

CONTROLE RACIONAL DA ABSOLVIÇÃO
PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ENSAIO SOBRE
UMA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL
DA CLEMÊNCIA

*RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL
DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY
OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY*

CONTROLE RACIONAL DA ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ENSAIO SOBRE UMA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CLEMÊNCIA¹

RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY

Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior²

Eduardo Rocha Dias³

RESUMO

O artigo analisa a possibilidade de interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri baseada no quesito genérico. São estudadas as três principais correntes de entendimento que discutem a legitimidade da absolvição por clemência e do seu controle pela via recursal. A Constituição, por meio do postulado da razoabilidade, e o CPP, através dos arts. 472, 495, XIV e 593, III, *d*, exigem que o veredicto seja amparado na prova e guarde harmonia com a equidade. Propõe-se a distinção entre duas espécies de clemência: qualificada e simples.

Palavras-chave: Recurso de apelação. Quesito genérico. Absolvição por clemência. Controle racional. Clemência qualificada e simples.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo, primeiramente, analisar a possibilidade de interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri, especificamente, quando esta decisão estiver baseada na resposta afirmativa ao quesito genérico, previsto no artigo 483, III e § 2º, do CPP (com redação dada pela Lei nº 11.689, de 09/06/2008)⁴.

1 Data de Recebimento: 09/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Ciências Penais (UNISUL). Mestrando em Direito Constitucional (UNIFOR). E-mail: elnatan_junior@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3040386591922181>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2758-1952>.

3 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. E-mail: eduardorochadias@unifor.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

4 Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; [...] Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados

Nessa passagem, o Código dispõe que, após as respostas afirmativas aos quesitos relativos à materialidade e à autoria delitivas, será formulado quesito com a seguinte redação: “*O jurado absolve o acusado?*”. A finalidade da mudança legislativa foi a de simplificar a votação pelos juízes leigos, tornando abrangíveis, em uma só indagação, todas as teses defensivas que possam implicar o resultado absolutório. Assim, foi superada a sistemática anterior, em que cada uma dessas teses deveria ser indagada separadamente e, muitas vezes, ainda desdobradas em tantos quesitos quantos fossem os seus componentes jurídicos. Não raro, esse trabalho exaustivo rendia ensejo a nulidades, com prejuízo para a efetividade da prestação jurisdicional.

A nova indagação legal mitigou sobremaneira essa problemática. Sem embargo, abriu, na doutrina e na jurisprudência pátrias, acirrados debates sobre a extensão e o controle dos poderes absolutórios dos jurados. Isso porque a exclusão, no citado quesito, de qualquer referência a teses específicas de defesa tornou factível que os jurados apresentem o voto afirmativo por quaisquer razões, que entendam suficientes, para justificar o afastamento da pena, ainda que não estejam atreladas aos debates desenvolvidos em Plenário ou não possam ser enquadradas nas normas objetivas do Direito Penal ou Processual Penal. Vale dizer: a indagação do quesito genérico, ao menos do ponto de vista literal, tornou viável a chamada *absolvição por clemência*.

Mas, para além da dicção da lei, afloraram as seguintes questões: esse tipo de absolvição, por clemência, é compatível com a ordem jurídico-constitucional? Em caso afirmativo, pode o Ministério Público interpor o recurso de apelação indicado na letra *d* do inciso III do artigo 593 do CPP⁵, cujo cabimento é previsto para quando *a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos*? Afinal, se os jurados foram liberados de quaisquer amarras para proferirem o voto absolutório, ainda há sentido em controlar a sua decisão justamente sob o argumento da sua contrariedade aos autos?

Na busca de respostas a essas questões, abriram-se na doutrina e na jurisprudência, basicamente, três correntes de entendimento: a) uma primeira sustentando que, apesar da introdução do quesito genérico, os jurados permaneciam obrigados a julgar de acordo com a lei em sentido estrito, não podendo absolver fora das hipóteses previstas, notadamente, no artigo 386 do CPP; b) uma segunda no sentido de que o quesito genérico, além de simplificar o questionário, foi construído também para possibilitar aos jurados proferirem voto absolutório por qualquer motivo, de modo que não faria mais sentido a interposição de recurso apelatório sob o fundamento de que as razões consideradas

os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

5 Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: [...] for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

pelos jurados fossem contrárias aos autos; e c) uma última corrente reconhecendo que a reforma, por um lado, potencializou o sistema de íntima convicção, reforçando a possibilidade (que já existia) de absolvição por clemência, porém, por outro, compreendendo que esse poder dos jurados não seria absoluto e estaria sujeito ao controle recursal.

