



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO

GILMAR MENDES

ILUSTRE RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N. 1.225.185

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), regularmente habilitado como *amicus curiae*, por seus procuradores abaixo assinados, vem à presença de Vossa Excelência apresentar seu **Parecer**, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no julgamento do **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.225.185/MG**, determinante do Tema de Repercussão Geral n. 1.087.

I. BREVE SÍNTESE DO PROCESSO E HISTÓRICO DO TEMA EM DISCUSSÃO

O Tema de Repercussão Geral é a possibilidade de o Tribunal de Segundo Grau, tendo em vista a **soberania dos veredictos** do Tribunal do Júri, determinar a **realização de novo júri** após julgamento de recurso interposto **contra a absolvição assentada no quesito genérico do artigo 483, III e § 2º do Código de Processo Penal**, por suposta contrariedade à prova dos autos.

O objetivo é definir, portanto, se é possível, desde o ponto de vista da soberania dos veredictos, que o Tribunal togado contrarie a livre expressão da vontade dos

jurados, expressa na decisão colegiada, ao reconhecerem a materialidade e a autoria do crime doloso contra a vida, mas, simultaneamente, negarem ao Estado a possibilidade de condenar o acusado, em decisão por clemência, em oposição ao arcabouço probatório, como resultado de suas convicções pessoais.

O debate tem por paradigma o Recurso Extraordinário com Agravo de n. 1.225.185/MG, interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Felix Fischer, relator do Agravo em Recurso Especial n. 1.472.533, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial, ao entender que o acórdão, exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está de acordo com o entendimento dominante naquela Corte Superior.

O Ministério Público assevera que o ordenamento pátrio não permite a absolvição por clemência e que autorizaria o “restabelecimento da vingança e da justiça com as próprias mãos” (acórdão que decidiu pela repercussão geral).

Nos termos da decisão ora enfrentada, registrou-se que a conclusão não foi absolutamente dissociada das provas apresentadas no transcorrer da instrução e em plenário, tendo em vista que o Conselho de Sentença acolheu tese absolutória suscitada pela defesa estruturada a partir do sentimento de clemência.

Nesse sentido, assevera o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Relator que “conforme entendimento do eg. Tribunal de origem, considerando **não haver contradição** na decisão absolutória dos jurados, ainda que reconhecidas a materialidade e a autoria delitiva, seria **indevida a invocação do art. 493, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal**, para determinar novo julgamento pelo Conselho Popular, em afronta aos princípios da íntima convicção dos jurados e da soberania dos veredictos”. (e-STJ, fls. 1257)

Adiante, o Ministro Felix Fisher esclarece sua posição ao dizer que “impende registrar que a absolvição dos réus pelos jurados com base no art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal, não constitui decisão irrecurável, podendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, cassá-la, ao verificar que a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença é absolutamente dissociada das provas apresentadas no transcorrer da instrução e em plenário, o que não ocorreu na hipótese”. (e-STJ, fls. 1257)

Por outro lado, ao analisar a repercussão geral do Tema que ora se discute, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes, relator desse Recurso Extraordinário com Agravo de n. 1.225.185, traz a questão constitucional a este Plenário, aventando-se que “o recurso de apelação cabível em situações de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos pode ter assumido nova feição após a reforma da Lei 11.689/2008”. Nesse sentido, se o jurado pode absolver de modo genérico, por qualquer motivo de ordem pessoal, questiona-se a possibilidade de absolvição por clemência, mesmo que as provas dos autos apontem a autoria e materialidade do delito.

Portanto, em síntese, o que se debate é **se a soberania dos veredictos é violada diante da impugnação de uma decisão de “absolvição pelo Júri em resposta ao quesito genérico (art. 483, III, c/c §2º, CPP), por meio de apelação interposta pelo Ministério Público com base na hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP)”** (decisão pela repercussão geral), o que, na prática, significa descobrir se o ordenamento pátrio permite a absolvição por clemência imotivada. Esta é, em síntese, a questão central que se coloca em debate no Tema de Repercussão Geral objeto deste Parecer.

Para enfrenta-la, o IBCCRIM analisa o objeto em debate nos seguintes pontos: (i) os pressupostos de uma decisão soberana pelo Conselho de Sentença; (ii) a soberania dos veredictos como regra e garantia e, por fim, (iii) a previsão da decisão por clemência, em suas razões político-criminais e irrecorribilidade.

Seguindo esse roteiro, de início passam-se em revista as condições e os requisitos para que uma decisão pelo Conselho de Sentença seja considerada soberana. No tópico seguinte, aprofunda-se a análise, tratando da natureza jurídica e do conteúdo da ideia de “soberania dos veredictos”, destacando-se o caráter instrumental do Tribunal do Júri na garantia do direito à liberdade. Por fim, avançando sobre a hipótese de concessão de clemência em situação contrafática em termos de adequação ao conceito de fato punível, analisa-se sua previsão no ordenamento jurídico e sua irrecorribilidade, na perspectiva das razões político-criminais que orientaram a reforma de 2008 em relação à quesitação, ponderando-se o instituto de clemência pelo Júri no direito comparado e, em conclusão, apresentam-se as razões pelas quais parece mesmo ser irrecorrível a decisão absolutória fundada no quesito genérico, dado seu caráter valorativo e não obrigatoriamente fático-processual.

II. OS PRESSUPOSTOS E SUPOSTOS DE UMA DECISÃO SOBERANA PELO CONSELHO DE SENTENÇA

Ao reconhecer a instituição do júri no rol dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República assegura, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas *a* a *d*: (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.

O exame da tese discutida no presente feito passa, sem dúvida, pela conceituação da soberania dos veredictos, de modo a verificar se ela autoriza a formulação de um juízo *empático* ou *metajurídico* pelo Conselho de Sentença.

Porém, antes de descer à análise da forma e do conteúdo da soberania dos veredictos, bem como de seus lineamentos à luz da íntima convicção (assegurada pelo sigilo das votações), da plenitude de defesa (autorizadora de argumentação defensiva que “transcende a dimensão meramente jurídica, na medida em que admite aspectos de ordem social, cultural, econômica, moral, religiosa etc.”),¹ e da presunção de inocência, alguns pressupostos (e supostos) precisam ser firmados. Em outras palavras, é preciso reconhecer aquilo que está implícito nos argumentos que estruturam o presente Parecer.

Para a formação de um veredicto soberano – e válido –, é imprescindível que o Conselho de Sentença seja e esteja **independente**, o mais **imparcial** quanto possível e **livre**, portanto, de constrangimentos de qualquer natureza.

É o que se extrai do Código de Processo Penal quando estabelece diversos mecanismos de *controle da racionalidade* das decisões do tribunal do júri,² os quais operam como imposições do devido processo legal, filtrando (e eliminando) circunstâncias capazes de contaminar o Conselho de Sentença.³

¹ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art. 5º, XXXVIII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382

² Conforme: DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **O Tribunal do Júri e a Soberania Mitigada**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Titular Antonio Scarance FERNANDES. 2008, p. 82.

³ A esse respeito, contudo, e a par de todas as (desejáveis) cautelas que se impõem ao controle de racionalidade dos veredictos, indispensável comentar que pesquisas na área das ciências sociais indicam que juízes profissionais podem ser tão suscetíveis quanto os jurados às influências indevidas de alguns tipos de prova. Como destaca SCHAUER, embora as regras probatórias no contexto anglo-americano tenham, de fato, surgido no contexto da proteção das falhas cognitivas do júri, a crença de inferioridade cognitiva dos jurados em relação aos magistrados é largamente um mito: ambos são igualmente propensos a sobre ou subavaliar certos tipos de informação. No entanto, os juízes tendem a superestimar as próprias capacidades cognitivas, acreditando-se capazes de superar as deficiências

Exemplificativamente – pois descabe exaurir a matéria para demonstrá-lo –, pode-se mencionar a vedação do excesso de linguagem no ato da pronúncia (art. 413, CPP),⁴ ou a proibição, sob pena de nulidade, de que as partes façam referência à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (art. 478, I, CPP),⁵ como formas de direcionar a heurística leiga dos membros julgadores.

Com efeito, a decisão de pronúncia não pode realizar juízos de certeza, devendo a linguagem ser “sóbria, comedida, sem excessos de adjetivação”, sob pena de influenciar negativamente os jurados, “afetando a necessária **independência** que devem ter para julgar o processo”.⁶ Logo, isso também vale para o relatório sucinto que o juiz presidente deve elaborar, nos termos do artigo 423, II, do CPP,⁷ para a preparação do processo para julgamento em Plenário.⁸

do raciocínio que são inerentes a todos os seres humanos. Tais constatações colocam à prova as especulações que se fazem à suposta deficiência dos jurados para avaliar adequadamente os elementos probatórios. SCHAUER, Frederick. **On the supposed jury-dependence of evidence law.** University of Pennsylvania Law Review. v. 155, 2006, p. 187 – 189. *In* NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 331.

⁴ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

⁵ Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 804. (destacamos) No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: HC 85260, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, publicado em 04/03/2005.

⁷ Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente: II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

⁸ De acordo com Aramis Nassif, o relatório “não poderá conter-se de análise de prova e limitar-se-á a descrever, sinteticamente, as ocorrências no desenvolvimento do feito” (NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro.** Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2008, p. 79.

