TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE SOBRE A TESE DE CLEMÊNCIA*

Bruno Andrade da Rocha**

Rogério Santos Rammê***

RESUMO

As decisões proferidas pelo Tribunal do Júri têm respaldo constitucional e são soberanas. Entretanto, isso nunca impediu que a acusação recorresse da decisão do Conselho de Sentença, já que o próprio Código de Processo Penal prevê essa possibilidade. Ocorre que alguns tribunais estão reformando a decisão dos jurados pelo fato deles absolverem o acusado pela tese de clemência. Ou seja, os jurados reconhecem o réu como culpado, contudo, resolvem absolvê-lo por uma questão extrajurídica, como a clemência, por exemplo. Diante desse cenário, o presente trabalho recorreu à jurisprudência e à doutrina, para saber se é possível a absolvição do Conselho de Sentença pela tese de clemência, uma vez que não há decisão contrária à prova dos autos, mas sim, possivelmente, um sentimento de justiça pelo tribunal do povo que julga baseado nos pilares constitucionais da soberania e da íntima convicção dos seus veredictos.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Clemência. Soberania. Conselho de Sentença.

JURY COURT: AN ANALYSIS OF THE CLEMENCY THESIS

ABSTRACT

Decisions handed down by the Jury Court have constitutional support and are sovereign. However, this has never prevented the prosecution from appealing the decision of the Sentencing Council, since the Criminal

* Artigo apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista – IPA, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

** Graduando em Direito pelo Centro Universitário Metodista – IPA.

*** Orientador do Artigo. Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Ambiental pela UCS.

Procedure Code itself provides for this possibility. It turns out that some courts are reforming the jury's decision because they acquit the defendant for the clemency thesis. That is, the jurors recognize the defendant as guilty, however, they resolve to acquit him for an extra-juridical matter, such as mercy, for example. In view of this scenario, the present work has used jurisprudence and the doctrine to know if it is possible to acquit the Sentence Council for the thesis of leniency, since there is no decision contrary to the evidence in the records, but, possibly, a feeling of justice by the people's court that judges based on the constitutional pillars of sovereignty and the intimate conviction of its verdicts.

Keywords: Jury court. Clemency. Sovereignty. Judgmentcouncil.

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é estudar a soberania dos veredictos do Conselho de Sentença nos casos em que o acusado é absolvido pela tese de clemência. A questão é polêmica e mostra-se um dos temas de maior relevância no campo do Direito Processual Penal, haja vista o intenso debate jurisprudencial e doutrinário. Portanto, o problema investigativo que orienta a presente pesquisa é o seguinte: o Tribunal do Júri tem legitimidade para absolver o réu pela tese de clemência?

O tema central gerou contornos mais controversos após a reforma legislativa trazida pela Lei nº 11.689/2008, na qual estabeleceu como quesito genérico e obrigatório a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?”. É bom que se diga que tal quesito se justifica independentemente do reconhecimento de autoria e materialidade pelos jurados, sob pena de nulidade absoluta do julgamento.

Desse modo, os tribunais passaram a decidir sobre a soberania da tese de clemência, uma vez que o Ministério Público começou a questionar a validade dos veredictos do Conselho de Sentença pelo fato do acolhimento da tese não constar presente nos autos do processo.

Assim, criou-se um impasse no qual os tribunais já vêm enfrentando há um bom tempo sem, no entanto, nenhuma resolução

definitiva, de modo que este trabalho abordará a problemática sobre duas indagações, aqui descritas como hipóteses iniciais de pesquisa, quais sejam: (a) a tese de clemência é legítima, sob pena de ferir a soberania dos veredictos e a sistemática da íntima convicção do Conselho de Sentença; (b) a tese de clemência não é viável, visto que não há previsão legal para tanto, bem como seria contrária à prova dos autos.

Destarte, pretende-se trazer esse tema à discussão acadêmica com o intuito de demonstrar os diversos entendimentos pelos tribunais, bem como pela doutrina, para que assim possamos identificar a real soberania que o corpo de jurados possui na decisão do julgamento, tendo em conta a instabilidade que se criou pelo fato da Suprema Corte não ter ainda se manifestado de forma expressa sobre o presente tema tão sensível a todos cidadãos que visam um julgamento justo e sincero pelo tribunal do povo.

Trata-se de pesquisa qualitativa que adota como procedimento de interpretação o método dedutivo, baseada em fontes de pesquisa originárias da doutrina, jurisprudência dos tribunais superiores e legislações esparsas, pertinentes ao Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

A narrativa está estruturada da seguinte forma: inicialmente, analisam-se as noções históricas sobre o Tribunal do Júri. Na sequência, são analisados aspectos principiológicos do Tribunal do Júri, sob à ótica constitucional. A seguir são analisadas as teses principais que correspondem ao problema de pesquisa aqui proposto, a saber: a legitimidade da tese de clemência e a inviabilidade da tese de clemência. Por fim, analisa-se a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do problema investigativo aqui proposto.

Por derradeiro, esclarece-se que a presente pesquisa não tem o fito de esgotar toda matéria sobre o tema, e, sim, investigar os principais fundamentos proclamados pelos tribunais superiores, para que, ao final do trabalho, possa se chegar em uma das hipóteses mencionadas sobre o problema de pesquisa.

2. NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI

A *Oresteia*, tragédia grega de Ésquilo¹, apresentada pela primeira vez em 458 a.C, já dava sinais de como seria a metodologia do Tribunal do Júri moderno. A trilogia grega envolve os seguintes protagonistas: *Orestes* (acusado de ter matado a sua própria mãe), *Clitemnestra*, mãe de Orestes (assassina do pai de Orestes, seu marido, e vítima do matricídio), *Agamémnon* (pai de Orestes, e morto pela sua esposa Clitemnestra), *Erínias* (fúrias da vingança), deus *Apolo* (defensor de Orestes) e *Atena* (deusa da justiça).

Em brevíssima síntese, a peça revela o dinamismo de como foi constituído o julgamento de Orestes – autor do matricídio – e identifica similitudes que hoje ocorrem nos tribunais do mundo ocidental. Vejamos um trecho da peça:

ORESTES: Ele morreu ignominiosamente após o seu regresso a casa e foi a minha mãe, de negros desígnios, que o matou, envolvendo-o numa rede bordada, que foi boa testemunha do assassinio praticado no banho. E eu, ao chegar à minha pátria, depois de um longo exílio, matei a minha mãe, não o nego, punindo com o sangue a morte do meu pai adorado².

ATENA: A situação é, portanto, esta: acolhendo ou repelindo um dos dois partidos, assumo, irremediavelmente, uma dolorosa responsabilidade. **Mas atendendo à gravidade da questão, vou eleger juízes, obrigados por juramento, para julgarem os casos de sangue, criando assim um tribunal que funcionará para sempre.** Quanto a vós, reuni testemunhos e provas que, cobertos pelo juramento, auxiliem a justiça. **Eu voltarei, trazendo comigo os melhores dos meus cidadãos, para que eles decidam rectamente esta questão, sem em nada transgredirem a equidade e o seu juramento**³. (Grifos do autor)

¹ ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon – Coéforas – Euménides*. Tradução: Manuel de Oliveira Pulquerio, Coimbra: Edições 70, 2008, p. 10.

² Ibidem, p. 208.

³ Ibidem, p. 209.

Merece destaque essa parte do texto grifada acima, uma vez que o nosso próprio Código de Processo Penal, na forma do artigo 472⁴, também prevê um juramento pelo Conselho de Sentença.

Ademais, verifica-se, pela sequência da peça, que restou patente a absolvição de Orestes pela igualdade de votos dos cidadãos designados à causa. Interessante enfatizar que o Decreto nº 848, datado em 11 de outubro de 1890, no qual regulamentou o júri federal no Brasil, já previa essa modalidade de absolvição em caso de empate⁵:

Art. 42. As decisões do jury serão tomadas por maioria de votos. O empate será em favor do réu. [sic]

É nesse sentido que se desenvolve a absolvição de Orestes:

ATENA: Cabe-me pronunciar em último lugar. Juntarei o meu voto aos que foram dados a Orestes. É que eu não tive mãe que me desse à luz e, por isso, sou em tudo e de todo o coração pelo homem, pelo menos até que um dia eu venha a celebrar as minhas núpcias. Sou inteiramente a favor do pai. Assim não terei em conta especial a morte de uma mulher, que matou o marido, guarda do seu lar. Orestes será absolvido, mesmo em caso de igualdade na votação⁶. Tirei depressa os votos das urnas, juízes a quem compete esta tarefa.

⁴ Artigo 472 do CPP. Formado o Conselho de Sentença, o presidente levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: 'Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames de justiça.' Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: 'Assim o prometo.'

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2018

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 616.

⁶ Ibidem, p. 223.