Neste artigo, a primeira seção é dedicada à análise detalhada de cada uma das referidas teses, ao cabo do que será possível extrair, com clareza e objetividade, a conclusão de que as duas primeiras são contrárias à Constituição e ao Código de Processo Penal.

A seção seguinte é destinada à consecução do segundo objetivo do trabalho: contribuir para a solução da controvérsia mediante o fornecimento dos subsídios teóricos e dos fundamentos normativos para o controle jurisdicional da clemência. A chave interpretativa para essa sistematização é a exigência, no Estado democrático brasileiro, de que todas as decisões judiciais guardem harmonia com o postulado da *razoabilidade*, isto é: 1) que sejam amparadas em uma causa empiricamente demonstrada nos autos; e que, 2) mesmo não observando critérios de legalidade estrita, como ocorre no Júri, sejam no mínimo *equitativas*, *razoáveis* e *aceitáveis*. Tal postulado constitucional está refletido no Código de Processo para o Conselho de Sentença, respectivamente, nos artigos 495, XIV, e 593, III, *d*; e no artigo 472.

Na mesma seção, é proposta a distinção entre duas espécies de clemência: a *qualificada*, que atende às duas exigências constitucionais acima mencionadas; e a *simples*, que não atende a qualquer uma delas. Tal divisão tem importantes consequências para esclarecer as possibilidades técnicas de julgamento do recurso de apelação e para orientar o trabalho das partes em Plenário, à luz dos diferentes *ônus probatórios*.

Mediante metodologia qualitativa e exploratória, bem como por meio de pesquisa bibliográfica, são expostas as conclusões de que o recurso de apelação é plenamente cabível, convivendo com os princípios e regras constitucionais do Tribunal do Júri, notadamente a soberania dos veredictos, e de que, nas hipóteses de *clemência simples*, o apelo deve ser provido para submissão do caso a um novo julgamento.

2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

As três correntes de entendimento, em torno da possibilidade da clemência e do seu controle mediante recurso de apelação, foram identificadas, dentre outros, por Guilherme Madi Rezende e também por Aury Lopes Jr (2019), a partir dos votos que foram proferidos pela 6ª Turma do STJ no julgamento do HC nº 350.895/RJ (STJ, 2017).

2.1 Tese da impossibilidade de clemência

No referido aresto, o Ministro Nefi Cordeiro posicionou-se pela impossibilidade de absolvição por clemência. Para ele, a reforma não teria ampliado os poderes dos jurados, os quais permaneciam jungidos às hipóteses absolutórias previstas na legislação, especialmente no artigo 386, incisos I a VII, do CPP. O efeito da mudança legislativa teria sido apenas o de tornar mais fácil a votação, reunindo numa só pergunta todas as teses defensivas que possam implicar o veredicto absolutório. Por essa linha de entendimento, a resposta afirmativa ao terceiro quesito somente poderia ocorrer se a defesa houvesse alegado uma tese absolutória especificamente contemplada na lei. Do contrário, haveria um vício passível de ser sanado, por uma vez, mediante o recurso de apelação.

Na doutrina, registra-se o artigo elaborado por Diogo Erthal Alves da Costa (2019), o qual sustenta que a clemência não seria compatível com a ordem jurídico-constitucional. Para o autor, cuida-se de uma figura jurídica que não poderia ser enquadrada em qualquer das causas previstas na legislação que encerram a natureza de renúncia estatal à aplicação ou à execução da pena, a exemplo da graça, anistia, indulto e perdão judicial.

Ocorre, no entanto, que o Tribunal do Júri é regido, dentre outras balizas, pelo *princípio da plenitude de defesa*. Esse princípio significa, essencialmente, que tanto a defesa técnica, quanto o próprio réu (quando do interrogatório), podem invocar em Plenário quaisquer razões para lastrear o pedido absolutório, ainda que não sejam diretamente enquadráveis em regras penais ou processuais. Assim, a possibilidade de absolvição por clemência é um reflexo lógico desse princípio.

É oportuno advertir que a plenitude de defesa não traduz uma relação processual desequilibrada, ou uma condição privilegiada do réu dentro do processo, como parece ser, no ponto, a opinião de Nucci (2008), o qual chega a suscitar a figura de um julgador parcial⁶. A sua repercussão é, sobretudo, de ordem material: à acusação, é vedado ir além do direito penal ou processual para sustentar sua pretensão; mas, à defesa, técnica ou pessoal, em Plenário, é permitido ultrapassar esse limite. Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 3) ensina que, para os defendentes: “[...] são admitidos, inclusive, argumentos extrajurídicos (morais, religiosos, éticos, etc.)”.