As regras contidas nos artigos 425 e 426 do CPP, sobre o alistamento de jurados, igualmente operam para tentar assegurar a diversidade e a aleatoriedade e para evitar a presença de jurados “contaminados”, vedando a figura do “jurado profissional”, ou buscando a ampla representatividade dos diversos agrupamentos sociais, ao exigir que sejam requisitadas “às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado”.

Na mesma linha, o artigo 436, §1º, CPP, dispõe que “nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução”. Tais imposições também se prestam a permitir a **aleatoriedade** do Conselho de Sentença, evitando direcionamentos ou predileções.

Outro instituto relevante é o do **desaforamento** (art. 427, CPP), que prevê hipóteses de modificação da competência da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. Em suma, as hipóteses são:

(i) o **interesse da ordem pública**, como em casos de **convulsão social** ou **risco à incolumidade dos jurados**.⁹ O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já reconheceu a perturbação da ordem pública pelo fato de, durante a audiência de instrução, “haver a presença de familiares vestindo a camisa com a foto da vítima, assim como o funcionamento de trio elétrico na área externa do fórum durante tal ato”,¹⁰

⁹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399.

¹⁰ STJ, HC 29.029/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 07/10/2003.

(ii) a dúvida sobre a **imparcialidade do júri**, como pode ocorrer em “situações em que os jurados estiverem sofrendo pressão de familiares do acusado ou da vítima”.¹¹ Para além das citadas hipóteses, Aury Lopes Jr. entende que o *mimetismo midiático* também pode gerar um estado de contaminação psíquica em decorrência do excesso de visibilidade e exploração promovida por meios de comunicação;¹² e, por último,

(iii) a dúvida sobre a **segurança do acusado**, como em “situações de promessas de **linchamento**, ou rumores insistentes de que os réus serão justicados pela população”, o que também se aplica ao advogado do acusado.¹³

Também com o propósito de assegurar a **imparcialidade** do Conselho de Sentença em maior medida possível, os artigos 448 e 449 do Código de Processo Penal preveem hipóteses específicas de impedimento, suspeição e incompatibilidade dos jurados.

Finalmente, cabe mencionar a vedação do uso de algemas em plenário, excepcionado apenas em situações específicas (art. 473, §3º, CPP), que deverão ser fundamentadas, de acordo com a Súmula Vinculante nº. 11, do Supremo Tribunal Federal.¹⁴ Como bem pontuado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, “a permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 678.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 826.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães (Org.); TORON, Alberto Zacharias (Org.); SAAD GIMENES, Marta Cristina Cury (Org.); MENDONCA, Andrey Borges de (Org.); MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.); VIEIRA, Renato Stanzola (Org.); VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Org.); MALAN, Diogo Rudge (Org.); GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.); SOUZA, Carolina Yumi (Org.); DEZEM, G. M. (Org.). **Código de Processo Penal Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 843.

¹⁴ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, **ficando os jurados sugestionados**".¹⁵

Em um contexto geral, pode-se afirmar que o procedimento do Tribunal do Júri é complexo e burocrático, possuindo como nota característica a tentativa de preservação da máxima legitimidade do Conselho de Sentença, barrando situações que possam enviesar, em sentido amplo ou estrito, a compreensão dos jurados.¹⁶

Todas essas balizas delineiam os caminhos que conduzem ao legítimo exercício do livre convencimento dos jurados: fora delas não há liberdade, independência e imparcialidade necessárias ao estabelecimento de um veredicto soberano, em clara violação ao *due process of law*. Em outras palavras, a decisão do Conselho de Sentença que não observe os pressupostos aqui mencionados será viciada e, por isso, nula, precisamente por não ser soberana. Mas, como se verá a seguir, e em sentido oposto, é sempre soberana a decisão empática, mesmo que contra a evidência de autoria e materialidade e preenchimentos de todos os elementos do conceito analítico de fato punível. Afinal, a absolvição de culpados (ao contrário da condenação de inocentes) é algo natural e comum ao processo legal devido.

III. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: REGRA E GARANTIA

¹⁵ STF, HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 7-8-2008, DJE 241 de 19-12-2008.

¹⁶ Em breve apontamento do direito comparado, note-se que no sistema anglo-americano são comuns os esforços voltados para estabelecer uma racionalidade valorativa *ex ante*, ou seja, a partir de um procedimento configurado para prevenir, o máximo quanto possível, erros e imprecisões no julgamento. Isso é verificado, por exemplo, pelos esforços destinados a evitar que certas peças de informação cheguem ao conhecimento dos jurados e prejudiquem sua decisão, em uma intensa triagem dos elementos probatórios de modo a controlar, inclusive, os excessos das partes no sistema adversarial. Por outro lado, as instruções do magistrado que antecedem a fase de deliberações contêm diversas orientações acerca da forma como os jurados devem interpretar as disposições legais pertinentes e avaliar as provas apresentadas. Nos casos penais, por exemplo, por mais convencidos que estejam sobre a culpa do acusado, se vislumbrarem uma possibilidade real de que ele seja inocente, os jurados são orientados a absolvê-lo. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 288.

Antes de tratar, diretamente, da natureza jurídica de uma decisão absolutória pelo quesito genérico, propõe-se, em primeiro lugar, analisar o alcance da soberania dos veredictos, seja enquanto **regra de jurisdição e competência** e caractere essencial ao Tribunal do Júri, indissociável dos demais, seja como **garantia fundamental do acusado**, calcada no art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVIII - 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;

Ao assegurar ao sujeito acusado da prática de crime doloso contra a vida o julgamento pelo Tribunal do Júri, delegando ao legislador ordinário sua organização, a Constituição de 1988 estabelece parâmetros diretivos, específicos e que devem necessariamente ser observados, sem os quais se desvirtua a essência do Tribunal Popular. São eles, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e, por fim, a competência mínima para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Do respeito às fronteiras dessa moldura dependem a *substância*, a *realidade* e o *poder* do Tribunal do Júri.¹⁷

Assim, da mesma forma que somente se pode prender alguém em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e que somente se pode impor uma pena restritiva de liberdade respeitando-se o devido processo legal, **o Estado só pode restringir – a não ser em caráter provisório – a liberdade do indivíduo que cometa um crime doloso contra a vida se houver um julgamento pelo**

¹⁷ BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950, p. 50.

Tribunal do Júri. Mais: em acréscimo a essa condição, e como visto, a decisão do Conselho de Sentença e a sentença advinda do Tribunal do Júri só se legitimam e são aceitáveis e constitucionais se ocorrerem no âmbito de um processo em que a **defesa foi plena e as votações foram sigilosas**, possibilitando-se um **veredicto** verdadeiramente **soberano**.

1. A forma (natureza jurídica) e o conteúdo (significado, entendimento e abrangência) da soberania dos veredictos.

Nesse sentido, na classificação proposta pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, cujo pensamento já foi adotado como parâmetro em outros julgamentos submetidos a este Supremo Tribunal, a competência mínima¹⁸ para a apreciação de crimes dolosos contra a vida tem inegavelmente a natureza jurídica de *regra*¹⁹ e, como tal, é uma determinação inafastável. Além disso, vez que tal preceito não suporta mitigação ou flexibilização, sendo imperativo que todo indivíduo acusado pela prática de crimes dessa natureza deva ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, revela-se verdadeira **regra de competência** e, como tal, garantia e direito fundamental do acusado.

Por outro lado, o item “c” do inciso XXXVIII, art. 5º da Constituição, confere soberania à decisão exarada pelo Conselho de Sentença no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sem a qual “o júri não passaria de um simples órgão colegiado de primeiro grau”.²⁰ E aqui, para melhor entendimento do significado de “soberania dos veredictos”, o conceito é dividido em dois elementos.

¹⁸ Refere-se à competência como “mínima” pois a Constituição Federal *reconhece* a instituição do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII) e *assegura* sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (item “d” do inciso), mas não há impedimento de acréscimo de outros crimes ao rol – como se dá, por exemplo, com os crimes conexos (art. 78, I do Código de Processo Penal).

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Tribunal do Júri e Soberania dos Veredictos: Desconfiança e Enfraquecimento de um Falso Soberano**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo, Coords. O processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 364.

Etimologicamente, “veredicto” vem do latim, *veredictum*, cujo significado literal deriva de *vere* (advérbio “verdadeiramente”, de *verus*, “verdade”) e “dictum” (“dito”). Portanto, “dizer a verdade”. No procedimento do Júri, trata-se da “verdade” dita pelos jurados. Nesse sentido lexicográfico, o *caput* artigo 472 do Código de Processo Penal, em redação dada pela Lei 11.689 de 2008, assim determina:

Art. 472. 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 da justiça.
Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:
Assim o prometo.

O juramento proferido pelos membros do Conselho de Sentença oferece, portanto, os parâmetros sobre os quais é proferido o veredicto: os jurados comprometem-se ao exame da causa com imparcialidade e a decidir de acordo com as suas consciências e com os ditames da justiça – em um sentido bastante etéreo do termo “justiça”, destaque-se. Nota-se, pois, que em nenhum momento o legislador vinculou o entendimento dos jurados à lei ou ao conceito *jurídico* de crime. Uma obviedade que a lei faz bem em ressaltar: não haveria sentido convocar cidadãos, alheios à ciência jurídica, para simples aplicação da lei. Caso assim o fosse, seria preferível relegar à justiça comum a competência constitucional da apreciação de crimes dolosos contra a vida. Todavia, essa não era a intenção do Constituinte Originário.