ORESTES: Ó Febo Apolo, qual vai ser a sentença?⁷

CORIFEU: Ó noite, minha mãe negra, estás a ver o que se passa aqui?⁸

ORESTES: Vou ter que me enforcar ou continuarei a ver a luz?⁹

CORIFEU: E eu vou desaparecer ou conservar as minhas honras?¹⁰

APOLO: Contai bem os votos extraídos das urnas, ó estrangeiros, respeitando o princípio de não cometer injustiça no apuramento. Um voto a menos pode provocar uma grande desgraça; um voto a mais basta para levantar uma casa¹¹.

ATENA: Este homem está absolvido do crime de morte: o número de votos é igual para ambas as partes¹².

Vislumbra-se, portanto, pela sintetizada obra de Ésquilo aqui descrita, que já se pensava numa ideia de Tribunal do Júri há muito tempo, composto por cidadãos do povo, sob a presidência de uma autoridade e pela proposta de votos a serem depositados em urnas pelos jurados após a votação. Além disso, confere-se ainda, a reflexão de que a condenação só poderia ser concebida pela maioria de votos. A propósito, diga-se de passagem, é o que dispõe os respectivos artigos 487¹³ e 489¹⁴ do Código de Processo Penal brasileiro.

⁷ Ibidem, p. 223.

⁸ Ibidem, p. 223.

⁹ Ibidem, p. 224.

¹⁰ Ibidem, p. 224.

¹¹ Ibidem, p. 224.

¹² Ibidem, p. 224.

¹³ Artigo 487 do CPP. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá, em urnas separadas, as cédulas correspondentes aos votos, e as não utilizadas. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

¹⁴ Artigo 489 do CPP. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2018

Para além da mitologia grega, Menezes¹⁵ refere que o primeiro julgamento do Tribunal do Júri com mais autenticidade teria se dado na Inglaterra em virtude da Carta Magna de 1215, muito embora haja relatos de julgamentos dessa natureza há muito tempo, como na Grécia e na Itália.

Por outro lado, Paulo Rangel¹⁶ é categórico ao afirmar que o júri não nasceu na Inglaterra, garantindo que apenas temos as mesmas origens do júri inglês, pelo fato de Portugal e Inglaterra terem alianças em comum a partir do século XIX. É o que esclarece o jurista:

Que fique claro: o júri não nasceu na Inglaterra, mas o júri que hoje conhecemos e temos, no Brasil, é de origem inglesa em decorrência da própria aliança que Portugal sempre teve com a Inglaterra, em especial, depois da guerra travada por Napoleão na Europa, em princípios do século XIX, contra a Coroa inglesa, com consequências para o reino português, porém, terminando com a derrota de Napoleão, em 1814¹⁷.

Lenio Streck¹⁸ assegura que, na atualidade, o Tribunal do Júri na Inglaterra é composto por 12 jurados e um juiz togado, não se limitando a julgar apenas os delitos dolosos contra a vida, como acontece no Brasil. Trata-se do modelo clássico de júri, formado por cidadãos do povo que proferem o veredicto sem a intervenção do juiz togado no resultado.

¹⁵ MENEZES, Geraldo Hamilton. **Roteiro Prático do Júri**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.17.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 604

¹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 604.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz, **Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 76.

Rangel¹⁹ ainda explica que o número de 12 jurados para a composição do júri não é por acaso. Para o autor essa numeração é uma referência aos Doze Apóstolos de Cristo, que simbolizavam, à época, a verdade absoluta, a paz e a harmonia entre os homens e, por essa razão, suas decisões deveriam ser soberanas, seja qual fosse o resultado.

No restante do mundo, conforme assinala Mossin²⁰, o Tribunal do Júri passa a ser estabelecido somente após a Revolução Francesa, sendo constituído praticamente por todos países da Europa, salvo algumas exceções.

Nesse sentido, vale mencionar que, na França, onde o júri surgiu como forma de protesto ao governo absolutista, existe um sistema de júri distinto do inglês, uma vez que o modelo francês adotado é escabinato, tratando-se, portanto, de Conselho de Sentença composto por cidadãos do povo e juízes togados que proferem conjuntamente a decisão, enquanto que o modelo inglês adota o sistema clássico, sendo o veredicto proferido apenas pelos cidadãos do povo²¹.

Atualmente, apenas quatorze países do Continente Europeu não adotaram o Tribunal do Júri como forma de sistema de justiça, destacando-se entre eles a Holanda, Turquia, Romênia e Luxemburgo, em contrapartida mais de trinta países permitem o julgamento em alguma medida de júri pela sociedade²².

O gráfico abaixo demonstra de forma clara os países da Europa que adotam o Tribunal do Júri popular clássico, os que não adotam nenhum tipo de julgamento composto pelo povo e, por fim, os que compartilham do julgamento escabinato.

¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 617.

²⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio, **Júri: Crimes e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177.

²¹ FILHO, Romualdo Sanches Calvo, **MANUAL PRÁTICO DO JÚRI**. São Paulo: LEUD, 2009, p. 31-32.

²² PINHEIRO, Aline, **Corte europeia cria regras para júri democrático**. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-20/corte-europeia-direitos-humanos-muda-regras-cria-juri-democratico>. Acesso em: 07/08/2018.

Figura 1. O Tribunal do Júri na Europa.²³

Fonte: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-20/corte-europeia-direitos-humanos-muda-regras-cria-juri-democratico>

No Brasil, assevera Jader Marques²⁴ que, com a imposição do Príncipe Regente D. Pedro de Alcântara, o júri teria nascido no ano de 1822, destinando-se a julgar apenas os delitos de imprensa ou de opinião. Ainda nesse sentido, o autor revela que o primeiro julgamento teria ocorrido em 25 de junho de 1825,

²³ PINHEIRO, Aline, **Corte europeia cria regras para júri democrático**. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-20/corte-europeia-direitos-humanos-muda-regras-cria-juri-democratico>. Acesso em: 07/08/2018.

²⁴ MARQUES, Jader, **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.68/08, de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.

sendo na época o Conselho de Sentença formado por 24 jurados, os quais deveriam ter conduta ilibada perante a sociedade²⁵.

A conduta ilibada, requisito necessário para ser jurado, deveria ter como pressupostos os seguintes atributos: ser um homem bom, horando, inteligente e patriota, de modo que, caso não fosse assim, sequer poder-se-ia pensar em adentrar-se no corpo do Conselho de Sentença²⁶.

James Tubenchlak²⁷ compara o júri brasileiro a uma Guerra Santa em face dos avanços e agravos percorridos ao longo da história do Brasil, principalmente, pelo fato de ter trilhado diversas fases até ser consolidado na Constituição Federal de 1988, aguentando, ao longo dos anos, inúmeros retrocessos no decorrer dos tempos, inclusive dois períodos ditatoriais.

Em resumo, pode-se dizer que o Tribunal do Júri sempre esteve presente nas constituições brasileiras, exceto a de 10 de novembro de 1937, na qual não dizia nada a respeito do instituto democrático²⁸.

3. PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A vigente constituição de 1988, na forma do artigo 5º, inciso XXXVIII²⁹, passou a nortear o Tribunal do Júri pelos seguintes

²⁵ MARQUES, Jader, **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.68/08, de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz, **Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87.

²⁷ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: Contradições e Soluções**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04.

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 02.

²⁹ Artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF/1988 - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2018.

princípios: (a) a plenitude de defesa; (b) o sigilo das votações; (c) a soberania dos veredictos; e (d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No que toca ao princípio da plenitude de defesa, pode-se dizer que é uma potencialização da ampla defesa, de modo que, em plenário, consoante afirma Andrey Borges³⁰, poder-se-ia alegar outras teses de defesa além das convencionais, como argumentos metafísicos relacionados à moral e à religião.

Além disso, entende-se como plenitude de defesa não somente a defesa técnica, realizada pelo advogado, mas também à autodefesa, esta realizada pelo próprio acusado, cabendo ao Juiz-Presidente dissolver o Conselho de Sentença nos casos em que houver deficiência técnica por parte do advogado³¹, na forma do artigo 497, inciso V, do Código de Processo Penal³².

Nesse sentido, deve-se anotar os ensinamentos de João Batista de Almeida, que, de forma sucinta, revela quais são os dispositivos constitucionais que elencam o princípio da plenitude de defesa. Vejamos:

A plenitude de defesa consubstancia-se nos dispositivos constitucionais previstos no art. 5º:

- inc. LIV: a exigência do devido processo legal;
- inc. LV: a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
- inc. LXIII: o direito ao silêncio e à autodefesa;

³⁰ MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 03.

³¹ LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

³² Artigo 497, inciso V, do CPP – São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V- nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

- inc. LXXIV: (CF, art. 134): a imprescritibilidade da defesa técnica (também prevista no CPP, arts. 261 e 263, *caput*)³³.

