de estabelecer a votação secreta, previu a 'sessão secreta'. Ora, caso fosse essa a intenção do Constituinte, relativamente ao Júri, é óbvio que a expressão 'sessão secreta' também teria sido empregada no citado art. 5º, XXXVIII, b, ao lado do segredo do voto dos Jurados.

Enfim, até seria plausível a sala secreta nos Estados em que os Jurados se comunicam entre si sobre os fatos do julgamento. No Brasil, no entanto, impera a incomunicabilidade. Logo, injustificada a existência da votação secreta. Assegurando-se, por mecanismos idôneos, o sigilo dos votos – e essa é a extensão da expressão "sigilo das votações" do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, não se subsumindo ao sigilo na votação –, estar-se-á obedecendo aos preceitos da Lei Fundamental, o que não está a ser feito pelo artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.

6. Violação à plenitude de defesa

Haja vista que a liberdade é o bem jurídico que pode ser restringido em caso de condenação do réu em um processo penal, mister se lhe assegure defesa, oportunizando-lhe a exibição da sua versão dos fatos e postular a sua absolvição. Nesse diapasão, a plenitude de defesa é garantia individual do Júri, cujo beneficiário é o acusado.

A defesa, no processo penal, é *indeclinável* e deve ser *plena e efetiva*. Indeclinável, porque o acusado não pode renunciá-la; plena, pois deve se manifestar durante todo o procedimento processual; e efetiva, no sentido de substancial, vigorosa, suficiente, e não meramente aparente ou formal (MANZANO, 2010, p. 22).

Plenitude de defesa é espécie do gênero *ampla defesa*:

Ampla quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte do que o primeiro. Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana. A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa, em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude. (NUCCI, 2010, p. 83)

A Constituição Federal assegura a ampla defesa (e a plenitude de defesa

especificamente) aos acusados em processo judicial, como se nota:

Art. 5º, LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 5º, XXXVIII: É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa [...]. (BRASIL, 1988)

Semelhantemente procede a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), integrante do ordenamento jurídico brasileiro *ex vi* do Decreto nº 678/1992⁵:

Artigo 8º: Garantias judiciais.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992)

A ampla defesa (e conseqüentemente a forma de se externar a plenitude de defesa) se decompõe em *técnica* e

pessoal. A defesa técnica é indisponível e significa a assistência por uma pessoa detentora de conhecimentos teóricos do Direito, traduzido na figura de um profissional da advocacia (LOPES JR., 2004, p. 223-224).

Paralelamente, o próprio acusado de um processo penal exerce a defesa *pessoal*, de caráter disponível, resistindo à pretensão punitiva estatal. Lopes Jr. (2004, p. 227) classifica a *defesa pessoal* (ou autodefesa) em *positiva* e *negativa*. A primeira, de forma *comissiva*, compreende o direito de o acusado praticar atos para resistir à pretensão punitiva em prol de seu direito à liberdade. A segunda, de exteriorização *omissiva*, permite ao réu se abster a dar a mínima contribuição para atividade probatória dos órgãos estatais, inclusive se negando a declarar algo.

Não obstante seja faculdade do acusado, a autodefesa deve, ao menos, ser-lhe proporcionada, sob pena de nulidade absoluta por ferir garantia constitucional. E, em virtude do exposto, o *caput* e o § 1º do artigo 485 do Código de Processo Penal dilaceram o princípio da plenitude de defesa – o que sequer é relatado por aqueles que defendem a constitucionalidade da votação secreta. Verdadeiramente, pode-se concluir que a norma aludida simplesmente olvida da garantia individual constitucional referida.

É transparente o raciocínio: *na votação secreta, não se faz presente o acusado, sendo-lhe furtado o seu direito fiscalizatório do ato*.