Fato é que os conceitos de “consciência” e “ditames da justiça” são abstratos e integram a subjetividade de cada jurado de modo singular. O termo “consciência”, oriundo do latim *conscientia*, está vinculado à percepção de algo exterior, uma nova realidade, com base em conceitos pré-estabelecidos. A “consciência é o lado subjetivo de todo acontecimento psíquico, portanto inseparável do processo anímico

fisiológico”, já diz uma definição clássica, a lembrar que não existe dissociação radical entre pensar e sentir.²¹ No Tribunal do Júri, trata-se precisamente do juízo valorativo pessoal acerca das arguições e provas expostas em Plenário: a consciência não pode, nesse lugar e sentido, ser objetivamente avaliada, limitada ou mesmo ter sua coerência aferida pela observância da “prova”, conforme limitada compreensão jurídica do termo.

Os “*ditames da justiça*”, por sua vez, tem por referência uma definição ambígua. Isso porque a *justiça* pode ser compreendida teleologicamente, por estado ideal de interação social.²² No Plenário, cabe a cada integrante do Conselho, a partir da sua compreensão da realidade, determinar qual é o meio adequado para alcançá-la. A *justiça*, nesse sentido, não necessariamente equivale à aplicação da lei; pode, em alguns casos, ser um desafio à uma legalidade compreendida como *injusta*. Da mesma forma que o vocábulo analisado acima, não há como avaliar se um veredicto foi objetivamente justo ou não, por tratar-se de uma afirmação de valor, não de fato e muito menos fático-processual conforme a dogmática penal.

A opção por utilizar categorias axiológicas, inerentes ao (in)consciente dos jurados, tem por fim justamente reiterar que o veredicto deve ser desvinculado de qualquer influência externa. Uma decisão pautada na “consciência” e nos “ditames da justiça” deve partir do jurado e dele apenas, e tentar condicionar estes elementos a partir do *nomos* jurídico equivale a atentar contra o livre convencimento e contra a soberania dos vereditos. Um transbordar da arrogante e nunca realizada pretensão jurídica de previsibilidade.

²¹ FREUD, Sigmund. (1895/1950) **Entwurf einer Psychologie**. Gesammelte Werke. Nachtragsband. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1987. pp. 373-486.

²² LUMER, Christoph. **Encyclopedia philosophy**. Meiner: Hamburg, 2005. p.464

Assim, encontram-se abrangidas no entendimento de *veredicto* também as acepções de livre convencimento e íntima convicção. Claro, se o jurado decide de acordo com seu íntimo sentir e pensar, baseado em seu próprio senso de justiça, suas razões são dispensadas, visto que tais elementos não são racionais. Afinal, como explicar o porquê de se pensar que isso ou aquilo é “justo”? A grandeza do Tribunal do Júri reside justamente em sobrelevar a sabedoria popular em detrimento da técnica e, pior, do tecnicismo.²³

Em suma, compreendem-se os *veredictos* como **as respostas que o Conselho de Sentença dá aos quesitos que lhe são propostos**, para o julgamento da causa,²⁴ quesitos estes que não atinem só a questões de fato, mas também de direito material. Até porque, as questões fáticas e jurídicas encontram-se, quase sempre, interligadas. Não é clara a definição do que constitui, efetivamente, uma questão de fato e o que se entende como questão de direito, especialmente no que se refere à categorização jurídica de algumas questões fáticas:²⁵ quando o Jurado é perguntado se há circunstância que agrava a pena, se “torpe” o motivo pelo qual foi praticado o crime, responde sobre o direito (mas não necessariamente com base na norma posta, valendo-se de seu próprio conceito de “torpeza”).

Ora, é papel dos jurados no processo de tomada de decisão, tendo por ponto de partida a prova que lhes foi exibida em Plenário, e a partir das narrativas contrapostas por acusação e defesa e de acordo com seu senso de justiça, decidir quanto aos fatos (nos quesitos de autoria e materialidade, por exemplo), mas também quanto aos valores atribuídos aos fatos (ao definir materialmente o que entendem por “torpeza”, por exemplo). Os jurados, formadores do Conselho de Sentença, no

²³ JARDIM, Eliete Costa Silva. **Tribunal do Júri – Absolvição fundada no quesito genérico:** ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade. In JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual penal:** estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 578.

²⁴ WHITAKER, Firmino. **Jury.** 2ª edição. São Paulo: Duprat, 1910, p. 175.

²⁵ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri:** uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 302.

exercício de sua íntima convicção e de maneira sigilosa, resolvem o **mérito soberanamente**.

Aliás, também o quesito que pergunta aos jurados se deve o acusado ser absolvido (art. 483, III do Código de Processo Penal), dispositivo aqui em discussão, exprime um valor, não um fato, e por isso dialoga diretamente com a ideia de íntima convicção e de senso de justiça – como mais adiante se verá.

Por outro lado, o significante *soberania*, apesar de não ter significado incontroverso (vez que exprime conteúdo axiológico, polissêmico), pode ser tido, em resumo, como a superioridade, primazia, a supremacia da decisão do corpo de jurados, de maneira que “tem-se entendido que o júri é soberano porque **dá a última palavra quanto ao mérito da causa**, não podendo, nesse ponto, ser substituído por qualquer outro órgão. Consequentemente, prevalece o entendimento de que a soberania dos veredictos deve ser entendida como a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa”.²⁶

Todas as questões atinentes ao mérito, objeto do veredicto, encontram-se acobertadas pela soberania. Assegura-se, assim, que aquilo que o Conselho de Sentença decidir sobre a causa, prevalecerá, mostrando-se a soberania dos veredictos verdadeiramente como **direito individual do acusado** (pela prática de um crime doloso contra a vida) de ser “julgado por seus pares”, em contraposição ao julgamento por um juiz profissional ou togado.

Desta maneira, também decorre do texto constitucional, além da regra de competência mínima do Tribunal do Júri, uma **regra de jurisdição** no sentido de que,

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, Tribunal do Júri e Soberania dos Veredictos: Desconfiança e Enfraquecimento de um Falso Soberano. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo, Coords. **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 366.

naquelas hipóteses específicas submetidas ao julgamento pelo Tribunal do Júri, a decisão sobre o mérito da causa é de jurisdição exclusiva do Conselho de Sentença: **só a ele cabe dizer o direito material em crimes dolosos contra a vida.**

Nesse contexto, imperioso observar ainda que a ideia de **veredicto soberano não se confunde com a ideia de veredicto absoluto ou definitivo**. Isso porque, no sistema constitucional, a regra da soberania dos veredictos convive de maneira harmoniosa e não colidente com a regra da presunção de inocência e com o direito de recurso, sendo a sentença proveniente do Tribunal do Júri cindível do ponto de vista recursal e, em última análise, **mutável até o trânsito em julgado**. Existem *inúmeras* possibilidades de fundamento para recurso aos Tribunais togados, cujos acórdãos, por sua vez, têm o condão de alterar total ou parcialmente a decisão anterior e de determinar diferente destino para o réu, mesmo sem decidir sobre o mérito da causa. Exemplo cristalino é a perspectiva de que, caso anulada a sentença, em nova Sessão de Julgamento, com outros jurados e em outras circunstâncias, pode o acusado – antes condenado – ser absolvido. E não há nada de errado, ilegal ou injusto nisso.

Por outro lado, conforme se verá mais adiante, o direito de recurso encontra limitações frente à possibilidade de absolvição pelo quesito genérico.

2. O caráter instrumental do Tribunal do Júri de assegurar o direito à liberdade do sujeito acusado pela prática de crime doloso contra a vida.

Paralelamente, é imprescindível considerar que a Constituição da República institui uma razão própria ao processo penal, que “tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”²⁷ e que se subordina às finalidades que

²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

regem o Direito Penal ao marco democrático, centradas e associadas à **proteção do indivíduo**.²⁸

Nesse contexto, o direito processual penal se constitui a partir de uma estrutura normativa própria, arrimada no princípio da legalidade processual e orientada pela função de **limite** e de **contenção ao poder de punir** do Estado. Por isso, **as formas processuais penais adquirem caráter de garantia**,²⁹ – vinculada diretamente à proteção de direitos humanos, em relação aos quais não se deve transigir, como explica o Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa a partir da obra de Luigi Ferrajoli.³⁰

Seguindo essa ordem de ideias, a interpretação dada ao texto constitucional, a partir dos incisos elencados no art. 5º, necessariamente garante a ampliação do direito individual à liberdade, porque define direitos fundamentais. No modelo democrático de direito, as hipóteses de restrição à liberdade regem-se pelo princípio (ou, no sentido proposto por Robert Alexy, **regra**) da legalidade e revestem-se de limites semânticos estreitos e nítidos, seja pela estrutura normativa do direito processual penal ou por seus procedimentos de interpretação correlatos.