Em relação ao sigilo das votações, Nassif³⁴ sustenta que a ideia do sigilo se deu por uma questão de segurança, para que futuramente o Conselho de Sentença não sofresse vingança por parte dos condenados, devendo, portanto, o juiz presidente encerrar a votação após obter a maioria de votos, seja absolvendo ou condenando o réu.

No que diz respeito à soberania dos veredictos, afirma Menezes³⁵ que não deve ser entendida de modo absoluto, uma vez que o próprio Código de Processo Penal, no seu artigo 593, inciso III, alínea “d”, prevê a possibilidade do recurso de apelação, cabendo ao tribunal mandar ou não o réu a novo julgamento, não podendo, entretanto, em hipótese alguma, o juiz togado investir-se no papel do Conselho de Sentença para julgar o caso.

Ademais, pode-se dizer ainda que os crimes da competência do Tribunal do Júri estão dispostos no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal³⁶, tratando-se, portanto, dos crimes dolosos contra a vida, sejam eles consumados ou tentados, excetuando-se apenas o delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio previsto no artigo 122 do Código Penal³⁷.

³³ ALMEIDA, João Batista de. **Tribunal do Júri**. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p.27.

³⁴ NASSIF, Aramis. **O Júri Objetivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.27.

³⁵ MENEZES, Geraldo Hamilton. **Roteiro Prático do Júri**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.21.

³⁶ Art. 74, § 1º, do CPP - A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126, e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2018.

³⁷ LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31-32.

Cabe ainda mencionar que o júri pode ter a competência ampliada para além dos crimes dolosos contra a vida. É o que destaca o professor Romualdo Sanches Calvo Filho:

Outrossim, além de ter competência originária para conhecer e julgar os crimes dolosos contra a vida (arts. 121 *usque* 127 do CP), o Tribunal do Júri também detém a nominada competência *ampliada*, isto é, no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão jurisdição comum, prevalecerá a do primeiro, salvo se essa concorrência ocorrer com os crimes da justiça *especializada*, (arts. 78, I e IV, e 79, I e II, do CPP, incluindo-se aí, segundo alguns, a eleitoral³⁸.

Desse modo, uma vez analisados aspectos históricos e principiológicos do júri, passa-se, então, a enfrentar o ponto central do presente trabalho, qual seja: analisar se os jurados tem legitimidade para absolver o acusado pela tese de clemência.

4. DA LEGITIMIDADE DA TESE DE CLEMÊNCIA

Um dos argumentos que pesa a favor da tese de clemência está justamente na reforma do Código de Processo Penal, originada pela Lei nº. 11.689 de 09 de junho de 2008, que alterou significativamente a dinâmica do questionário do julgamento pelo Tribunal do Júri, já que trouxe consigo um quesito genérico de absolvição que tem a finalidade de evitar futuras nulidades e potencializar a íntima convicção dos jurados³⁹. Nesse ponto, ressalto as palavras de Andrey Borges de Mendonça:

Vale destacar que a existência deste quesito genérico, segundo pensamos, potencializou o sistema da

³⁸ FILHO, Romualdo Sanches Calvo, **MANUAL PRÁTICO DO JÚRI**. São Paulo: LEUD, 2009, p. 48.

³⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada - artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p.116.

íntima convicção, pois **o jurado poderá absolver o acusado por qualquer causa imaginária, mesmo que não alegada pelas partes (clemência, por exemplo)**. Na antiga sistemática, as possibilidades de absolvição eram limitadas pelas teses apresentadas pela defesa, o que mitigava, de certa forma, a possibilidade de o jurado absolver com base na íntima convicção. A partir da reforma, não há nenhum limite⁴⁰. (Grifos do autor)

Flávio Cardoso⁴¹ compartilha do mesmo entendimento, alegando que é lícito ao Conselho de sentença dar uma segunda chance ao acusado - caso seja a vontade dos jurados - ressaltando, ademais, que a ideia da reforma processual de 2008 foi justamente essa, isto é, dar maior autonomia ao leigo, tanto é verdade que, segundo o criminalista, o quesito genérico de absolvição (“O jurado absolve o acusado?”) é obrigatório, sob pena de nulidade absoluta do julgamento, na forma do enunciado nº 156⁴² do Supremo Tribunal Federal.

Tourinho Filho⁴³ esclarece que o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença jamais poderá ser confundido pelo julgamento do juiz togado, tendo em vista o desejo do legislador para que o julgamento não fosse técnico, podendo, assim, os jurados absolverem o réu fora dos pressupostos previstos no artigo

⁴⁰ MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p.118.

⁴¹ CARDOSO, Flávio. **Questionário e Votação no Procedimento do Júri**. Disponível: <<https://flaviocardosoab.jusbrasil.com.br/artigos/112255789/questionario-e-votacao-no-procedimento-do-juri>>. Acesso em: 06/08/2018.

⁴² Súmula 156 do STF. É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 06/08/2018.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62)

386 do Código de Processo Penal⁴⁴, abarcando em suas íntimas convicções o sentimento de piedade no caso concreto. É o que explica o doutrinador:

(...). Poderia o Juiz togado, se pudesse julgar um homicídio doloso, fazê-lo fora das hipóteses elencadas no art. 386 do CPP? Compreenderia, por acaso, o drama da infeliz que interrompeu uma gravidez não desejada? Poderia até absolvê-la, mas a segunda instância, de regra, castraria seu sentimento piedoso. Os jurados são leigos na “subsunção da conduta ao tipo penal”, são leigos na dosimetria da pena, mas sabem distinguir o que é certo e o que é errado, sabem dizer, num clima de empatia, se teriam a mesma conduta do réu. Se por acaso o constituinte quisesse um julgamento técnico, por óbvio não teria instituído e mantido o Júri. Este compreende a sociedade em que vive. O Juiz togado, não. O togado compreende a lei e dela não pode afastar-se. Seu horizonte não ultrapassa as lidas da lei. Embora sabendo que teria a mesma conduta do réu, ficaria acorrentado, preso às provas dos autos, ao texto da lei, podendo inclusive, se ousar agir de outra maneira, responder por prevaricação⁴⁵.

⁴⁴ Artigo 386 do CPP. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2018.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63)

César Ramos da Costa⁴⁶ assegura que, com a reforma legislativa de 2008, a soberania dos veredictos também se potencializou de forma contundente, de modo a não ser razoável à acusação apelar da decisão dos jurados, tendo em vista a obrigatoriedade do quesito genérico disposto no artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal⁴⁷, que ampliou as possibilidades de absolvição do acusado, abrangendo até mesmo a clemência.

Desse modo, existindo apenas um quesito genérico de absolvição (“O jurado absolve o acusado?”), os jurados tanto poderão condenar após o quarto voto “não” – se reconhecerem autoria e materialidade – bem como absolver com o voto “sim”, de sorte que os jurados podem envolver qualquer tese da defesa no referido quesito, inclusive a de clemência alegada pelo defensor⁴⁸.

Aury Lopes Junior, no que tange ao cabimento do recurso do Ministério Público, nos termos do artigo 593, inciso III, alínea “d”, do CPP⁴⁹, diante de uma absolvição do réu pelo quesito genérico de absolvição, compartilhou do seguinte pensamento em um artigo recente:

⁴⁶ COSTA, César Ramos. **Recurso do MP contra sentença do júri viola soberania dos veredictos**. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/recurso-mp-sentenca-juri-viola-soberania-veredictos#author>>. Acesso em: 04/07/2018.

⁴⁷ Artigo 483, inciso III, do CPP. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: III – se o acusado deve ser absolvido. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2018.

⁴⁸ CALVO FILHO, Romualdo Sanches. **Manual Prático do Júri**. São Paulo: Leud, 2009, p.131.

⁴⁹ Artigo 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: “d” for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2018.

Já que está autorizado que o jurado absolva por qualquer motivo, por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos, será que ainda cabe esse recurso? A resposta sempre nos pareceu negativa, não cabendo mais esse recurso por parte do Ministério Público quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário dos dois primeiros (materialidade e autoria), que seguem exigindo ancoragem probatória pela própria determinação com que são formulados. **O réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a “clemência” e aqueles de caráter humano**⁵⁰. (Grifos do autor)

Jader Marques⁵¹ afirma que, por parte da acusação, entretanto, poder-se-ia gerar um possível desconforto com tal quesito único, tendo em vista a dificuldade de se reconhecer qual tese teria sido acatada pelos jurados. Todavia, de plano, o mesmo autor alega que deve ser afastada essa crítica, porque a reforma do Código de Processo Penal prestigiou com mais afinco a soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, devendo ser atendido o que os jurados decidirem no quesito genérico de absolvição, conforme pensou o legislador.