Além disso, é preciso atentar para raiz histórica do Júri, elevada a *status* constitucional na expressão “*é reconhecida a instituição do Júri*”, do inciso XXXVIII do artigo 5º

⁶ A adoção da diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa provoca o desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa), devendo pender o juiz, nas questões de direito, em favor do defensor, logo, do acusado” (NUCCI, 2008, p. 27). Tal posicionamento, todavia, não se afigura compatível com a Constituição, pois, a pretexto de atender a um princípio (plenitude de defesa), implica a anulação ou o prejuízo excessivo para outros, que são pressupostos essenciais à validade do exercício da jurisdição: contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade do julgador e devido processo legal.

da CRFB⁷. Nessa instituição, a Constituição outorgou a juízes leigos a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Deles, não se pode exigir que formem sua convicção exclusivamente por critérios de legalidade estrita. Do mesmo modo, não se lhes é imposta a obrigação de explicitar os motivos de seus votos, pelo que o seu julgamento se opera por *íntima convicção*. A íntima convicção torna possível a absolvição por clemência.

Por fim, há que se considerar que o quesito absolutório genérico é de formulação obrigatória, conforme se depreende da expressão “será formulado quesito”, empregada no § 2º do artigo 483 do CPP. Logo, o citado quesito será submetido aos julgadores mesmo quando a defesa houver se restringindo a alegar tese de negativa de autoria ou sequer tenha formulado pedido absolutório. Destarte, não resta dúvida de que, a partir de 2008, a absolvição por clemência passou a ser abrangida expressamente pelo artigo 483, III e § 2º, do CPP.

2.2 Tese da ausência de controle da decisão de absolvição fundada no quesito genérico

A segunda corrente identificada no julgamento do HC nº 350.895/RJ foi capitaneada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz. Para ele, a absolvição por clemência não somente é possível como também seria insuscetível de qualquer forma de controle. O julgador partiu de um argumento inicial, bastante repetido em doutrina, a saber: como a Constituição prevê o Júri no “capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais”, significa que se trata de uma instituição destinada a tutelar o direito de liberdade (STJ, 2017).

Como consequência dessa premissa, costuma-se extrair a seguinte conclusão: o recurso de apelação do Ministério Público não seria cabível contra a decisão absolutória, pois colidiria com o princípio da soberania dos veredictos, o qual somente poderia “ceder” (ou seja, ser afastado) quando o objetivo fosse promover o direito à liberdade individual (FELBERG; FELBERG, 2013). Cumpre, aqui, analisar a compatibilidade dessa argumentação inicial com a Constituição.

Atentando para o texto constitucional, depreende-se que o Título II (e não o capítulo) é denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Ele abrange os artigos 5º a 17, os quais compreendem, dentre outras disposições, normas definidoras de diversas espécies de direitos fundamentais (direitos individuais, direitos sociais, direitos políticos, etc.). O capítulo em que o Júri está inserido, Capítulo I, constituído somente pelo artigo

⁷ CF, art. 5º, 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.

5º, é intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Ao se analisar o teor do artigo 5º e de seus incisos, é possível observar que aí não se encontram somente normas que tutelam a liberdade individual. A título de exemplo, veja-se o inciso XLIII, o qual determina que a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Outro exemplo pode ser encontrado no *caput* do artigo 5º, o qual protege, além de outros bens, a inviolabilidade do direito à vida.

O próprio inciso XXXVIII, que versa sobre o Júri, contém uma cláusula que *não* visa a proteger diretamente a liberdade do réu. Cuida-se da garantia do sigilo das votações, a qual resguarda a tranquilidade e a imparcialidade dos jurados, preservando-os contra interferências externas⁸. Note-se que o sigilo das votações interessa, primeiramente, *à sociedade* e, igualmente, *a ambas as partes*. Não é uma garantia exclusiva do réu; se o fosse, ele não seria obrigado a deixar a sala em que é realizada a votação (CPP, art. 485, *caput* e §§ 1º e 2º).

O processo que se desenvolve perante o Tribunal do Júri, a par de ser uma garantia individual da *liberdade do acusado*, é também um instrumento para a aplicação racional e equitativa das normas penais que tutelam a *vida*. Ora, esses dois bens jurídicos estão positivados no artigo 5º em normas dotadas de igual hierarquia constitucional. A liberdade ambulatoria não goza de nenhuma condição de preferência ou precedência abstrata. Portanto, o raciocínio de que a soberania dos veredictos somente poderia “ceder” se fosse para dar lugar à defesa da liberdade afigura-se destituído de uma razão jurídica. Deriva de uma escolha arbitrária feita por uma parte da doutrina e da jurisprudência.