Previsto na longa lista “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição da República, o Tribunal do Júri – ao menos, em seus elementos essenciais – realiza, assim, uma garantia fundamental da pessoa que é acusada de praticar um crime

²⁸ HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 45, n. 1, p. 235-250, 1992.

²⁹ Do ponto de vista da tradicional distinção entre direitos e garantias, adotada pelo professor lusitano Jorge Miranda, estabelece-se que “os direitos representam só por si certos bens; as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas vezes, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias se projectam pelo nexos que possuem com direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”. Ver MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: 1993, t. 4, p. 88.

³⁰ DA ROSA, Alexandre Morais. **O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório**: Diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, n. 2, p. 219-234, 2008.

doloso contra a vida, definindo-se, de maneira inequívoca, como **regra de jurisdição e competência** de natureza instrumental para proteção da liberdade humana.³¹

Soma-se a isso a inevitável constatação de que, na trajetória do constitucionalismo democrático, a instituição do júri é associada aos princípios básicos do Estado liberal. Por meio dela manifesta-se a soberania popular a partir de sua participação na administração da justiça, especificamente no exercício da jurisdição. Conforme aponta Michele Taruffo,³² a mais importante função desempenhada pela instituição do júri seria a de natureza simbólico-ritual: o aspecto simbólico se liga ao mito do júri como instituição pela qual o povo administra diretamente a justiça aplicando seus próprios critérios de valoração, evitando um poder formalista e opressivo do Estado. O júri seria, assim, um escudo das liberdades e garantidor da democracia, permitindo a participação direta do povo na administração da justiça.³³

Por essas razões, a soberania dos veredictos, enquanto regra e como direito assegurado pelo texto constitucional, não pode ser invocada para, em clara contradição, negar a realização de um segundo direito, como, aliás, prevê expressamente a Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos, base de um

³¹ Quanto a isso, não podemos deixar de mencionar a notável pesquisa empírica realizada em meados da década de 1950 pelos professores da Universidade de Chicago Harry Kalven e Hans Zeisel. No experimento, 555 magistrados de praticamente todos os estados norte-americanos foram chamados a cooperar, respondendo a um questionário assim que os jurados se retirassem para as deliberações, no qual deveriam responder seu próprio veredicto, antes do retorno do conselho de sentença. Assim, foi possível comparar as inclinações dos juizes profissionais com os veredictos exarados pelos jurados e o resultado foi o seguinte: em uma amostra de 3.576 casos analisados, os autores identificaram o percentual total de 78% de concordância entre juiz e jurados sendo que, desse total, 64% da coincidência deu-se em decisões absolutórias e em 14% dos casos o consenso foi no sentido da condenação. Por outro lado, a discordância ocorreu em 22% dos casos nos quais em 18% deles o juiz condenaria enquanto o júri decidiu absolver, e apenas nos 3% restantes o júri condenou enquanto o juiz teria optado por absolver. Se vê, portanto, uma evidência de que o júri está mais propenso a absolver do que o juiz – o que, de fato, corresponde ao que historicamente se espera da instituição: a tutela da liberdade. KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. **The American Jury**. Boston: Little, Brown and Company, 1966, p. 57 – 58. *In* NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 337.

³² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 213.

³³ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 316.

modelo jurídico que é manancial recorrente para fundamentação da chamada “nova onda punitiva”, que, no Brasil, pretende universalizar a injustiça do sistema penal em esvaziada tentativa de equilibrar sua seletividade classista essencial.³⁴

IV. A DECISÃO EMPÁTICA CONTRAFÁTICA: PREVISÃO LEGAL DA CLEMÊNCIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO E NO DIREITO COMPARADO E IRRECORRIBILIDADE

1. As razões político-criminais da reforma promovida pela lei 11.689/2008 na quesitação formulada ao conselho de sentença.

Dada sua importância como garantia essencial do regime democrático e a necessidade de alterações no sentido de sua adequação à Constituição da República, modernização, simplificação e eficácia, foi constituída, em 2000, uma Comissão de Juristas para desenvolver a reforma do processo penal brasileiro, a qual se baseou, principalmente, no Projeto de Lei 4.900/1995.³⁵

Após tramitação legislativa, procedeu-se à reforma do procedimento do Tribunal do Júri, com a aprovação da Lei 11.689, de 2008, inserida dentro do “Pacto em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”. Isto é, inquestionável a legitimidade social, política e jurídica desta reforma.

Uma das principais mudanças operadas no procedimento foi a simplificação da quesitação, “tornando mais claras as perguntas formuladas aos jurados e reduzindo as possibilidades de alegações de nulidades” (segundo a própria justificativa apresentada

³⁴ “A previsão, na Constituição, de certos direitos, não pode ser invocada para negar ou restringir outros (direitos) pertencentes ao povo”. Tradução livre de: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*”

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Tribunal do Júri** – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: As reformas no processo penal. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 51.

pelos parlamentares em plenário).³⁶ Na quesitação, houve a inovação de questionar aos jurados, mesmo após eventual confirmação da autoria e da materialidade do delito, se o acusado deve ser absolvido (artigo 483, §2º, do CPP), isto é, tem-se um quesito obrigatório genérico que abrange todas as teses de defesa, alegadas ou não em plenário, que surge apenas quando já ultrapassados os dois quesitos anteriores.³⁷

A respeito da redação a ser dada ao quesito em apreço, curioso notar que, em princípio, debateu-se a inclusão do seguinte teor: “*se o acusado deve ser condenado*”. A proposta foi objeto de duras críticas doutrinárias, quando se sugeriu que constasse “*se o acusado deve ser absolvido ou condenado*”. Mesmo com a aparente neutralidade da segunda formulação, **entendeu o legislador que o correto seria indagar “se o acusado deve ser absolvido”, de forma a prestigiar a presunção de inocência.**

Reforça-se, ainda, que referido quesito teve por intenção afastar as fontes de nulidades que o sistema de quesitação anterior gerava. Para tanto, concentrou todas as possíveis teses defensivas e viabilizar a absolvição do réu por quaisquer motivos, valorizando-se o sistema da íntima convicção e a regra da soberania dos veredictos. Nesse sentido é a justificativa apresentada pelo Senador Demóstenes Torres, Relator do Projeto na Comissão de Constituição e Cidadania do Senado, em seu parecer (n. 997, de 2007):

O mais importante de tudo: a quesitação, a pergunta que se faz ao jurado. Muitas vezes, o próprio juiz, o promotor tem dificuldade em perguntar, juridicamente, para o jurado. Imagine o jurado, homem do povo, respondendo a questões de Direito. Ele agora vai passar a responder somente questões de fato. Ele vai responder, primeiro, se houve o fato. Exemplo: morreu fulano de tal? Segundo, quem é o autor do fato? Se há morte, foi fulano quem causou aquela morte. E, depois, vai responder a uma pergunta: o réu é inocente?

³⁶ Na doutrina: GOMES, Luiz Flavio. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de trânsito**: novo procedimento do Júri (Lei 11.689/08). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 220.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Tribunal do Júri** – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: As reformas no processo penal. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 203-204.

Enfim, essas inovações valorizaram também o efetivo exercício da plenitude de defesa: se o jurado decide pela absolvição, pouco importa a razão pela qual o fez, pouco importa se acolheu alguma tese empossada pela defesa ou se alguma outra motivação interna a orientou.

Ademais, resta clara, com a reforma, a intenção do legislador de reduzir significativamente a possibilidade de recursos por equívoco na quesitação oferecida ao Conselho de Sentença. A preocupação com esse tipo de nulidade é tão presente dentro de nosso ordenamento – desde a percepção doutrinária à jurisprudencial – que o anteprojeto de reforma do CPP (PL 8045/2010) procede à exclusão dos dois primeiros quesitos (sobre materialidade e autoria) e inicia a quesitação, em seu art. 396, com a indagação de “*se deve o acusado ser absolvido*”, evitando-se, assim, casos como o presente, no qual a resposta afirmativa ao quesito obrigatório da absolvição, ao surgir após a confirmação da autoria e materialidade delitivas, acaba sendo (equivocadamente) considerada uma contradição, ensejando a alegada nulidade a decisão dos jurados. Segundo a exposição de motivos, tem-se, com isso, a intenção de superar definitivamente “*os velhos e recorrentes problemas causados pelas nulidades na quesitação*”.

Desta maneira, resta evidente que a quesitação deixou de ser lastreada nas teses defensivas alegadas pelo réu e sustentadas em plenário para permitir propiciar, por meio do quesito genérico, a absolvição por causas supralegais e até mesmo por clemência ou razões humanitárias.³⁸ Se assim não fosse, não haveria sentido na **obrigatoriedade do quesito genérico** quando a única tese defensiva fosse a negativa de autoria, por exemplo. Qual seria o sentido de indagar ao Conselho de Sentença se

³⁸ JARDIM, Eliete Costa Silva. **Tribunal do Júri – Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecurribilidade.** In JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual penal: estudos, pareceres e crônicas.* Salvador: JusPodivm, 2018, p. 580.

o réu deve ser absolvido senão a possibilidade de conferir absoluta liberdade aos jurados para absolver mesmo rejeitando eventual tese de negativa de autoria? Destarte, a própria obrigatoriedade da formulação do quesito, por si só, já denota a ampla liberdade que é conferida aos jurados para a absolvição.