O sigilo, quando existente, deve ser exclusivamente externo, devendo internamente (entre as partes) permanecer absolutamente público, sob pena de cerceamento de defesa (CABETTE, 2002, p. 30-31). Não é

⁵ A força normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, visto que aprovada pelo Congresso Nacional, é equivalente à de uma emenda constitucional, a rigor do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004), de seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

hábil ao pleno exercício da defesa (plenitude de defesa) a presença meramente do defensor na ocasião do julgamento pelos Jurados, pois deixa descoberto um dos vetores da ampla defesa, qual seja, a autodefesa – *o defensor corresponde tão só à defesa técnica*.

Ademais – por que não dizer? –, a votação sem a presença do acusado é totalmente discriminatória. A um, porque pressupõe que todo réu é desprovido de lealdade processual, e que irá intimidar os Jurados com o intuito de obter vantagem injusta; a dois, por presumir que todo Jurado é ingênuo, influenciável; a três – aí reside um constrangimento absurdo –, porquanto, na hipótese em que inexistente sala secreta, o acusado é retirado do plenário para que os quesitos sejam votados. O desprezo ao acusado no momento em que os Jurados votam remonta ao sistema inquisitório, onde o réu figurava exclusivamente como uma marionete do sistema punitivo estatal.

Portanto, a ausência do acusado durante a votação dos quesitos viola a plenitude de defesa, eivando de inconstitucionalidade, também por esse fundamento, o artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.

7. Considerações finais

É sabido que os preceitos das Constituições não podem ser compreendidos isoladamente, porque é necessário considerar a medida em que se interpenetram. Isto é, um preceito extravasa seu campo e imiscui-se no preceito de outra norma constitucional. Resulta-se daí uma interferência recíproca entre normas, exigindo uma interpretação sistemática e a exclusão da possibilidade de leitura isolada dos artigos para desvendar a vontade

constitucional. (BASTOS, 1995, p. 98-99)

Em virtude disso, não se pode interpretar o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *b*, de modo isolado, mas, inversamente, imperiosa a comunhão hermenêutica com a sua alínea irmã – que assegura ao Júri a plenitude de defesa – e com outro inciso originário do mesmo artigo – que afiança a publicidade dos atos processuais.

Em decorrência, a votação secreta instituída pelo Código de Processo Penal permanece maculada pela inconstitucionalidade por desprezar as garantias da plenitude de defesa e da publicidade dos atos processuais. Eis o desígnio da Lei Fundamental, ancorado no *princípio da unidade da constituição*, pois “dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta” (BASTOS, 1995, 99). Se se interpretasse o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *b*, à míngua dos demais, romper-se-ia a unidade orgânica da Lei Maior, o que é inadmissível.

Simultaneamente, a publicidade dos atos processuais e a plenitude de defesa, por serem garantias constitucionais, servem de pilastras às demais normas do ordenamento jurídico infraconstitucional (*princípio da supremacia da Constituição*). A falta de previsão pela Constituição Federal da sala secreta no Tribunal do Júri requer uma interpretação cautelosa do artigo 485 do Código de Processo Penal. Como ensina Canotilho (2000, p. 1310), o princípio da interpretação conforme a Constituição não deve deter-se exclusivamente a um meio de conservação das normas. Ao revés, é um *princípio de prevalência normativo-vertical* ou de *integração hierárquico-*

normativa. Deve-se partir da Constituição para se atingir o real significado (ou retirar a validade) de uma norma jurídica, e não o inverso.

Outrossim, analogamente à plenitude de defesa,

a questão da tutela da garantia constitucional da publicidade consiste em mecanismo que somente pode ser aferido a partir dos específicos balizamentos que o caso concreto revela. É dizer, o respeito ao imperativo de publicidade dos procedimentos administrativos e judiciais não pode fazer tábula rasa da possibilidade sempre presente de que as condicionantes matérias da espécie demandem uma proteção mais efetiva com relação à qual o Estado não pode imputar impacto desproporcional de direitos fundamentais individuais, cuja violação se torne irreversível (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 602).

Imprópria, portanto, a presunção de que os Jurados sofrerão invariavelmente a pressão intimidatória pela presença das partes e do acusado, devendo tal situação ser aferida no caso concreto para que se não aviltem desajustadamente garantias constitucionais.