Aparentemente, essa leitura encerra uma ideia de ponderação entre princípios. Todavia, a ponderação é uma técnica a ser empregada para solucionar conflitos *em concreto*, nas qual circunstâncias fáticas e razões específicas revelam qual dos princípios deve prevalecer (ALEXY, 2017, p. 96). Soa também inadequada a associação que é frequentemente feita entre o comentado raciocínio ponderativo e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Na realidade, Ferrajoli critica, veementemente, a adoção generalizada da técnica de ponderação como solução de colisões entre normas constitucionais⁹.

Prosseguindo na análise da segunda corrente, encontra-se o argumento de que a ad-

8 “[...] visa assegurar aos jurados a garantia de que não sofrerão perseguições em razão de suas decisões” (MENDONÇA, 2008, p. 3).

9 “A minha crítica, portanto, não diz respeito ao papel da ponderação na atividade de produção do direito. Ela está voltada, sobretudo, à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. Ela se refere, em outras palavras, à excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação, que não é menos limitada do que aquela antes ilustrada a partir da distinção entre regras e princípios. Na verdade, tenho a impressão de que, por causa de tal ampliação, a ponderação terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível constitucional”. (FERRAJOLI, 2012).

missão do recurso de apelação contra a decisão absolutória calcada no quesito genérico seria incompatível, diretamente, com os princípios constitucionais do Júri. É uma posição compartilhada por significativa parcela da doutrina, que, a propósito, vem encontrando acolhida no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em uma das decisões mais representativas desse entendimento, o Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no RHC nº 117.076/PR, aduziu que a apelação, nessa hipótese, implicaria: “frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa e do modelo de íntima convicção dos jurados” (STF, 2019).

Nesse tocante, um primeiro aspecto a ser destacado é de que os citados princípios, em verdade, estão presentes na apreciação de todos os quesitos, e não somente no absolutório genérico; e qualificam tanto a decisão condenatória quanto a decisão absolutória, haja vista que a Constituição não fez qualquer distinção. Por conseguinte, se o recurso de apelação fosse incompatível com os citados princípios, haveria de sê-lo em relação a todas as hipóteses de controle de mérito da decisão do Conselho de Sentença. Mas essa, evidentemente, não é a solução ventilada pelas cortes superiores, tampouco é compatível com o sistema constitucional e processual.

Sobre o princípio da soberania dos veredictos, a Constituição Republicana, na alínea *c* do inciso XXXVIII do artigo 5º, empregou o vocábulo “*veredictos*” no plural. Isso traduz a admissibilidade de mais de um julgamento por causa. De fato, acaso o constituinte pretendesse vedar um segundo julgamento, bastaria ter utilizado a mesma palavra no singular. Ressalve-se, outrossim, que são 02 (dois) os possíveis julgamentos, dado que essa característica deriva da tradição histórica da instituição e do próprio sistema processual. A eventualidade de uma terceira decisão seria algo absolutamente excepcional e somente possível em decorrência de invalidades procedimentais. Frederico Marques (1955, p. 73) percebeu esse aspecto na Constituição de 1946, que, no particular, tinha redação semelhante à atual, e asseverou: “Quer isto dizer que mais de um veredicto pode haver, embora o último, predominando sobre o primeiro, forçosamente o revogue”.

Note-se que o termo veredicto não pode ser confundido com votos. Estes últimos não são soberanos. Há votos que sequer são extraídos da urna ou consignados na ata de sessão (CPP, art. 483, §§ 1º e 2º). Há votos minoritários que são simplesmente derrotados pela maioria no sentido oposto. *A soberania, assim, é um atributo do resultado do julgamento.* A decisão coletiva dos jurados é que é chamada de veredicto. “Ela não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal formado por juízes técnicos, mas apenas por outro Conselho de Sentença” (CAMPOS, 2018, p. 09).

Soberania dos veredictos traduz, conforme o escólio de Frederico Marques (1955, p. 70), a “impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados

ser substituída por outra sentença sem esta base”. Destarte, o segundo veredicto, ou julgamento, é igualmente soberano e constitucionalmente admitido. A soberania de um não afeta a do outro.

Com relação ao princípio da plenitude de defesa, este nada diz sobre o controle da decisão; e, em relação à íntima convicção, pela qual os jurados não expõem os motivos dos seus votos, não há incompatibilidade com a apelação, pois não são os motivos íntimos que são sindicados no recurso, como se passa a demonstrar, na abordagem ao argumento subsequente.

De fato, o terceiro argumento presente nas passagens jurisprudenciais já referidas – e possivelmente o principal – é o de que: não é possível a interposição de apelação pelo órgão acusador, haja vista que os motivos que levam os jurados a absolver permanecem sempre desconhecidos e podem desbordar das regras jurídicas ou do acervo probatório.