Frise-se ainda que, conforme mencionado, não se consagrou o quesito “o jurado condena o acusado?”. A negativa da existência material do fato ou a negativa de autoria ou participação – ambas questões de fato – devem levar, **obrigatoriamente**, à absolvição. Perguntar aos jurados se condenariam o acusado por outra razão que não a prova dos autos seria evidentemente inconstitucional.

Em sentido oposto, o quesito genérico e obrigatório consiste em “o jurado absolve o acusado?”, o que, em última análise, prestigia a **plenitude de defesa** – já que, no Júri, a defesa não é apenas ampla, mas plena a ponto aceitar a absolvição por quaisquer motivos, fáticos ou contrafáticos, desde que fruto do livre convencimento dos jurados e de seu próprio senso de justiça.

Tem-se, portanto, que **para a condenação, o jurado está atrelado às provas dos autos, eis que só é lícito condenar com base em fatos, e fatos são objeto de prova. De outro giro, para a absolvição, o jurado é absolutamente livre, podendo absolver em virtude de fatos ou de razões outras, de ordem puramente subjetiva.**

2. A absolvição por clemência no direito comparado

Do ponto de vista do direito comparado, partindo-se da experiência europeia, a Inglaterra foi um dos primeiros países a instituir o procedimento do Júri e a história do instituto no Velho Continente pode trazer algumas importantes lições ao assunto aqui em debate.

William Blackstone, uma das maiores autoridades jurídicas inglesas, aponta que a instituição do Júri remonta às primeiras ocupações saxãs³⁹ e já na Magna Carta, de 1.215, havia a seguinte menção:

“No freeman shall be arrested, or imprisoned, or deprived of his freehold, or his liberties, or free custos, or be outlawed, or exiled, or in any manner destroyed (harmed), nor will we (the king) proceed against him, nor send any one against him, by force or arms, unless according to (that is, in execution of) the sentence of his peers and the Common Law of England”.⁴⁰

Historicamente, contudo, foi a partir do momento em que os jurados ingleses deixaram de desempenhar a função de testemunhas do fato para se estabelecerem como juízes do fato (*triers of fact*) que a instituição passou a se consagrar pelo desempenho de uma relevante função política.⁴¹

Thomas Green, em referência ao clássico “*An address to the Jurymen of London*”, aponta que a clemência, cujo instituto mais próximo no direito inglês é o chamado “*jury equity*”, também se manifesta quando “eles acham que o fato não é tão odioso quanto consta nas informações de seu indiciamento”.⁴²

Estima-se que o primeiro julgamento por equidade na Inglaterra ocorreu em 1670, oportunidade em que William Penn foi acusado de “reunião ilegal” (“*unlawful assembly*”) ao professar um sermão em via pública. Mesmo presentes todos os pressupostos para a condenação, os jurados optaram por absolver o acusado. Posteriormente, os membros do Conselho de Sentença foram presos e privados de

³⁹ STEPHENS, J. **The Growth of Trial by Jury in England**. Boston: Harvard Law Review, Vol. 10, No. 3 (Oct. 26, 1896), pp. 150-160. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1321755.pdf>.

⁴⁰ SPOONER, Lysander. **An Essay on The Trial by Jury**. Cleveland, Ohio: Jewett, Proctor & Worthington, 1852, pp. 26-29.

⁴¹ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 312.

⁴² GREEN, Thomas A. **The Jury, Seditious Libel and the Criminal Law**. In *Juries, Libel, and Justice: The Role of English Juries in Seventeenth- and Eighteenth-Century Trials for Libel and Slander: Papers Read at a Clark Library Seminar 28 February 1981*, by R. H. Helmholz and T. A. Green; 39-91. Los Angeles: William Andrews Clark Memorial Library (U.C.L.A.), 1984. p. 337. (tradução livre)

comida e água. Com o caso em trâmite perante os tribunais, o *Chief Justice* John Vaughn classificou a decisão de restringir a liberdade dos jurados como “absurda” e chancelou a decisão absolutória, inicialmente proferida pelo Conselho de Sentença. Nesse sentido, na decisão, foi reconhecido “o direito do júri a alcançar um veredicto de acordo com sua consciência”.⁴³

A possibilidade de absolver um acusado, mesmo perante robustos elementos de convencimento, milita também no sentido de evitar penas demasiadamente severas. O exemplo clássico apontado pela doutrina se refere aos crimes de *petty theft*, subtração de bens de pequeno valor por necessidade, que na norma vigente no século XVIII era punido com a morte: “*In the early 19th century England, theft of items worth more than forty shillings carried a death sentence. Juries by no means endorsed theft, but were nonetheless often unwilling to condemn petty criminals to death.*”⁴⁴

Nesse sentido, o instituto da clemência foi incorporado ao ordenamento jurídico britânico no século XVIII, sob o nome de “*equity judgment*”, e sua importância à época já era reconhecida pela doutrina clássica:

- “(a) That in State trials, the jury will acquit where it sees the defendant has been prosecuted unfairly.
- (b) That the jury will acquit in ordinary cases, **where it considers the prosecution unfair or the law to be unpopular, or sympathizes with the defendant.**
- (c) That in doing so either of these things, **it may disobey the law and apply its own equity**”.⁴⁵

Uma questão relevante levantada pela doutrina britânica quanto à pertinência do *jury equity* é o fato de que, em decorrência do juízo do Conselho de Sentença não

⁴³ DUFFIELD, William. The Cheshire cab driver: reasons for conscience. Acesso em 27/05/2020. Disponível em: <https://volteface.me/feature/jury-nullification/> (tradução livre)

⁴⁴ DUFFIELD, William. The Cheshire cab driver: reasons for conscience. Acesso em 27/05/2020. Disponível em: <https://volteface.me/feature/jury-nullification/>

⁴⁵ KELLY, David. SLAPPER, Gary. **English Legal System**. Londres: Cavendish Source Book, 2001. Second Edition. p. 491.

ter que fundamentar sua decisão, não haveria como precisar quando o julgamento por equidade – em completa rejeição do texto da lei – ocorreu, sobretudo, porque a absolvição pode se dar também por desconfiança quanto ao processo de justiça criminal ou por falta de evidências que suportem a condenação.⁴⁶

No contexto hodierno, o instituto do *jury equity* ganhou novos contornos, especialmente no caso *Regina v. Wang* (2005), no qual ficou estabelecido que o magistrado que preside a sessão não pode induzir ou direcionar o júri no sentido de uma condenação, por mais nítidos que sejam os indícios de autoria e materialidade.⁴⁷ Preservou-se, neste caso, a autonomia dos vereditos pautados na íntima convicção dos jurados, possibilitando-se, assim, a absolvição por quaisquer motivos – inclusive a clemência.

O Conselho de Sentença na Inglaterra tem importante função de servir de **termômetro para arbitrariedades e injustiças** que, em diversas ocasiões, fogem da fria letra da lei. Com efeito, Thompson aponta que “*the jury attends in judgment not only upon the accused, but also upon the justice and humanity of the law*”.⁴⁸ Aliás, o modelo inglês possibilita a ampla e imotivada escolha pelos jurados, na medida em que lhes oferece, sem qualquer sugestão de caminho a percorrer para a conclusão, apenas a tese e a antítese – *guilty* ou *not guilty* – e os Jurados votam livremente, de acordo com sua convicção. Assim, na experiência inglesa o júri consolidou-se como o símbolo da garantia do cidadão frente ao poder soberano despótico e cruel, atenuando os efeitos adversos de um direito penal excessivamente duro.⁴⁹

⁴⁶ DUFFIELD, William. The Cheshire cab driver: reasons for conscience. Acesso em 27/05/2020. Disponível em: <https://volteface.me/feature/jury-nullification/>

⁴⁷ KELLY, David. SLAPPER, Gary. **English Legal System**. Londres: Cavendish Source Book, 2001. Second Edition. p. 288

⁴⁸ THOMPSON E.P. **Writing by candlelight**. Londres: Merlin Press, 1980. p.108

⁴⁹ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 314.

Já na experiência americana, o julgamento pelo Conselho de Sentença em casos criminais é uma das bases da democracia estadunidense e de um governo livre. Nas colônias norte-americanas, o júri consagrou-se como o paládio da liberdade, representando a proteção dos colonos contra a opressão do poder da Coroa. O primeiro Congresso Continental da Declaração de Direitos de 1774 já considerava o julgamento por pares da sociedade uma garantia inalienável. Nesse sentido, antes mesmo da promulgação de uma Carta para toda a Federação, todos os estados já haviam aderido ao procedimento do júri.⁵⁰

Nesse contexto, desde os primórdios do procedimento, o instituto da clemência, denominado de “*jury nullification*”, já era reconhecido como válido pelas cortes. O primeiro registro da utilização do instituto data de 1735, período marcado por disputas de poder entre colonos e bretões.

À época, o jornalista alemão Peter Zenger, redator do *New York Weekly Journal*, foi acusado de caluniar o então Governador Cosby, ao noticiar crimes supostamente perpetrados pelo político que representava a coroa na colônia (Crown v. John Peter Zenger).⁵¹ Nesse contexto, apesar de todos os requisitos para a condenação estarem presentes, os jurados optaram, de forma unânime, pela absolvição do acusado.