É importante frisar ainda, pois, em que pese não exista, de forma expressa, a tese de clemência no nosso ordenamento jurídico para uma possível absolvição no Tribunal do Júri, alguns autores, no entanto, sustentam esta possibilidade como funda-

⁵⁰ JUNIOR, Aury Lopes, **Tribunal do Júri: a problemática apelação do artigo 593, III, “d”, do CPP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematica-apelacao-artigo593-iii-cpp>. Acesso em: 05/07/2018.

⁵¹ MARQUES, Jader, **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.68/08, de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 142.

mento legal e soberano, eis que, nas suas visões, os jurados votam com base na íntima convicção e na soberania dos seus veredictos. Nessa linha de pensamento, destacam-se os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

A resposta afirmativa leva à absolvição; a negativa, por óbvio, conduz à condenação por homicídio (ou pelo crime já reconhecido nos quesitos anteriores). Entretanto, a razão pela qual os jurados absolveram o réu, se for positiva a resposta, torna-se imponderável. É possível que tenham acolhido a tese principal da defesa (por exemplo, a legítima defesa), mas também se torna viável que tenham preferido a subsidiária (por exemplo, a legítima defesa putativa). **Pode ocorrer, ainda, que o Conselho de Sentença tenha resolvido absolver o réu por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas. Em suma, da maneira como o quesito será encaminhado aos jurados, serão eles, realmente soberanos para dar o veredicto, sem que os juízes e tribunais togados devam imiscuir-se no mérito da solução de absolvição⁵².** (Grifos do autor)

De fato, verifica-se através das ideias de alguns autores que o legislador foi categórico ao estabelecer a soberania e a íntima convicção dos julgamentos proferidos pelo Conselho de Sentença, ainda que seja pela tese de clemência ou outro argumento semelhante, visto que a Lei nº. 11.689 de 09 de junho de 2008 não deixou dúvidas a respeito disso. É o que leciona Rangel:

Os jurados, com o advento da Lei nº 11.689/08, não estão obrigados a seguir esta ou aquela tese defensiva, ou seja, podem absolver pelo motivo que quiser, independentemente de acolher a tese técnica jurídica defensiva exposta pelo advogado e/ou defensor público. (...)

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 880.

Decerto, não há que se falar em contradição se levar em consideração um princípio constitucional basilar do tribunal do júri e o sistema de provas que rege a instituição: a soberania dos veredictos e o sistema da íntima convicção, respectivamente. **O júri absolve, de acordo com a nova sistemática de quesitação (art. 483 CPP), pelo motivo que quis e bem entender**⁵³. (Grifos do autor)

Nesse sentido, não é diferente o entendimento de Renato Brasileiro de Lima⁵⁴ que, ao enfrentar a problemática, afirma que os jurados não estão atrelados diretamente aos autos do processo para proferir o veredicto, sendo possível a absolvição do réu por outros elementos fáticos fora do processo, uma vez que o critério formado pela convicção dos jurados é subjetivo. Roberto Lyra entende do mesmo modo, tecendo as seguintes palavras:

Não é o jurado obrigado, como o juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência. (...) O Júri não está adstrito ao alegado e provado nos autos, nem à estreiteza dos textos, e não seria Júri se deixasse de sentir o conjunto das realidades individuais e sociais⁵⁵.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se manifestou pela soberania da tese de clemência na apelação criminal nº. 70074063041⁵⁶, destacando que a absolvição pelo quesito genérico demonstra situação em que o Conselho de Sentença reconhece a inocência do acusado,

⁵³ RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 247 e 249.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1.314.

⁵⁵ LYRA, Roberto. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950, p. 15-16.

⁵⁶ Apelação Crime Nº 70074063041, Segunda Câmara Criminal, TJRS, Rel. José Ricardo Coutinho Silva, julgado em: 27/03/2018.

de modo a não prosperar o recurso de apelação por parte da acusação com o fundamento de que a absolvição foi contrária à prova dos autos, ainda que o réu seja absolvido pela tese de clemência. Nessa toada, destaca-se um trecho do julgamento proferido pelo TJRS:

Ao instituir a lei a obrigatoriedade do quesito genérico, “o jurado absolve?”, estabeleceu, nesse quesito, a possibilidade da absolvição pelos jurados, mesmo afirmada a materialidade e a autoria do delito e fora das teses sustentadas pela defesa, eis que julgam por íntima convicção. (...)

Portanto, **no caso dos autos, o fato dos jurados terem afirmado a materialidade delitiva e a autoria, mas absolvido o réu no quesito genérico, está a demonstrar que reconheceram situação que inocentasse o réu ou o isentasse da pena, ainda que por perdão ou clemência.** (...) (Grifos do autor)

Em nenhuma hipótese, permitido ao órgão recursal modificar o juízo valorativo da prova feito pelos jurados, analisando se decidiram bem ou mal, deve ser preservado o juízo feito pelo Conselho de Sentença no exercício de sua função constitucional, sob pena de se ferir o princípio da soberania dos veredictos⁵⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu de modo semelhante na apelação criminal nº 1.696.115-0⁵⁸, onde ficou assentado pela Primeira Câmara Criminal que, o fato dos jurados reconhecerem a materialidade e a autoria do crime pelo acusado e, por conseguinte, optarem pela sua absolvição, não ensejaria novo julgamento pelo Conselho de Sentença por contradição à prova dos autos, tendo em vista a nova sistemática adotada pela

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Apelação Crime Nº 1.696.115-0, Primeira Câmara Criminal, TJPR, Rel. Antonio Loyola Vieira, julgado em: 14/12/2017.

reforma processual de 2008. No caso em apreço, os jurados reconheceram o acusado como o autor do homicídio apresentado na denúncia formulada pelo Ministério Público, no entanto, absolveram-no pela tese de clemência supostamente amparada nos autos. É o que apresenta o voto condutor do Relator. Vejamos:

Assim, ainda que não tenha sido sustentada pela Defesa técnica, tampouco pelo Réu, em autodefesa, outra tese além da negativa de autoria, a contradição arguida não se faz presente, uma vez que aos Jurados é facultado absolver o agente mesmo que reconheçam a autoria e a materialidade delitivas.

Assim é porque a intenção do legislador pátrio, ao promover modificações na formulação dos quesitos na nova sistemática do Júri, foi claramente prestigiar o sistema da íntima convicção, desobrigando o Jurado a fundamentar a sua decisão e lhe permitindo, até mesmo, absolver o réu por pura clemência(...)(Grifos do autor).

Logo, ao ser indagado se “o jurado absolve o acusado?” são englobadas todas as provas produzidas na fase de inquérito e ao longo da instrução criminal, podendo o Jurado absolver o réu sem justificar o porquê, ainda que reconheça a autoria delitiva por parte dele.

Diante de tal contexto probatório pode-se afirmar, portanto, que os Jurados optaram por uma das versões verossímeis existentes nos autos, não se vislumbrando que a decisão recorrida seja contrária ao conjunto probatório⁵⁹.

Na apelação criminal nº 241304-30.2011.8.09.0051⁶⁰, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás decidiu na mesma linha, sendo até mais enfático no que tange à soberania e à íntima convicção dos jurados. Na opinião dos julgadores, os jurados não estão ne-

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Apelação Crime Nº 241304-30.2011.8.09.0051, Segunda Câmara Criminal, TJGO, Rel. Fábio Cristóvão de Campos Faria, julgado em: 11/11/2014.

cessariamente atrelados à prova dos autos, podendo, portanto, o Conselho de Sentença absolver o acusado por qualquer motivo extrajurídico, até mesmo, consoante o tribunal, pela tese de clemência ou pelo sentimento de bondade ao acusado. É o que retrata o entendimento do Tribunal de Goiás:

A arguição de contradição entre o reconhecimento da autoria e a absolvição do processado afigura-se incongruente à sistemática da soberania dos veredictos, prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, porquanto não há vinculação dos quesitos a esta ou àquela tese levantada e debatida durante o julgamento da causa, **facultando aos jurados o exercício da absolvição sem que para tanto fiquem atrelados às teses sustentadas em plenário, podendo absolver ainda que por clemência, piedade, ou mera bondade ao réu**⁶¹. (Grifos do autor)

Interessante destacar o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação criminal nº 0006868-16.2000.8.26.0609⁶², onde o Des. Relator negou provimento ao recurso do órgão ministerial para submeter o réu a novo julgamento, ressaltando que toda decisão de absolvição pelo Conselho de Sentença está ligada diretamente em alguma motivação humana, sendo incabível adentrar nas razões de cunho pessoal adotadas pelos jurados face os princípios do sigilo das votações e da íntima convicção.

Vale destacar ainda que, segundo o Relator, os jurados estão aptos a absolverem o réu por mera clemência ou por razão estranha ao Direito positivo. Veja-se:

⁶¹ Ibidem.