Na doutrina, Aury Lopes Jr. (2019) defende que, como o legislador passou a prever, no quesito genérico, a possibilidade do réu ser absolvido por qualquer motivo, inclusive não adstritos aos autos, não faria sentido que a acusação pretendesse cassar o veredicto justamente sob o argumento de sua contrariedade ao conjunto probatório. Nesse diapasão, argumenta o autor, os jurados só necessitam estar amparados na prova, quando emitem veredicto condenatório.

Guilherme Madi Rezende (2010) e, em sentido semelhante, Eliete Silva Jardim (2015), acrescentam que a decisão absolutória calcada no terceiro quesito não está relacionada a questões fáticas, de modo que não deriva (ou não pode derivar) da prova produzida. Reflete, unicamente, a vontade livre ou o senso de justiça dos julgadores.

Conquanto esses argumentos pareçam amparados pela lógica, partem de um equívoco: o de supor que os motivos que levaram os jurados a absolver consistem no objeto recursal. Em verdade, a norma do art. 593, III, *d*, do CPP, prevê o cabimento da apelação, quando “a decisão dos jurados” for “manifestamente contrária à prova dos autos”. Observe-se que o dispositivo se refere ao confronto entre a decisão e a prova. No Júri, a decisão não se confunde com motivos íntimos de cada jurado. O termo empregado na lei deve ser compreendido como sendo referente ao resultado do julgamento, isto é, ao veredicto.

O objeto do recurso de apelação é a correspondência entre, de um lado, o sentido do julgamento e, de outro, o contexto da prova (expressão que inclui as teses expostas em Plenário, a serem devidamente consignadas em ata). Tais elementos são perfeitamente delineados no processo e podem ser cotejados pelo tribunal, que fará um controle de racionalidade da decisão.

As decisões dos jurados não são controláveis pelos seus motivos, somente as decisões dos juízes togados é que o são. Estas últimas são atos estruturalmente complexos,

compostos, em regra, por relatório, fundamentação e dispositivo. Em decorrência de tal estrutura, podem as partes questionar detalhadamente os fundamentos que conduziram o convencimento do julgador togado. Por outro lado, os votos dos jurados são atos simples, formados apenas pelos vocábulos SIM ou NÃO. Não existem fundamentos externalizados. O seu controle ocorre somente em relação ao resultado formado pela maioria, quer seja no sentido condenatório, quer seja no sentido absolutório (OLIVEIRA JR., 2020).

Não se pode perder de vista que, como os julgadores leigos não expõem as razões dos seus votos, os motivos que os levaram a decidir em um ou outro sentido podem ser os mais variados possíveis. Inclusive, há de se considerar que, sendo sete os julgadores, os motivos podem variar de um para outro; e ainda: sendo o resultado do julgamento decidido por maioria formada por quatro votos no mesmo sentido (CPP, art. 489), não se sabe, a rigor, nem mesmo quais entre os votantes efetivamente produziram o resultado final. Essa é uma realidade não somente na resposta ao quesito absolutório genérico, mas em todos.

É evidente que, para proferirem votos condenatórios, os julgadores têm de estar ligados à prova produzida em contraditório. No entanto, no seu âmago, não é possível preestabelecer o que a consciência de cada um irá considerar. Um jurado pode decidir votar pela condenação porque o réu preferiu fazer uso do direito ao silêncio, ou porque tem antecedentes criminais, ou porque confessou na fase policial, etc.

O que se externaliza para o direito, independentemente do quesito que esteja sendo submetido à votação, não são os motivos presentes nas consciências dos julgadores, mas o resultado da soma de pelo menos quatro votos iguais. Fica, então, esclarecido que é o sentido do julgamento que necessita espelhar uma correspondência racional com conjunto probatório (OLIVEIRA JR., 2020).

Ademais, a ideia de que a absolvição por clemência não estaria relacionada a questões fáticas e, por isso, não poderia ser confrontada com o conjunto probatório, está igualmente equivocada. O julgamento por clemência é aquele em que os jurados, apesar de terem reconhecido que o réu fora autor ou partícipe de crime doloso contra a vida, decidem pela absolvição, mesmo sem existir uma regra jurídica que exclua a responsabilidade penal. Ocorre, porém, que a compaixão com o réu não brota no coração ou na mente do julgador sem que haja uma causa que a tenha provocado, mormente relacionada a condições pessoais ou familiares do inculpado. Do mesmo modo, o juízo de ausência de reprovabilidade da conduta não se forma no espírito do jurado sem atenção às peculiaridades que marcaram o cometimento do delito. *A clemência não é incausada*. Ela não brota do nada. Deriva, ao revés, de uma causa anterior, que pode (e deve, quando for o caso) ser demonstrada pela prova (OLIVEIRA JR., 2020).

2.2.1 Consequências da segunda corrente

Analizados os principais argumentos invocados em favor da segunda corrente, cumpre agora tecer considerações sobre as suas consequências, especialmente se guardam compatibilidade com a Constituição.