O caso do jornalista alemão expõe como a íntima convicção dos jurados, segregada da legislação vigente, pode consubstanciar uma valiosa arma na luta contra o autoritarismo e a tirania. Assim, o precedente se tornou um julgado paradigmático (*leading case*) e em pouco tempo passou a ser evocado em júris realizados em todo o país.

⁵⁰ ALSCHULER, Albert W. DEISS, Andrew G. **A Brief History of the Criminal Jury in the United States**. Chicago: The University of Chicago Law Review. p. 870.

⁵¹ FINKELMAN, Paul. **Politics, the Press, and the Law: the Trial of John Peter Zenger in American Political**. Connecticut: Trials Michal R. Belknap (ed), 1994.

Posteriormente, o instituto do *jury nullification* seria fundamental para o desenvolvimento legislativo. No período da *prohibition*, com a vigência da Lei Seca, marcada pela forte repressão aos comerciantes de álcool, as reiteradas decisões proferidas pelos Conselhos de Sentenças no sentido de absolver os comerciantes foram de suma importância para a constatação de que a legislação era retrógrada e a proibição inaceitável. Assim, o conjunto de decisões ensejou a 21st *Amendment*, que revogou a Lei Seca. Nota-se, portanto, que a possibilidade de os jurados votarem em desconformidade com a lei mostrou-se fundamental, no sistema estadunidense, para a determinação das condutas que podem ou não podem ser proibidas.⁵²

Na contemporaneidade, o instituto do *jury nullification* é entendido por ato discricionário do Conselho de Sentença e suas principais características foram estabelecidas no caso *United States v. Thomas (1997)*. Na oportunidade, assentou-se que, havendo a ínfima possibilidade de que o veredicto de *not guilty* decorra da incapacidade da acusação de convencer os jurados da culpabilidade, a absolvição deverá prevalecer, mesmo que contrária à legislação e aos precedentes, em prol do princípio do *in dubio pro reo*.⁵³

Insta salientar que, apesar da Suprema Corte já ter reconhecido a possibilidade da utilização do *jury nullification*, não foi reconhecido o dever do juiz ou do promotor de justiça de informar essa possibilidade aos jurados. Com efeito, ante a autonomia

⁵² STREICKER, Sherilyn. **Jury Nullification**: Cause and effect. Acesso em 26/05/2020. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-jury-nullification.html>

⁵³ United States of America, Appellee, v. Grady Thomas, A/k/a Gates Thomas; Loray Thomas; Ramsethomas, A/k/a Rock Thomas; Tracey Thomas; Jason Thomas, a/k/a J Thomas; Lamont R. Joseph, A/k/a Kool-aid Joseph; ceasare Thomas, A/k/a Chet Thomas; Santo Bolden; Myronthomas, Defendants-appellants, Carrie Thomas; Terrence Thomas, A/k/a Ski Thomas; Shawnethomas; Douglas Stover; Stephon Russell, A/k/a Swaneerussell; Augustin Reyes, A/k/a Gus Reyes; Lamont Pounce; chester Perkins, A/k/a Kazar Perkins; Roy Pearson; abduallah Mcknight, A/k/a Sha-wise Mcknight; Monique Mcadoo; robert Gibson, A/k/a Gary Childs; Raymond Eaddy, A/k/a aramel Eaddy; Michael Armstead; Andre Nunn, Defendants, 116 F.3d 606 (2d Cir. 1997). Acesso em 26/05/2020. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/116/606/611938/>

desfrutada pelos estados que compõem a Federação, alguns juízes frequentemente optam por proibir a menção ao instituto no decorrer das arguições orais.⁵⁴

Nesse contexto, são também dignos de menção os julgamentos que se seguiram aos protestos contrários à Guerra do Vietnã, ocorridos nos Estados Unidos da América. Uma grande discussão acerca da possibilidade e da necessidade de informar os jurados da possibilidade de julgar *sua sponte* se colocou nesse contexto, sustentando alguns que a própria menção à viabilidade do julgamento contrário à lei poderia induzir o Conselho de Sentença à decisão absolutória.

Como exemplo, cite-se o julgamento que ficou conhecido como “*Camden 28*”, ocorrido em 1973, no qual confirmou-se que agentes do F.B.I. haviam fornecido aos acusados os instrumentos que utilizaram para depredar uma agência do Serviço Militar com o objetivo de destruir arquivos de alistamento para a guerra. Nesse caso, o juiz responsável pelo júri informou aos jurados que eles poderiam absolver os acusados, caso entendessem que “a participação dos agentes do governo (...) é chocante ao senso universal de justiça”. Os acusados foram absolvidos.⁵⁵

Nesse sentido, inevitável verificar o caráter antiestatal que a instituição do júri exerce no direito estadunidense, permitindo-se que o povo decida as questões de forma contrária aos interesses do governo, o que se expressa primordialmente na recusa de aplicar a lei em favor do que os jurados consideram mais justo no caso concreto, nas situações de *jury nullification*. O júri criminal representa, assim, um importante símbolo da relevância dos valores da comunidade e da aparente suspeição que pode recair sobre o poder centralizado do Estado, já que os jurados não somente carregam as normas e valores comunitários em sua forma de avaliar os fatos, como

⁵⁴ ROYER, Caisa E. **The Disobedient Jury**: Why Lawmakers Should Codify Jury Nullification. New York: Cornell Law Review, 2017. Volume 102. Article 5. p. 1420.

⁵⁵ CONRAD, Clay S. **Jury Nullification. The Evolution of a Doctrine**. Washington: Cato Institute, 2014, p. 135.

também desfrutam de uma independência constitucional em relação ao Estado que os permite negar aplicabilidade concreta a determinados preceitos legais⁵⁶.

Nos Estados Unidos da América, ainda, a **decisão absolutória e soberana representa a impossibilidade de discutir o julgamento**. Mesmo na hipótese em que incida o *jury nullification*, o acusado não poderá ser colocado sob julgamento mais uma vez. Esse entendimento se fundamenta na ***prohibition against double jeopardy***, prevista na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos e consolidada pela Suprema Corte. O julgado paradigmático que calcou referido entendimento na jurisprudência, o fez com fulcro em dois principais argumentos: (i) não pode ser facultado ao todo-poderoso Estado a possibilidade de, por repetidas vezes, tentar condenar o mesmo acusado, submetendo-o, nesse sentido, a um permanente estado de ansiedade e insegurança; e (ii) a possibilidade de refazer o julgamento inúmeras vezes resulta na perda de seu sentido e sua finalidade. Nesse sentido:

“The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State **with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual** for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and **compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity**, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty. A second “vitally important interest[]” embodied in the Double Jeopardy Clause “**is the preservation of ‘the finality of judgments.’**”⁵⁷

Assim, tendo em vista que o acusado não pode ser submetido a um duplo julgamento após a primeira absolvição, e vez que os jurados em casos criminais não precisam elaborar sobre as razões de seus votos, permanece sob sua discricionariedade a possibilidade de oferecer absoluta e irrevogável clemência. Uma vez que o acusado é julgado inocente pelo Júri, ele é considerado definitiva e

⁵⁶ JACKSON, John D. **Making Juries Accountable**. In: *The American Journal of Comparative Law*, n. 50, 2002, p. 428-479.

⁵⁷ Green v. United States, 355 U.S. 184, 187–88 (1957)

legalmente (muito embora talvez não factualmente) “*not guilty*” das acusações feitas contra si e não pode ser julgado pelas mesmas acusações novamente.⁵⁸

Da experiência estadunidense, muito embora o país norte americano adote um modelo jurídico muito distinto do brasileiro em diversos aspectos, é possível extrair algumas valiosas lições quanto ao Tribunal do Júri, cuja inspiração originária em nossa legislação adveio da *common law*. A possibilidade de absolvição por motivos extrajurídicos enquanto maneira de aferição da justiça da criminalização primária bem como a limitação do poder do Estado de levar o acusado repetidamente a Júri, como maneira de cindir a absolvição soberana e condená-lo, vez que os jurados negaram, definitivamente, a possibilidade de punir o sujeito.

3. A possibilidade de absolvição por clemência no sistema brasileiro e sua incompatibilidade com a apelação acusatória fundada na hipótese do artigo 593, III, “d” do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos)

De tudo quanto exposto acima é possível extrair a primeira conclusão essencial ao julgamento do Tema ora em discussão: a de que **os jurados, no exercício de seu livre e íntimo convencimento, conforme sua convicção e seu senso de justiça, podem absolver o acusado por quaisquer razões que entendam cabíveis – inclusive a clemência.**

Assim, é **afirmativa** a resposta à pergunta proposta pelo Exmo. Ministro Relator, Gilmar Mendes, no voto pela repercussão geral: “*na prática, se o júri, soberano em suas decisões nos termos determinados pela CF/88, pode absolver o réu ao responder positivamente ao quesito genérico (O jurado absolve o acusado?) sem*

⁵⁸ CONRAD, Clay S. **Jury Nullification**. The Evolution of a Doctrine. Washington: Cato Institute, 2014, p. 8.

necessidade de apresentar motivação, isso autorizaria a absolvição por clemência e, assim, contrária à prova dos autos?”.