⁶² Apelação Crime Nº 0006868-16.2000.8.26.0609, Oitava Câmara Criminal, TJSP, Rel. Sérgio Ribas, julgado em: 19/04/2018.

Se de um lado é assegurado constitucionalmente no Júri o sigilo das votações, por outro é certo também que qualquer decisão humana é baseada em alguma motivação.

Assim, quando um jurado opta por absolver, o faz de acordo com convicções íntimas, resultantes de experiências pessoais ou com base em percepções acerca da realidade, da vida em sociedade, suas opiniões, seu caráter etc.

(...)

Não há, portanto, nulidade a ser sanada ou julgamento contrário à prova dos autos, vez que os jurados até podem absolver por mera clemência ou por razão estranha ao Direito Positivo⁶³. (Grifos do autor)

Assim, verifica-se, por parte da doutrina e de alguns tribunais, que não deve vingar a tese de que o Poder Judiciário pode controlar as decisões do Tribunal do Júri pelo fato do réu ter sido absolvido pela tese de clemência, o que, *a contrario sensu*, analisado pelo voto do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, no habeas corpus nº 350.895/RJ⁶⁴, geraria um paradoxo insuperável, porquanto incabível entrar nas convicções de mérito das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença. Na ocasião, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro assentou o seguinte:

O fato de os jurados não motivarem o veredito, ainda que por respostas digitalizadas em “sim” ou “não” para indagações técnicas, tornaria ainda mais difícil e isolada a impugnação recursal por não se ter conhecimento das razões que motivaram o júri a optar pela absolvição.

A prevalecer a possibilidade do recurso contra tal indagação genérica ao corpo de jurados, cairíamos

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ HC 350.895/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 17/05/2017.

num paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação, e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada no conjunto probatório.

Ora, se posso decidir sem motivar, como questionar a decisão por ausência de motivação compatível?⁶⁵(Grifos do autor)

Portanto, depreende-se, diante dos fundamentos expostos pela legitimidade da tese de clemência, que só haveria uma possibilidade do Ministério Público e do assistente de acusação recorrer da decisão do Conselho de Sentença, qual seja: apenas quando os jurados afirmarem de forma negativa a materialidade e a autoria, embora a prova especifique o oposto. É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro. Veja-se a ementa da decisão:

APELAÇÃO – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – ARTIGO 121, § 2º, INCISO II C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP E ARTIGO 16 DA LEI 10.826/03 – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE ABSOLVEU O APELADO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – PLEITO DE ANULAÇÃO E SUBMISSÃO DO APELADO A NOVO JULGAMENTO – RESPOSTAS AFIRMATIVAS QUANTO À MATERIALIDADE E À AUTORIA – TODAVIA OS JURADOS RESPONDERAM “SIM” AO QUESITO OBRIGATÓRIO DISPOSTO NO ARTIGO 483, III, DO CPP, OU SEJA, “SE O ACUSADO DEVE SER ABSOLVIDO” – PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO NÃO FUNDAMENTADA E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS – QUESITO QUE CONCENTRA TODAS AS TESES APRESENTADAS EM PLENÁRIO BEM COMO AS ELABORADAS PELO PRÓPRIO JURADO, SUAS MOTIVAÇÕES E CONVICÇÕES – ABSOL-

⁶⁵ Ibidem.

VIÇÃO GENÉRICA INTRODUZIDA PELA REFORMA DE 2008 – O JURADO PODE ABSOLVER O RÉU POR QUALQUER RAZÃO DIANTE DA SOBERANIA ATRIBUÍDA CONSTITUCIONALMENTE AO TRIBUNAL DO JÚRI E DA ESTRITA VONTADE POPULAR, INDEPENDENTEMENTE DO RECONHECIMENTO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO – O VEREDITO DOS JURADOS É DE FORO ÍNTIMO, DIFERENTEMENTE DO JUIZ TOGADO – OS JURADOS, POR ÍNTIMA CONVICÇÃO, CONCLUÍRAM QUE O APELADO MERECE A ABSOLVIÇÃO, SENDO DESNECESSÁRIA SUA PUNIÇÃO PERANTE A SOCIEDADE – O CORPO DO CONSELHO PODE OPTAR PELA ABSOLVIÇÃO, POUCO IMPORTANDO A RAZÃO DO SEU DECIDIR – PODE ESCOLHER OU NÃO UMA DAS TESES APRESENTADAS, OU MESMO UMA MOTIVAÇÃO INTERNA PODE ORIENTAR SUA DECISÃO, AGASALHANDO ATÉ UMA TESE PRÓPRIA, SEM SE VINCULAR COM OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS – PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS COMO ALEGADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – **O RECURSO PREVISTO NO ART. 593, III, DO CPP SOMENTE TEM LUGAR QUANDO OS JURADOS RESPONDEM NEGATIVAMENTE AOS DOIS PRIMEIROS QUESITOS, MATERIALIDADE E AUTORIA, APESAR DA PROVA APONTAR JUSTAMENTE O CONTRÁRIO – NESSA HIPÓTESE PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO RECORRER COM BASE EM DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, E NÃO QUANTO À RESPOSTA AFIRMATIVA DO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO** – A IRRECORRIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ABSOLVIÇÃO GENÉRICA É UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDITOS DO TRIBUNAL POPULAR, PODENDO OS SENHORES JURADOS ABSOLVER ATÉ MESMO POR CLEMÊNCIA – ENTENDIMENTO OPOSTO SERIA INCOMPATÍVEL E SEM SENTIDO LÓGICO COM O QUESITO OBRIGATÓRIO PREVISTO NO ARTIGO 483, III, DO CPP E A ORDEM CONSTITUCIONAL – DESPROVIMENTO DO

RECURSO MINISTERIAL⁶⁶, (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0194776-36.2016.8.19.000, REL. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, TJRJ, DJE 20/06/2018 – Grifos do autor).

Superada essa primeira hipótese do problema de pesquisa, que teve como escopo elucidar a soberania da tese de clemência perante alguns tribunais da federação brasileira e pela doutrina, segue-se, agora, estudando a tese contrária com base nos mesmos materiais de investigação utilizados até o momento.

5. DA INVIABILIDADE DA TESE DE CLEMÊNCIA

Por outro lado, vale observar o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios a respeito do tema. Ao analisar o recurso de apelação nº 20120910227515APR⁶⁷ interposto pelo Ministério Público, o referido tribunal deu provimento ao recurso para anular o julgamento do réu absolvido pela tese de clemência.

No caso em tela, a defesa em plenário pugnou pela tese de clemência e, subsidiariamente, pelo não acolhimento das qualificadoras, enquanto o Ministério Público pleiteava a condenação nos termos da denúncia pelo crime de tentativa de homicídio qualificado.

Durante o julgamento os jurados reconheceram a autoria e a materialidade do delito praticado pelo acusado, todavia, decidiram por absolvê-lo pela tese de clemência, o que, após o recurso do Ministério Público, acabou motivando as seguintes considerações pela Terceira Turma Criminal do TJDF:

⁶⁶ Apelação Crime Nº 0194776-36.2016.8.19.0001, Primeira Câmara Criminal, TJRJ, Rel. Maria Sandra Kayat, julgado em: 20/06/2018.

⁶⁷ Apelação Crime Nº 20120910227515APR, Terceira Turma Criminal, TJDF, Rel. Waldir Leôncio Lopes Junior, julgado em: 02/02/2017.

Ainda que as decisões proferidas pelo Júri Popular se amparem no princípio da livre e íntima convicção, não necessitando serem motivadas, **não é conferido aos Jurados absolver o réu por mero sentimento de clemência ou indulgência**, sem qualquer respaldo nas provas dos autos, ou mesmo em teses defensivas de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade⁶⁸. (Grifos do autor)

Ademais, esse é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, após o julgamento do habeas corpus nº 313.251-RJ⁶⁹, andou no sentido contrário da legitimidade da tese clemência alegada em plenário, sustentando a maioria dos Ministros da Terceira Seção que a tese de clemência pode ser controlada pelo Poder Judiciário de forma excepcional, com a finalidade de preservar o duplo grau de jurisdição e evitar futuras arbitrariedades quando a tese estiver totalmente desvinculada dos autos. Nesse contexto, veja-se a ementa do julgado:

1. “DIANTE DA HIPÓTESE DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO, A IMPETRAÇÃO NÃO DEVE SER CONHECIDA, SEGUNDO ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF E DO PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CONTUDO, CONSIDERANDO AS ALEGAÇÕES EXPOSTAS NA INICIAL, RAZOÁVEL A ANÁLISE DO FEITO PARA VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE EVENTUAL CONTRANGIMENTO ILEGAL. 2. AS DECISÕES PROFERIDAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA NÃO SÃO IRRECORRÍVEIS OU IMUTÁVEIS, PODENDO O TRIBUNAL AD QUEM, NOS TERMOS DO ART. 593, III, D, DO CPP, QUANDO VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS, CASSAR A DECISÃO PROFE-

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ HC 313.251/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, DJe 27/03/2018.