A primeira delas é o desaparecimento de quaisquer limites ao poder absolutório dos jurados. Nessa linha, aduziu o Ministro Celso de Mello que, a partir da reforma operada pela Lei nº 11.689/08, os jurados “*passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios*” (STF, 2019).

Entretanto, convém transcrever a indagação feita por Diogo Erthal Alves da Costa (2019): “Há espaço para poder sem limites no Estado Democrático de Direito?”¹⁰. Esse autor expôs, em seu trabalho, que, historicamente, soberanos dotados de poderes absolutos podiam punir ou perdoar sem necessidade de justificativa legítima. Em relação aos atos de clemência, deles se valiam como instrumento político, para agradar aos súditos ou isentar apoiadores, chancelando, por vezes, iniquidades. Porém, com o advento do Estado de Direito, “a clemência, como todas as manifestações estatais, não pode se traduzir em mera arbitrariedade, calcada apenas no poder, mas deve estar em harmonia com o Direito” (COSTA, 2019).

É comum se dizer, na doutrina e na jurisprudência, que as absolvições no Júri podem estar associadas a sentimentos altruístas de piedade ou compaixão. Por outro lado, é pouco lembrado que podem derivar de contextos motivacionais espúrios, seriamente contrários aos valores constitucionais. São exemplos: preconceito “racial”; preconceito sexual; preferências religiosas; aprovação comunitária de atividades ilícitas (como grilagem de terras e exploração ilegal de madeira); preconceitos políticos; simpatia com o réu ou com o defensor; desprezo pela vítima; conluio; dentre outros. A própria piedade pode derivar de circunstâncias inteiramente aleatórias: como um choro pungente durante o interrogatório, ou a presença circunstancial de familiares do réu à sessão.

Tais situações podem se apresentar em casos aberrantes. Suponha-se uma situação de concurso entre homicídio e estupro contra vítima de tenra idade, com enorme sofrimento para a família e comoção social. Na sessão, o réu chora copiosamente e suplica uma nova chance de mudar de vida; comove quatro dos julgadores e alcança sua absolvição. Embora essa situação seja juridicamente possível, em decorrência da estrutura do julgamento, como se poderia justificar que a sociedade não tivesse o direito de questionar a decisão iníqua, nem mesmo por uma vez, a fim de pleitear a

¹⁰ Embora o referido autor defenda que a clemência não seria legítima, posição que não é adotada neste trabalho, ele teceu importantes considerações a respeito da necessidade de controle sobre os poderes dos jurados, parte das quais serão aqui abordadas.

realização de um novo julgamento? (OLIVEIRA JR., 2020).

Além de colidir com a exigência de limitação do poder, outro princípio constitucional também vulnerado é a *segurança jurídica*, insculpida no art. 5º, *caput*, da CRFB. Com a tese em apreço, institui-se no Brasil um regime de grande instabilidade e insegurança no tratamento jurídico dos crimes dolosos contra vida. Em termos enfáticos, porém necessários, significa que todo homicídio no país se torna, de antemão, sujeito à absolvição por qualquer motivo. Não há como deixar de reconhecer em tal proposta um potencial criminógeno e uma significativa vulneração à vida.

Cesare Beccaria, que entendia que a clemência haveria de ser abandonada à medida em que se humanizasse o Direito Penal, trouxe uma importante advertência, em seu *Dos Delitos e Das Penas*, sobre a banalização da absolvição indulgente. Para esse autor, além do estímulo à impunidade, se os criminosos acreditarem que seus delitos podem ser perdoados e que o castigo não é mais uma consequência necessária, passarão a encarar as penas impostas “*não como atos de justiça, porém como atos de violência*” (BECCARIA, 2014, p. 60).

Esse contexto de insegurança jurídica, oriundo da tese em análise, não se restringiria aos crimes dolosos contra a vida. Na realidade, em face da norma do art. 78, I, do CPP, o Tribunal do Júri julga também todos os delitos comuns conexos. Dessa forma, o espectro de incerteza findaria por se estender sobre as demais normas penais incriminadoras.

Outro princípio constitucional inviabilizado para além do razoável com a tese em análise é o da *isonomia*, previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB. Isso porque, no Júri, os réus são julgados em separado (CPP, art. 483, §6º). Em casos de coautoria, acusados que concorreram de maneira semelhante para um crime podem acabar recebendo tratamento diverso, pela concessão da clemência somente a parte deles. Sem o recurso da acusação a isonomia não poderia ser invocada para o controle da discriminação.