Conforme visto, ainda que os quesitos sobre a materialidade e a autoria sejam respondidos positivamente, a lei **impõe** a indagação da absolvição. Faculta-se, pois, ao corpo de jurados a absolvição com base em teses defensivas expostas ou não em Plenário, fundada nas provas dos autos ou não, com base no direito constituído ou apenas em sua convicção, acolhendo desde a legítima defesa até o próprio entendimento da **injustiça da prisão daquele sujeito específico, por aquela conduta específica**.

Ora, na lição do argentino Julio Maier, **o jurado é, politicamente, um filtro para a utilização do poder penal por parte do Estado e seus órgãos**: ou bem presta o seu consentimento para que o Estado utilize eventualmente esse poder penal, ou bem rechaça essa possibilidade negando a acusação e declarando o acusado inocente. Em ambos os casos, a decisão não se restringe à existência ou inexistência de certos fatos ou de um comportamento humano, mas também consiste em um **juízo de aprovação ou reprovação social do comportamento julgado**, que, pelo menos no caso positivo (inocência-aprovação), impõe-se aos órgãos técnicos do Estado, que não poderão utilizar o poder penal previsto na lei.⁵⁹

E é justamente porque o juízo *absolutório* pode fundar-se em razões extrajurídicas e irracionais, que **não é possível medir a validade da resposta do terceiro quesito pela régua dos fatos**. Isso se dá pela própria natureza do processo de tomada de decisão do veredicto, em íntima convicção; por representar o Tribunal do Júri, em seus essenciais caracteres, o direito fundamental do acusado de ser julgado

⁵⁹ MAIER, Julio B. J. **Derecho processal penal**: fundamentos. 2ª edição, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, v. 1, p. 788 – grifos nossos.

por um Conselho de Sentença de concidadãos; por evidente opção legislativa nesse sentido; e por força da plenitude de defesa e da presunção de inocência.

Consoante mencionado, o quesito “*o jurado absolve o acusado?*” não se refere a um fato, mas a um valor. Diferentemente do quesito “*o sujeito disparou os tiros que causaram a morte da vítima?*”, por exemplo, que diz respeito ao convencimento do jurado sobre uma questão atestável pela prova, a absolvição pode ou não estar vinculada ao arcabouço probatório ou mesmo à norma posta. Afinal, **as possibilidades de defesa no Tribunal do Júri não encontram limite nos parâmetros da prova ou da lei – aqui vige a plenitude de defesa.**

Merece menção, neste tocante, o magistério de Lopes Jr.:

“Já há quem sustente a inaplicabilidade do art. 593, III, ‘d’, diante da nova sistemática do júri, sob o argumento de que esse quesito genérico permite que o jurado, mais do que antes, exerça uma plena e livre convicção no ato de julgar, podendo absolver por qualquer motivo, tal como piedade ou compaixão. Trata-se de permitir-lhe absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos. Como sintetiza REZENDE, **não há decisão absolutória calcada no terceiro quesito que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um quesito de fato, mas sim a vontade livre dos jurados, sem mais qualquer compromisso (pela nova sistemática legal) com a prova produzida no processo.**

(...)

Contudo, segue com plena aplicação o recurso fundado na letra ‘d’ quando a sentença é condenatória. Isso porque **não existe um ‘quesito genérico da condenação’** (nem poderia existir, por elementar). **Para condenar, estão os jurados adstritos e vinculados à prova dos autos**, de modo que a condenação ‘manifestamente contrária à prova dos autos’ pode e deve ser impugnada com base no art. 593, III, ‘d’. Não se trata aqui – como podem alegar alguns – de ‘maxigarantismo’, mas de regras elementares do devido processo penal. **Sublinhe-se: o que a reforma de 2008 inseriu foi um quesito genérico para absolver por qualquer motivo, não para condenar. Portanto, a sentença condenatória somente poderá ser admitida quando amparada pela prova. Por tudo isso, pensamos que a apelação fundada na letra ‘d’ somente pode ser conhecida e admitida (ou não) quando oposta pela defesa diante de uma sentença penal condenatória.**⁶⁰ – (destacamos).

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1039-1040. g.n. No mesmo sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora

Consigne-se, além disso e conforme já mencionado, que é absolutamente pacífico o entendimento segundo o qual o quesito genérico absolutório é **obrigatório**, devendo ser formulado independentemente das teses sustentadas pela defesa. Inclusive, ele assim o é justamente como forma de materializar a plenitude de defesa e de modo a autorizar os jurados a absolverem (e não a condenarem, já que o quesito diz respeito à absolvição) por suas próprias razões, ainda que desamparadas da prova constituída nos autos ou das teses suscitadas pelas partes.

Por sinal, a reforçar a importância da tese em análise, Nereu José Giacomolli aponta, em seus estudos sobre o devido processo penal à luz da Constituição Federal e do Pacto de São José da Costa Rica, que o entendimento ora esposado é um meio necessário para concretizar o efetivo exercício da **plenitude de defesa**, cuja acepção detém alcance maior do que aquele contido no conceito de “ampla defesa”. Veja-se:

“A potencialidade semântica e jurídica da expressão plena defesa é superior à ampla defesa. O constituinte reservou aos processos em geral a segunda expressão. Contudo, ao se referir ao Tribunal do Júri, avançou no horizonte da potencialidade defensiva, exigindo a plena defesa (art.5º, XXXVIII, a, do CF). Esta será efetiva quando for completa, integral, abarcar toda matéria possível de ser deduzida em plenário perante os jurados e se revestir de intensidade suficiente de modo a tornar passível de entendimento a um julgador leigo o âmbito de resistência. Justifica-se a exigência de plenitude defensiva diante de um julgamento leigo, da concentração do plenário, e da entidade dos delitos submetidos aos jurados.

A exigência da plenitude defensiva irradia vários efeitos: (a) somente as provas ilícitas condenatórias poderão ser retiradas dos autos; (b) o que produzido sem o crivo do contraditório defensivo, salvo as provas técnicas, não poderá integrar os autos; (c) a ausência e a deficiência de defesa no plenário implicam a desconstituição do Conselho de Sentença, cientificado-se o réu de prazo à indicação de advogado, nomeando-se defensor dativo ou público, na inércia ou impossibilidade de o imputado indicá-lo; (d) garantia da palavra do defensor em seu horário de exposição perante os jurados; (e) consideração da tese própria do imputado, independentemente de o defensor técnico sustentá-la em plenário; (f) alerta aos jurados quando houver a possibilidade de respostas contraditórias aos quesitos; (g) **recurso por decisão manifestamente**

Revista dos Tribunais, 2016, p. 1040; e CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402-405.

contrária à prova dos autos somente *pro reo*; (h) necessidade urgente de ser alterada a composição ímpar dos julgadores leigos e de ser exigida a fundamentação dos votos”.⁶¹

Logo, se o quesito absolutório é obrigatório, devendo ser respondido mesmo após o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas, estando, portanto, o jurado autorizado a responder positivamente ao questionamento, ***independentemente de suas motivações***, evidencia-se a segunda conclusão essencial ao presente Parecer: **o descabimento do recurso de apelação acusatório embasado no artigo 593, III, “d”, do CPP**. Reside aí a **impossibilidade** de a **acusação** recorrer do veredicto absolutório quando *manifestamente contrário à prova dos autos*.

A justiça da decisão com base na consciência do jurado e o exercício de sua prerrogativa constitucional de negar ao Estado o exercício da pretensão punitiva não tem relação direta com fatos (ainda que, por ventura, os contradigam) e, portanto, não necessariamente encontra correspondência com a prova. A clemência é a qualidade de clemente, de quem tem uma disposição de perdoar, minorar o castigo e é, pois, um sentimento. A piedade, da mesma maneira, é o sentimento de compaixão pelo sofrimento alheio. Ambos são admitidos enquanto partem do senso de justiça e da convicção dos Jurados. Ambos são sentidos, não demonstrados/demonstráveis – e, por isso, não se submetem à prova dos autos.⁶²

Os mecanismos legais de controle da racionalidade dos veredictos⁶³ encontram limitação na absolvição por clemência, vez que a clemência não se pauta

⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 389. g.n.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *In Código de Processo Penal Comentado*. Coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 915.

⁶³ Num sistema em que vige, de maneira geral, a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição da República) como regra, têm-se por **mecanismos legais de controle da racionalidade dos veredictos** todos aqueles que buscam assegurar a observância dos pressupostos e supostos para a tomada de uma decisão soberana pelo Júri. Nesse sentido, os **mecanismos prévios de controle** consistem em *filtros* aos casos submetidos ao julgamento pelo Júri, anteriores portanto ao Plenário, que incluem desde a decisão de recebimento da denúncia, pronúncia, possibilidade de

em parâmetros racionais, mas é evidentemente possível no sistema processual penal constitucionalmente posto.

Disso não decorre, de maneira alguma, que a absolvição com base no quesito absolutório geral e obrigatório é “absoluta e irrevogável”.⁶⁴ A razão é simples: nesse caso, **a apelação do Ministério Público poderá pautar-se em qualquer das outras hipóteses recursais dispostas no art. 593, III do CPP** – houver nulidade posterior à pronúncia; ser a sentença proferida pelo juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; ou caso haja erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança. O que se sustenta é que apenas a hipótese do item “d” do inciso III do art. 593 não pode ser invocada como fundamento para a apelação da decisão pela acusação.