RIDA, UMA ÚNICA VEZ, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO, SENDO VEDADA, TODAVIA, A ANÁLISE DO MÉRITO DA DEMANDA.

3. A ABSOLVIÇÃO DO RÉU PELOS JURADOS, COM BASE NO ART. 483, III, DO CPP, AINDA QUE POR CLEMÊNCIA, NÃO CONSTITUI DECISÃO ABSOLUTA E IRREVOGÁVEL, PODENDO O TRIBUNAL CASSAR TAL DECISÃO QUANDO FICAR DEMONSTRADA A TOTAL DISSOCIAÇÃO DA CONCLUSÃO DOS JURADOS COM AS PROVAS APRESENTADAS EM PLENÁRIO. ASSIM, RESTA PLENAMENTE POSSÍVEL O CONTROLE EXCEPCIONAL DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA DO JÚRI, COM O FIM DE EVITAR ARBITRARIEDADES E EM OBSERVÂNCIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. ENTENDER EM SENTIDO CONTRÁRIO EXIGIRIA A ACEITAÇÃO DE QUE O CONSELHO DE SENTENÇA DISPORIA DE PODER ABSOLUTO E PEREMPTÓRIO QUANTO À ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, O QUE, AO MEU VER NÃO FOI O OBJETIVO DO LEGISLADOR AO INTRODUIR A OBRIGATORIEDADE DO QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO, PREVISTO NO ART. 483, III, DO CPP.

4. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, EXIMINDO-SE DE EMITIR QUALQUER JUÍZO DE VALOR QUANTO AO MÉRITO DA ACUSAÇÃO, DEMONSTROU A EXISTÊNCIA DE JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS AMPARADO POR DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA E EXAME DE CORPO DE DELITO. VERIFICA-SE QUE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA FOI CASSADA, COM FUNDAMENTO DE QUE AS PROVAS DOS AUTOS NÃO DERAM RESPALDO PARA A ABSOLVIÇÃO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE OU CULPABILIDADE, NÃO PREVALECENDO, A TESE DEFENSIVA DA ACIDENTALIDADE, TENDO EM VISTA A DEMONSTRAÇÃO DE QUE O ACUSADO CONTINUOU A DESFERIR GOLPES À VÍTIMA JÁ CAÍDA AO CHÃO, SENDO A CAUSA DA SUA MORTE, TRAUMATISMOS NO CRÂNIO, PESCOÇO E TÓRAX.

5. HAVENDO O ACÓRDÃO IMPUGNADO AFIRMADO, COM BASE EM ELEMENTOS

CONCRETOS DEMONSTRADOS NOS AUTOS, QUE A DECISÃO DOS JURADOS PROFERIDA EM PRIMEIRO JULGAMENTO ENCONTRA-SE MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, É DEFESO A ESTA CORTE SUPERIOR MANIFESTAR-SE DE FORMA DIVERSA, SOB PENA DE PROCEDER INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, INCABÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO”⁷⁰. (HC 313.251/RJ, REL. MIN. JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, DJE 27/03/2018 – Grifos do autor).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina seguiu a jurisprudência do STJ na apelação criminal nº 0002128-73.2013.8.24.0040⁷¹, afirmando que a clemência, por si só, não comporta fundamento idôneo para uma absolvição. No caso em apreço, o TJSC reconheceu que é possível uma absolvição pelos jurados após reconhecerem a culpabilidade do réu, em que pese seja por clemência. No entanto, tal clemência deveria estar corroborada na prova dos autos, sob pena de legitimar-se uma decisão arbitrária pelo Conselho de Sentença. Assim decidiu o TJSC:

Em nenhuma das declarações prestadas pelos testigos é possível constatar qualquer referência direta ou indireta a algum fato ou circunstância que pudesse justificar a opção absolutória adotada, sobretudo “por clemência”.

Torna-se evidente, à vista do exposto, que a decisão adotada pelos jurados que, logo após confirmaram a materialidade e autoria, absolveram o réu, não possui qualquer anteparo probatório a justificar a sua manutenção, revelando-se, assim, inegavelmente arbitrária⁷².

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Apelação Crime Nº 0002128-73.2013.8.24.0040, Quarta Câmara Criminal, TJSC, Des. Rel. Sidney Eloy Dalabrida, julgado em: 21/06/2018.

⁷² Ibidem.

Outrossim, na visão dos autores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer⁷³ a tese de clemência seria uma espécie de ideia genérica de justiça que se mostra viável para a sustentação da defesa em plenário, contudo, ao contrário de outros posicionamentos, asseveram os autores que tal tese não deve ser soberana ao ponto da acusação não poder apelar para o grau recursal, visto que o Poder Judiciário, diante do caso concreto, poderia cassar a decisão dos jurados quando a tese de clemência estiver totalmente dissociada dos autos, sob pena de validar-se futuras arbitrariedades. É o que explicam os autores:

Mesmo diante da valorização da convicção íntima dos jurados (correlacionada com a soberania dos veredictos - art. 5º, XXXLVIII, 'c', CF), entendemos que poderá haver excepcional controle para evitar arbitrariedades (mesmo que absolutórias). É que a soberania dos veredictos não pode ser interpretada no sentido que possa a conclusão do Conselho de Sentença ser dissociada integralmente do que apurado nos autos, por mais que o espírito dos jurados (unânime ou majoritário) esteja correlacionado com a intenção de absolver em ideia genérica de justiça para com o autor ou partícipe do fato⁷⁴.

Nessa senda, em sede de recurso de apelação⁷⁵ interposto pelo Ministério Público e o assistente de acusação, datado em 07/02/2018, o Tribunal do Estado de Minas Gerais decidiu no mesmo sentido, fundamentando que a tese de clemência é possível, porém, desde que lastreada no acervo probatório, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷³ PACELLI, Eugênio, FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1048.

⁷⁴ PACELLI, Eugênio, FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 926.

⁷⁵ Apelação Crime Nº 10231150192772001, Quarta Câmara Criminal, TJMG, Rel. Doorgal Andrada, julgado em: 07/02/2018.

No julgamento do acórdão referido, o Desembargador Relator Doorgal Andrada teceu as seguintes considerações:

Embora a soberania dos veredictos seja princípio constitucionalmente consagrado (art. 5º, XXXVIII, “c”), é possível o seu afastamento, mormente quando confrontado com outros direitos igualmente consagrados pela Carta Magna, tais como a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). (...) Válido frisar que não é o caso de o Júri optar por uma das versões verossímeis dos autos, **trata-se de decisão que não encontra apoio nenhum nas provas produzidas, de tal modo que se mostra coerente a sua anulação. Sendo assim, a clemência não encontra respaldo no conjunto probatórios**⁷⁶. (Grifos do autor)

Orlando Faccini Neto⁷⁷ também não adere à ideia de soberania da tese de clemência no Tribunal do Júri, principalmente, se for no sentido de inibir o manejo da apelação da acusação, pois, no sentir do jurista, a tese de clemência deve constar de forma expressa na ata de julgamento, na forma do artigo 495, inciso XIV, do Código de Processo Penal⁷⁸, de modo que se possa respeitar tanto o princípio da plenitude de defesa, bem como o duplo grau de jurisdição e a paridade de armas no processo penal.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ NETO, Orlando Faccini. **A TESE DE CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL**. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/tese-de-clemencia-no-tribunal-do-juri-uma-solucao-possivel/>>. Acesso em: 29 de junho de 2018.

⁷⁸ Artigo 495, inciso XIV, do CPP. A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente: XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2018

Insta referir, outrossim, o julgamento do habeas corpus nº 313.251–RJ⁷⁹, em que o Ministro Nefi Cordeiro apontou no seu voto que o jurado não poderia absolver o acusado fora dos pressupostos legais, visto que o comportamento do Conselho de Sentença deveria ser equivalente ao do juiz togado, uma vez que a reforma processual de 2008 não trouxe ampliação de poderes aos jurados. Na oportunidade, o Ministro asseverou o seu voto no seguinte sentido:

(...) Jurado é juiz e não pode absolver fora das hipóteses legais.

O que se fez com a reforma pontual do Código de Processo Penal foi simplesmente simplificar a quesitação dos jurados, não criar poderes aos jurados. (...)

Não há ampliação dos poderes. Juiz não pode absolver fora das hipóteses legais e jurado é juiz⁸⁰.