A Constituição determina também, em seu art. 5º, XLIII, que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes de tortura, tráfico, terrorismo e os *definidos como hediondos*. Dentre os hediondos, está o homicídio qualificado (Lei nº 8.072/90, art. 1º, I), a figura delitiva mais recorrente apreciada pelo Júri. Está claro que o constituinte originário instituiu um regime de maior severidade na resposta penal a ser conferida essa espécie de delitos. A tese de clemência sem controle colide com a teleologia que emana desse dispositivo.

Há de se atender, ainda, ao princípio constitucional do *duplo grau de jurisdição*¹¹. Segundo Fredie Didier Jr (2016), esse princípio assegura à parte ao menos um recurso; e

11 Princípio que encontra vasto esteio na ordem constitucional: na estrutura escalonada do Poder Judiciário; nas normas dos incisos LIV e LV do artigo 5º; e no artigo 8º, 2, *h*, do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/1992.

garante a sujeição da matéria decidida a dois julgamentos. Não se trata, evidentemente, de um princípio absoluto. Comporta exceções. No entanto, tais exceções somente são admissíveis quando constantes em expressa previsão legal. Deve-se lembrar que o artigo 483, III e § 2º, do CPP, não é, rigorosamente, uma norma sobre recurso. É uma norma sobre quesitação. O dispositivo em que o recurso de mérito é previsto é o artigo 593, III, *d*, do mesmo diploma, o qual não faz qualquer distinção entre as partes que podem manejá-lo. Por conseguinte, a tese de inadmissibilidade da apelação ministerial implica a *supressão do duplo grau de jurisdição pela via interpretativa*.

Do que foi exposto, difícil é qualificar a interpretação em epígrafe como sendo uma “interpretação conforme a Constituição”, mesmo porque, em 2008, não houve qualquer alteração da Constituição. Repita-se, a mudança residiu apenas na legislação ordinária e, mais precisamente, na disciplina relativa ao questionário, e não ao recurso de apelação.

2.3 Tese da possibilidade, tanto da decisão de clemência, quanto do seu controle

A terceira tese identificada no julgamento do HC nº 350.895/RJ, liderada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, foi no sentido de que: primeiramente, a clemência é legítima, já que guarda harmonia com o sistema da íntima convicção e pode decorrer naturalmente da resposta afirmativa ao quesito genérico; ademais, ela é controlável, por uma vez, na via do recurso de apelação, mediante a verificação de sua correspondência com a prova dos autos.

A divergência em relação à corrente anterior consiste na possibilidade de controle da decisão de clemência. A análise desse entendimento pode partir de uma breve investigação acerca das circunstâncias histórico-sociais que renderam ensejo à aprovação da Lei nº 11.689/08, o que se costuma denominar em doutrina de *occasio legis* (MAGALHÃES FILHO, 2009, p. 46). Trata-se de uma pesquisa que pode contribuir para trazer a lume a finalidade que a norma pretende realizar, o objetivo para o qual foi feita.

Walfredo Campos Cunha (2018) registra em sua doutrina que o projeto que resultou na Lei nº 11.689/08 foi aprovado pelo Congresso Nacional após a comoção gerada pela absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, o “Bida”, acusado de ter matado a missionária Dorothy Stang. O fazendeiro havia sido condenado no primeiro julgamento a uma pena de 30 anos de reclusão, mas, em virtude do recurso de protesto por novo júri, foi a um segundo julgamento, no qual restou absolvido.

Segundo Cunha (2018), o próprio Ministro Celso de Mello criticou a decisão afirmando que: “a absolvição poderia passar à população a sensação de que o Judiciário deixou de cumprir sua obrigação”. O relator do projeto, Deputado Flávio Dino, afirmou em entrevista que o Parlamento intentava, com a reforma, abreviar o procedimento do

júri, evitar absolvições temerárias e simplificar a quesitação, que vinha dando causa a inúmeras anulações de decisões do Júri. “O intuito da lei era, portanto, cerrar armas contra a impunidade, e não escancarar as portas da Justiça a ela” (CUNHA, 2018, p. 437).

Portanto, essa pesquisa histórica aponta no sentido de que a razão de ser da norma do artigo 483, III e § 2º, do CPP, (a *ratio legis*) seria a de simplificar o questionário para reduzir o grande número de nulidades geradas pelo regime anterior, com vistas a otimizar a efetividade da prestação jurisdicional relativa ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ao mesmo tempo, não se pode deixar de reconhecer que a norma em apreço – como de resto todas as reformas operadas a partir de 2008 – pretendeu também reforçar as garantias individuais do acusado. O quesito absolutório em si já foi um enorme reforço ao direito de defesa, facilitando o acolhimento das teses absolutórias, desatando-as dos enquadramentos em regras jurídicas e em quesitos específicos. Não obstante, a questão que se coloca é saber se isso é ou não sinônimo de poderes absolutórios incontroláveis.