Não se pode perder de vista que tal controle posterior de racionalidade, exercido pelos Tribunais, não se presta a invadir o entendimento de mérito, o juízo de valor livre e soberano, exarado pelo Conselho de Sentença – o que contrariaria sua soberania, mas funciona no sentido de averiguar se foram observadas todas as formalidades, procedimentos e expedientes legais que asseguram um menor nível de contaminação dos Jurados por elementos alheios aos admitidos em Plenário (como, por exemplo, a incomunicabilidade dos jurados e a impossibilidade de menção à decisão de pronúncia como argumento de autoridade). Além disso, admite-se verificar

deslocamento de competência, admissibilidade de provas submetida ao Plenário, etc. Já os **mecanismos posteriores de controle da racionalidade dos veredictos** consistem nos meios de impugnação e reapreciação da causa submetida ao Tribunal do Júri, especialmente refletidos nas possibilidades recursais. Aponte-se, quanto a isso, que o duplo grau de jurisdição perde o significado de simples controle hierárquico nesse caso para servir como exigência de maior segurança da decisão, buscando a dupla conformidade para autorizar, definitivamente, a alteração da qualidade do sujeito de “acusado” para “culpado”. Sua visão como garantia de defesa, muito além dos textos internacionais, justifica-se pela posição de submissão atribuída ao réu diante do controle estatal de persecução penal. Com base em DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **O Tribunal do Júri e a Soberania Mitigada**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Titular Antonio Scarance FERNANDES. 2008, p. 82.

⁶⁴ O que, do ponto de vista da experiência americana, seria uma hipótese viável.

se a decisão é contrária à prova dos autos em caso de **condenação**,⁶⁵ já que, do ponto de vista da presunção de inocência, da estrita legalidade e até pela própria forma que se constroem os quesitos apresentados aos jurados, esta só pode ter por base fatos e, portanto, deve encontrar reflexo na prova.

Admite-se, pois, a absolvição de um sujeito que praticou a conduta descrita na norma incriminadora – o que encontra guarida no sistema constitucional, especialmente por força do art. 5º, XXXVIII, “a” e LVII. Por outro lado, **é inadmissível a condenação do sujeito que não praticou a conduta criminosa** – já que “**não há crime sem lei anterior que o defina**” e “**não há pena sem prévia cominação legal**” (art. 5º, *caput*, XXXIX da CF e art. 1º do CP). As regras da estrita legalidade e da presunção de não culpabilidade, portanto, impedem a condenação senão quando atestada (diga-se, **evidentemente comprovada**, acima de qualquer dúvida razoável) a materialidade do delito e a culpabilidade do sujeito.

Desta forma, não cabe o recurso de apelação previsto no artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, contra a decisão do Conselho de Sentença que absolve o acusado ao responder o quesito genérico e obrigatório estampado no artigo

⁶⁵ Gustavo BADARÓ aponta ainda uma outra dimensão da apelação com fundamento na sentença manifestamente contrária à prova dos autos, dessa vez em caso de condenação do acusado. O entendimento de “manifestamente”, conforme usualmente definido, poderia levar a conclusão de que os jurados poderiam optar, em caso de dúvida, pela condenação – em flagrante desrespeito ao *in dubio pro reo*. Conclui, então, que é “impossível aceitar tal construção, contudo, diante da Constituição de 1988 que, embora tenha mantido o Tribunal do Júri, assegurando-lhe soberania (art. 5º, *caput*, XXXVIII, c), também garantiu a todo acusado a presunção de inocência (art. 5º, *caput*, LVII) da qual decorre como regra de julgamento o celeberrimo *in dubio pro reo*”. Assim, “os desembargadores poderão, fazendo a própria avaliação, concluir se, no caso, a prova dos autos permite um juízo seguro, além de qualquer dúvida razoável, da culpa do acusado. Em caso contrário, se o membro do tribunal concluir que a hipótese é de dúvida, pois há um segmento da prova que dá suporte à versão acusatória, mas outro arrima a tese de inocência, deverá dar provimento ao recurso, cassando o primeiro julgamento e mandando o acusado a novo júri. (...) Em suma, o que se defende é que ao art. 593, *caput*, III, d, do Código de Processo Penal, seja dada interpretação conforme à garantia constitucional da presunção de inocência, não se aplicando o advérbio *manifestamente* no caso de recursos contra condenações do júri, diante de um conjunto probatório que admita duas versões, uma delas passível de levar à absolvição. Logo, se a tese defensiva, com potencial absolutório, encontrar *algum* apoio na prova dos autos, suficiente para gerar dúvida razoável sobre a culpa do acusado, deverá ser provido o recurso, submetendo-o a novo júri popular”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual de recursos Penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 247-248.

483, inciso III e §2º, do Código de Processo Penal, razão pela qual se mostra necessário firmar, nesta Suprema Corte, **leitura conforme do referido artigo da normativa processual penal à Constituição Federal**, tendo em vista, especialmente, a plenitude de defesa (art. 5º, *caput*, XXXVIII da CF), a presunção de inocência (art. 5º, *caput*, LVII da CF) e, em última análise, a própria legalidade (art. 5º, *caput*, XXXIX da CF).

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos argumentos apresentados no Parecer, apresentam-se agora as conclusões como expressão de um raciocínio conforme a inferência dedutiva:

PREMISSAS:

- (a) Para a formação de um veredicto soberano – e válido –, é imprescindível que o Conselho de Sentença seja e esteja quanto mais imparcial possível, independente e livre, portanto, de constrangimentos de qualquer natureza;
- (b) A soberania dos veredictos é regra de jurisdição e de competência, caractere essencial ao Tribunal do Júri indissociável dos demais, mostrando-se verdadeira garantia fundamental do acusado;
- (c) A ideia de veredicto soberano não se confunde com a ideia de veredicto absoluto ou definitivo. Isso porque, no sistema constitucional, a regra da soberania dos veredictos convive de maneira harmoniosa e não colidente com a regra da presunção de inocência e com o direito de recurso, sendo a sentença proveniente do Tribunal do Júri cindível do ponto de vista recursal e, em última análise, mutável até o trânsito em julgado;
- (d) As hipóteses recursais, no Júri, são de fundamentação vinculada, não podendo o recorrente utilizar qualquer argumento, mas apenas os disponibilizados pelo CPP;

- (e) Dentre as fundamentações disponíveis, está a prevista no artigo 593, inciso III, alínea “d”, que faz alusão à decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Em outras palavras, *prima facie*, deve-se determinar novo Júri quando o Conselho de Sentença decide de modo contrafático;
- (f) Não é, todavia, qualquer decisão contrafática que está sujeita a tal recurso, mas apenas a decisão *condenatória* contrafática. Isso porque a reforma do Código de Processo Penal, de 2008, trouxe inovações no âmbito do Júri, pois simplificou os quesitos e introduziu o quesito obrigatório genérico de absolvição após quesitos sobre autoria e materialidade;
- (g) Se o quesito absolutório é obrigatório, devendo ser respondido mesmo após o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas, demonstra-se que o jurado está autorizado a responder positivamente ao questionamento, *independentemente de suas motivações* e mesmo em contradição à prova dos autos. Em outras palavras, o que o direito condenaria, pode o jurado absolver. Todavia, o que o direito absolveria, não pode o jurado condenar;
- (h) Tal leitura é inclusive uma decorrência da conjugação da ideia de soberania dos vereditos com a de plenitude de defesa (que não encontra reverso, pois não se permite, no júri, plenitude de acusação) e concretizada claramente na ordem lógica e na redação dos quesitos;
- (i) Daí que a única interpretação possível do art. 593, inciso III, alínea “d” é a de que tal fundamento está disponível, pelo encadeamento argumentativo acima apresentado, *exclusivamente à defesa*;
- (j) Portanto, a sistemática do Júri permite apenas uma absolvição contrária à prova dos autos, eis que valorativa e não meramente contrafática, mas não uma condenação contrária à prova dos autos, daí disponibilizar esse fundamento recursal exclusivamente para atacar decisões condenatórias contrafáticas do Conselho de Sentença.

CONCLUSÃO: é preciso conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 593, III, “d”, do CPP, de modo a estabelecer que tal fundamento recursal está disponível apenas à defesa e tem por finalidade anular exclusivamente decisões condenatórias do Conselho de Sentença que sejam manifestamente contrárias às provas dos autos.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, consciente da responsabilidade determinada pela deferência da Corte em admiti-lo como *Amicus Curiae*, em relação à questão jurídica identificada e destinatária de análise técnica, conclui e comunica ao Supremo Tribunal Federal sua opinião, e espera ter contribuído para a melhor prestação jurisdicional.

Nesse sentido,

É o Parecer,

De São Paulo para Brasília, 16 de junho de 2020,



Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**
OAB/PR 40.855



Débora Nachmanowicz de Lima
OAB/SP 389.553

Prof. Dr. **Raquel Lima Scalcon**
OAB/SP 439.421

Pollyana de Santana Soares
OAB/SP 312.413

Roberto Portugal de Biazzi

OAB/SP 357.005