No habeas corpus nº 350895 – RJ⁸¹, o Ministro Nefi Cordeiro foi ainda mais incisivo contra a tese de clemência, destacando que não existe clemência no Tribunal do Júri, isto é, para o ministro, os jurados estão limitados às hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal, uma vez que o Conselho de Sentença não pode ter mais poderes do que o juiz togado. Confira-se um trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro:

Não existe clemência no direito, não existe clemência a juiz togado, nem a qualquer julgamento popular ou por juiz que não precise externar a motivação, seja no júri, seja no conselho de sentença da justiça militar. Nos julgamentos em que é dispensada a motivação, apenas se faz isso

⁷⁹ HC 313.251/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, DJe 27/03/2018.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ HC 350.895/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 17/05/2017

em proteção à falta de capacidade técnica exigível de quem julga⁸². (Grifos do autor)

Ainda sobre a inviabilidade da tese de clemência, o Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso, César Danilo Ribeiro Novais⁸³, sustenta que a ética e a moral deveriam pautar os jurados a não absolverem o acusado por clemência no Tribunal do Júri, haja vista os valores do direito à vida da vítima, bem como a dor dos familiares e da ordem social, visto que uma absolvição por clemência certamente geraria sensação de impunidade perante a sociedade e, conseqüentemente, insegurança na ordem jurídica, acarretando em dupla injustiça, sendo a primeira pela morte da vítima de forma arbitrária e a segunda pela a injustiça do julgamento.

Apreciada a segunda hipótese do problema investigativo, torna-se importante examinar o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

6. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO TEMA

O Ministro Celso de Mello, em sede de decisão liminar, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.076/PR⁸⁴, manifestou-se a respeito da temática. Na sua decisão, o Ministro esclarece que seria inadmissível o controle judicial das decisões absolutórias proferidas pelo Conselho de Sentença, pelo fato da reforma processual de 2008 não deixar margens para saber de que modo os jurados votaram. Nesse ínterim, transcreve-se abaixo, uma parte da decisão monocrática do Ministro:

⁸² Ibidem.

⁸³ NOVAIS, César Danilo Ribeiro, **Absolvição por Clemência**. Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2018/02/absolvicao-por-clemencia.html>. Acesso em: 04/07/2018.

⁸⁴ RHC 117.076/PR. Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 18/09/2013.

Considerado esse entendimento – que merecerá, em momento oportuno, detida reflexão por parte desta Corte –, revelar-se-ia, aparentemente, inadmissível, por incongruente com a recente reforma introduzida no procedimento penal do júri, o controle judicial das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com fundamento no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato, pragmaticamente relevante, de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença restariam desconhecidos, quer pelo fato, não menos importante, de que a fundamentação adotada pelos jurados poderia, ao menos virtualmente, extrapolar os próprios limites da razão jurídica⁸⁵.

Em recente julgado, também, em sede de liminar de Habeas Corpus nº 143595/SP⁸⁶, o Ministro Marco Aurélio suspendeu a sessão de julgamento da Segunda Vara do Júri do Foro Regional I de Santana/SP, para não submeter o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, visto que o mesmo já tinha sido absolvido pelo Conselho de Sentença local. Na ocasião, o Ministro entendeu que os jurados não estavam necessariamente ligados aos elementos probatórios do processo, tendo em vista o fato de que o quesito genérico de absolvição teria, segundo o Ministro, independência própria para absolver o réu independentemente das teses veiculadas pela defesa. Na época, o Ministro defendeu o seguinte:

Os jurados reconheceram, por maioria, a autoria e materialidade delitivas. A seguir, questionados se absolviam os acusados, nos termos do que dispõe o artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal – “respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: o jurado absolve o acusado?” –,

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ HC 143595/SP. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 10/05/2017.

responderam afirmativamente. O quesito versado no dispositivo tem natureza genérica, não guardando compromisso com a prova obtida no processo. **Decorre da essência do Júri, segundo o qual o jurado pode absolver o réu embasado na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais**⁸⁷. (Grifos do autor)

Entretanto, há decisões em sentidos opostos no STF. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo nº 786.854/ES⁸⁸, decidiu no sentido de que a decisão do Conselho de Sentença deve estar pautada em elementos probatório presente nos autos, sob pena dos jurados decidirem de forma arbitrária. Veja-se a ementa do acórdão da Relatoria da Ministra Rosa Weber:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INOCORRÊNCIA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. “O ENTENDIMENTO DA CORTE DE ORIGEM, NOS MOLDES DO ASSINALADO NA DECISÃO AGRAVADA, NÃO DIVERGE DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUANDO MANIFESTA-**

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ ARE 786.854/ES AgR, REL. MIN. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DO STF, DJE 06/09/2017.

MENTE DIVORCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO DOS AUTOS RESULTA EM ARBITRARIEDADE QUE DEVE SER SANADA PELO JUÍZO RECURSAL, NOS TERMOS DO ART. 593, III, “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPREENSÃO DIVERSA DEMANDARIA A REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO DE ORIGEM, A TORNAR OBLÍQUA E REFLEXA EVENTUAL OFENSA À CONSTITUIÇÃO, INSUSCETÍVEL, COMO TAL, DE VIABILIZAR O CONHECIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SE MOSTRAM APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. 3. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO”⁸⁹. (ARE 786.854/ES AGR, RELATORA MINISTRA ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DO STF, DJE 06/09/2017 – Grifos do autor).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 111.207/ES⁹⁰, publicado em 17/12/2012, também decidiu no sentido contrário da decisão do Conselho de Sentença quando não comportada nos elementos fáticos dos autos, contudo, deu-se com outra roupagem o acórdão, isto é, foi decidido sob o fundamento de que o veredicto sem respaldo nos autos do processo ensejaria violação à garantia do devido processo legal, bem como à igualdade entre as partes. Veja-se o teor da ementa do acórdão prolatado sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI. CASSAÇÃO DO VEREDITO POPULAR PELA SEGUNDA INSTÂNCIA ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO ESTADUAL: INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE SER O RECURSO PARA QUESTIONAR

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ HC 111.207/ES. Relatora. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA DO STF, DJe 17/12/2012.

A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS EXCLUSIVO DA DEFESA: IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. “NÃO SE COMPROVA NOS AUTOS A PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A FERIR DIREITO DO PACIENTE NEM ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS PEDIDA. 2. AO DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO PROCUROU DEMONSTRAR, TÃO SOMENTE, NOS LIMITES DO COMEDIMENTO NA APRECIACÃO DA PROVA, QUE NÃO EXISTE NOS AUTOS MATERIAL PROBATÓRIO A CORROBORAR A TESE DEFENSIVA DA NEGATIVA DE AUTORIA. 3. A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL É FIRME NO SENTIDO DE QUE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS QUANDO A DECISÃO FOR MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS NÃO É VIOLADO PELA DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, POIS A PRETENSÃO REVISIONAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI CONVIVE COM A REGRA DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS POPULARES. PRECEDENTES. 4. **NEGAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO O DIREITO AO RECURSO NAS HIPÓTESES DE MANIFESTO DESCOMPASSO ENTRE O VEREDICTO POPULAR E A PROVA DOS AUTOS IMPLICARIA VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE CONTEMPLA, DENTRE OUTROS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS A SUA CONFIGURAÇÃO, O DIREITO À IGUALDADE ENTRE AS PARTES.**5. HABEAS CORPUS DENEGADO”⁹¹ (HC 111.207/ES. RELATORA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA DO STF, DJE 17/12/2012 – Grifos do autor).

⁹¹ Ibidem.

Examinado esse tópico acerca do tema pelo Supremo Tribunal Federal, depreende-se que a maioria dos ministros, embora ainda não tenham se debruçado de forma expressa sobre a matéria, é contra uma possível soberania por uma tese que não esteja lastreada no acervo probatório e, pelo que foi analisado, isso dá-se por basicamente dois motivos. Explica-se. O primeiro motivo analisado pela Primeira Turma do STF está sedimentado na ideia de que toda decisão do Conselho de Sentença deve estar pautada em elementos mínimos de provas nos autos do processo, sob pena de se validar futuras arbitrariedades. A segunda razão está no entendimento de que o veredicto popular não pode estar em desacordo com a prova dos autos, visto que isso implicaria, conforme a Segunda Turma do STF, violação à garantia do devido processo legal.

Desta forma, percebe-se que o entendimento majoritário da Suprema Corte é no sentido de não acolher teses que não estejam suportadas nos autos do processo, prevalecendo, em vista disso, a segunda hipótese do presente problema de pesquisa, que corresponde à inviabilidade do argumento extrajurídico.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Tribunal do Júri tem comprovado um papel positivo para o Estado Democrático de Direito. Principalmente, pelo fato de colocar o povo para tomar as rédeas das decisões mais relevantes no campo jurídico, o que antigamente dava-se pela a arbitrariedade do poder soberano concentrado em apenas uma única pessoa.