A despeito do exame da constitucionalidade, outra questão exsurge: na hodierna conjuntura do *caput* e do § 1º do artigo 485 do Código de Processo Penal, se o Juiz-Presidente proceder à votação perante o público e o acusado, estar-se-ia incorrendo em nulidade? Responde Bustamante (1997, p. 374) negativamente, visto que

não sendo a 'sala secreta' elemento essencial do ato de votação, sua ausência não infirma nulidade. [...] O voto depositado secretamente é o que importa. A

essência desse ato é a manifestação da vontade do jurado, a qual, em consonância com a lei, se exterioriza assim de modo sigiloso e sem fundamentação.

Trata-se da aplicação do *princípio da instrumentalidade das formas*, segundo o qual somente serão "anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo, não o ato em si mesmo)" (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 368).

Enfim, a votação em sala secreta e a votação em plenário, mas na ausência do público e do acusado, ferem as garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da plenitude de defesa, acarretando, por consequência, a inconstitucionalidade do *caput* e do § 1º do artigo 485 do Código de Processo Penal.

E tal inconstitucionalidade – que pode ser classificada como material, por violar normas constitucionais relativas a garantias fundamentais – pode (e deve) ser extirpada do ordenamento jurídico pelos meios adequados para tanto. Assim, por meio do controle por via incidental da constitucionalidade, cabe ao Juiz-Presidente o encargo de negar vigência à redação do artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, no caso concreto sujeito ao Tribunal do Júri.⁶

O Tribunal do Júri possui como princípios constitucionais a plenitude de

⁶ Outrossim, os legitimados (artigo 103 da Constituição Federal) para propor a ação direta de inconstitucionalidade assim devem fazê-lo, com o escopo de, em decorrência da eficácia *erga omnes* que é adstrita à decisão desta ação, obstar que o dispositivo infraconstitucional retroreferido incida às situações fáticas concretas, realçando – como deve ser – a Constituição Federal em detrimento da norma jurídica que lhe é incompatível.

defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos, e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e o seu procedimento especial é arquitetado pelo Código de Processo Penal.

É sabido que as leis ordinárias devem obedecer à Constituição Federal. Essa é a Lei Fundamental do ordenamento jurídico de um Estado. Impera, assim, o princípio da interpretação conforme a Constituição. Uma norma jurídica que avilte a Lei Maior, conseqüentemente, é desprovida de força vinculativa.

Nessa imersão, a determinação legal (artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei nº 11.689/2008) no que concerne à votação secreta fere os princípios constitucionais da publicidade dos atos processuais e a plenitude de defesa. Isso porque, malgrado argumentos contrários, na votação secreta do Tribunal Popular não há interesse privado, nem público, nem social que autorizem que o julgamento se dê a portas fechadas; ao revés, o interesse da sociedade à publicidade dos atos processuais é evidente. Outrossim, a ausência do acusado no momento da votação lhe obsta de exercer sua garantia constitucional da plenitude de defesa (na sua versão de defesa pessoal), porquanto lhe é subtraído o poder fiscalizatório do ato.

Destarte, a votação secreta do Tribunal do Júri brasileiro, prevista no artigo 485, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei nº 11.689/2008, é inconstitucional, por violar a publicidade dos atos processuais e a plenitude de defesa do acusado – na subdivisão atinente à autodefesa.

Referências

ARAÚJO CINTRA, A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BUSTAMANTE, R. S. O júri e a nova constituição: a abolição da "sala secreta". Revista ADV/COAD, n. 22, 1989. In: TUBENCHLAK, J. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 370-374.

CABETTE, E. L. S. **O processo penal e a defesa dos direitos e garantias individuais**. Campinas: Péritas, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, D. E. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Márcio Schlee. **Júri: limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANZANO, L. F. M. **Curso de processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tribunal do Júri**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 15 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁVORA, N.; ANTONNI, R. **Curso de direito processual penal**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: jusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. v. 4. 18 eds. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 32 eds. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUBENCHLAK, J. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

Recebido em 2016-07-11
Publicado em 2017-04-01