A Inglaterra foi pioneira nesse tipo de julgamento no mundo ocidental, sendo adotado, posteriormente, pelos países europeus após a Revolução Francesa de 1789. A ideia de Tribunal do Júri tem um objetivo bem claro: colocar o poder na mão do povo para tornar o julgamento mais democrático e justo possível.

É importante destacar que não foi nada fácil conquistar o

status jurídico que hoje possui o Tribunal do Júri no mundo e no Brasil. O tribunal do povo foi conquistado com muita luta. Na Europa, por exemplo, foi através de uma revolução para os cidadãos julgarem os seus pares. No Brasil, o Tribunal do Júri foi se estabilizar após dois períodos ditatoriais.

A Constituição Federal de 1988 é firme no sentido de garantir ao povo a soberania dos seus veredictos, bem como o sigilo das votações, julgando os jurados com base no sistema da íntima convicção. Nesse caso, verifica-se que alguns tribunais e boa parte da doutrina têm algum tipo de divergência no tocante à soberania dos veredictos proferidos pelos jurados, mormente no que diz respeito à tese de clemência para absolver o réu.

A presente pesquisa revelou que alguns tribunais são a favor da soberania da tese de clemência, embora não amparada nos autos. Isto é, segundo alguns tribunais, os jurados podem perdoar o réu, de modo a não justificar o recurso de apelação sob o argumento de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos. A doutrina e a jurisprudência encontraram motivos para tal decisão.

Uma das razões está na reforma processual de 2008 – Lei nº. 11.689 de 09 de junho de 2008 –, que determina de forma imperativa, ainda que seja o caso de réu confesso, a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?”, sob pena de nulidade absoluta do julgamento.

Parte da doutrina sustenta também que, como os jurados não são técnicos, não haveria razão lógica para eles observarem somente as provas dos autos do processo, sendo, também, que jamais se poderia chegar na real decisão que fez o jurado decidir pela condenação ou absolvição, tendo em vista a circunstância de que aos jurados impera o sistema da íntima convicção, sem a necessidade de fundamentação do voto.

Entretanto, há entendimento diverso sobre a questão. O Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o tema e decidiu

que aos jurados não é lícito a absolvição pela tese de clemência quando não corroborada nos elementos de prova do processo.

Os ministros do STJ explicaram o porquê do não acatamento da soberania da tese de clemência. O fundamento está concentrado basicamente em um único motivo: evitar futuras arbitrariedades. Ou seja, parcela da comunidade jurídica entende que não se deve dar plena soberania aos jurados pelo fato de que, futuramente, poder-se-ia o Conselho de Sentença cometer grandes injustiças e, por via reflexa, cancelar-se-iam tais abusos.

Ademais, percebe-se que parte minoritária de juristas não concorda em hipótese alguma por um possível perdão pelo tribunal do povo, seja com ou sem provas processuais. Tal raciocínio se dá por questões morais e éticas, e pela interpretação de que o jurado não teria mais poderes do que o juiz togado.

O plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de modo categórico sobre a possibilidade ou não de uma tese que tenha como fundamento um argumento extrajurídico. No entanto, confere-se que a maioria dos ministros é contra o cabimento da tese de clemência, salvo se esta estiver suportada nos autos.

A hipótese do problema que restou confirmada pela pesquisa está de acordo com a inviabilidade da tese de clemência, em que pese alguns tribunais e parte da doutrina apoiarem-se na tese oposta.

É importante dizer que o critério utilizado para se chegar ao raciocínio da inviabilidade da tese de clemência se deu por duas circunstâncias. A primeira vincula-se ao recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no HC 313.251/RJ, da relatoria do ministro Ilan Paciornik, em que fora decidido pela Terceira Seção do STJ que a decisão dos jurados não pode estar completamente dissociada da prova dos autos, sob pena de validar-se futuras arbitrariedades. A segunda circunstância está na jurisprudência do STF que compartilha do mesmo entendimento, embora alguns ministros sustentem o contrário.

Dessa maneira, conclui-se que a hipótese confirmada pela presente pesquisa é no sentido de ser predominante no Brasil o entendimento acerca da inviabilidade da tese clemência. Todavia, verifica-se que a hipótese confirmada apresenta grandes incoerências e contradições que não foram abordadas pela doutrina e tampouco pelos tribunais superiores, a saber: **(a)** Lei nº 11.689/2008 (estabelece quesito genérico obrigatório de absolvição); **(b)** súmula nº 156 do STF (determina que o quesito genérico de absolvição é obrigatório, sob pena de nulidade absoluta do julgamento); **(c)** art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1988 (soberania dos veredictos); **(d)** sistema da íntima convicção (o veredito é de foro íntimo, o jurado não precisa fundamentar) e **(e)** jurados leigos (o legislador não quis o julgamento plenamente técnico).

Portanto, é necessário que a doutrina, bem como os tribunais superiores justifiquem a razão pela qual não foi enfrentado os pontos mencionados acima, tendo em vista a relevância dos fundamentos apontados e coerentes com a legitimidade da tese de clemência no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: secretaria de Editoração e Publicações.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 313.251/RJ**, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, DJe 27/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 350.895/RJ**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 786.854/ES AgR**, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma do STF, DJe 06/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 111.207/ES**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma do STF, DJe 17/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143595/SP**. Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 10/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 117.076/PR**. Relator Ministro Celso de Mello, DJe 18/09/2013.

CARDOSO, Flávio. **Questionário e Votação no Procedimento do Júri**. Disponível: <<https://flaviocardosoab.jusbrasil.com.br/artigos/112255789/questionario-e-votacao-no-procedimento-do-juri>>. Acesso em: 06/08/2018.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: Contradições e Soluções**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA, César Ramos. **Recurso do MP contra sentença do júri viola soberania dos veredictos**. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/recurso-mp-sentenca-juri-viola-soberania-veredictos#author>>. Acesso em: 04/07/2018.

ALMEIDA, João Batista de. **Tribunal do Júri**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Crime** Nº 20120910227515APR, Terceira Turma Criminal, Relator Waldir Leôncio Lopes Junior, julgado em: 02/02/2017.

ÉSQUILO. **Oresteia: Agamémnon – Coéforas – Euménides**. Tradução: Manuel de Oliveira Pulquerio, Coimbra: Edições 70, 2008.

CALVO FILHO, Romualdo Sanches, **MANUAL PRÁTICO DO JÚRI**. São Paulo: LEUD, 2009.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 241304-30.2011.8.09.0051, Segunda Câmara Criminal, Relator Fábio Cristóvão de Campos Faria, julgado em: 11/11/2014.

JUNIOR, Aury Lopes, **Tribunal do Júri: a problemática apelação do artigo 593, III, “d”, do CPP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematika-apelacao-artigo593-iii-cpp>. Acesso em: 05/07/2018.

LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LYRA, Roberto. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

MARQUES, Jader, **Tribunal do Júri: Considerações críticas à Lei 11.68/08, de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2008.

MENEZES, Geraldo Hamilton. **Roteiro Prático do Júri.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 10231150192772001, Quarta Câmara Criminal, Relator Doorgal Andrada, julgado em: 07/02/2018.

MOSSIN, Heráclito Antônio, **Júri: Crimes e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASSIF, Aramis. **O Júri Objetivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NETO, Orlando Faccini. **A TESE DE CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL.** Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/tese-de-clemencia-no-tribunal-do-juri-uma-solucao-possivel/>>. Acesso em: 29 de junho de 2018.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro, **Absolvição por Clemência.** Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2018/02/absolvicao-por-clemencia.html>. Acesso em: 04/07/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado.** 11ª Ed. Editora Revista do Tribunais.

PACELLI, Eugênio, FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugênio, FISCHER Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 1.696.115-0, Primeira Câmara Criminal, Relator Antonio Loyola Vieira, julgado em: 14/12/2017.

PINHEIRO, Aline, **Corte europeia cria regras para júri democrático.** Disponível: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-20/corte-europeia-direitos-humanos-muda-regras-cria-juri-democratico>. Acesso em: 07/08/2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica.** São Paulo: Atlas, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 0194776-36.2016.8.19.0001, Primeira Câmara Criminal, Relatora Maria Sandra Kayat, julgado em: 20/06/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 70074063041, Segunda Câmara Criminal, Relator José Ricardo Coutinho Silva, julgado em 27/03/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 0002128-73.2013.8.24.0040, Quarta Câmara Criminal, Relator Sidney Eloy Dalabrida, julgado em: 21/06/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime** Nº 0006868-16.2000.8.26.0609, Oitava Câmara Criminal, Relator Sérgio Ribas, julgado em: 19/04/2018.

STRECK, Lenio Luiz, **Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.