Para se responder a essa pergunta, necessário é recorrer ao elemento sistemático da interpretação, isto é, à exigência de coerência e unidade entre as normas do Código de Processo Penal. Segundo José de Albuquerque Rocha (2009), se o Direito é um sistema, ou seja, se as normas que o compõem não estão soltas ou isoladas, mas, ao revés, formam um todo coerente, isto significa que, para conhecer o conteúdo de uma norma, é preciso relacioná-la ou compará-la com o das demais que integram o sistema. “[...] a interpretação sistemática baseia-se no postulado fundamental da moderna teoria da ciência, segundo o qual não é possível o conhecimento das coisas isoladas. Conhecer é descobrir as relações entre as coisas” (ROCHA, 2009, p. 49). Eros Roberto Grau (2009) ensina que o direito não é interpretado em tiras ou aos pedaços. Assim, a norma do artigo 483, III e § 2º, do CPP, não pode ser compreendida de maneira isolada; ao contrário, deve ser buscado o seu significado para o conjunto (sistema) no qual está inserida.

Nesse sentido, é preciso considerar que a Lei nº 11.689/08 também inovou na disciplina sobre a *ata de julgamento*, ao introduzir o *inciso XIV do artigo 495*. Por tal preceptivo, a ata deverá conter a descrição fiel de todas as ocorrências, mencionando, obrigatoriamente, dentre outros aspectos, os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos.

René Ariel Dotti foi o principal responsável pela redação do atual inciso XIV do artigo 495 do CPP. Ele a propôs ainda nos idos de 1993, em seu anteprojeto de reforma do procedimento do Júri¹². O objetivo da mudança proposta era justamente o de facilitar o controle de mérito da decisão do Júri: “esta complementação tem o importante objetivo

12 O anteprojeto de Dotti pode ser considerado como a raiz do que viria a ser o Projeto nº 4.203/01, o qual, por sua vez, resultou na aprovação da Lei nº 11.689/08.

de facilitar o julgamento da apelação quando se alega que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos” (DOTTI, 1994).

Andrey Borges de Mendonça, um dos primeiros comentadores da reforma, observou a *nítida relação* entre o registro em ata dos fundamentos das alegações das partes e o quesito absolutório: “A questão ganha importância frente ao quesito genérico estabelecido pela nova Lei e será relevante para que as partes possam impugnar, em via recursal, a decisão dos jurados” (MENDONÇA, 2008, p. 140).

Orlando Faccini Neto (2016) ressalta ser “eloquente” que, antes do ano de 2008, o Código, ao tratar da ata de julgamento do Tribunal do Júri, não continha determinação semelhante. À época, cada uma das teses defensivas desdobrava-se em quesitos próprios, de modo que a mera análise da quesitação já permitia inferir quais teses haviam sido alegadas. Com a reforma, no entanto, é exatamente a consignação em ata de julgamento, na forma do artigo 495, XIV, do CPP, que permite à Corte recursal confrontar a absolvição havida com os fundamentos que foram invocados pela defesa em Plenário.

Pelas considerações tecidas até aqui, conclui-se que o recurso de apelação do Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri é plenamente admissível, mesmo quando o veredicto houver decorrido da resposta afirmativa ao quesito absolutório genérico.

3 TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CLEMÊNCIA

O sistema processual penal, como visto – notadamente através dos artigos 495, XIV, e 593, III, *d* – exige que a decisão do Tribunal do Júri observe, para a sua legitimidade, primeiramente, uma *relação de coerência* entre o *sentido do veredicto* e o *contexto probatório*, sobre o qual se desenvolvem as alegações das partes em Plenário. Essa exigência, no entanto, não é oriunda somente do Código. Na realidade, ela é uma aplicação, ao Tribunal do Júri, do postulado constitucional da *razoabilidade*.

No Estado Democrático de Direito, a razoabilidade atua – ao lado do princípio da proporcionalidade – como cláusula de controle da validade material dos atos do Poder Público, notadamente de normas jurídicas e decisões judiciais. Ele coíbe a adoção de medidas arbitrárias, irracionais e abusivas, exigindo a conformação lógica do ato controlado com: as suas causas ou premissas; com as particularidades da situação fática a que se destina; e com o conjunto de valores e fins iminentes ao sistema constitucional.

A exigência de razoabilidade nos atos do Poder Público pode assumir diversas concepções. Na primeira e mais básica delas, identificada, dentre outros, por Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 395), “o conceito de razoabilidade é empregado como antônimo de arbitrariedade”. Essa concepção está associada à necessidade de que todos

os atos do Poder Público sejam sempre motivados por razões relevantes juridicamente. “Isso significa que devem ser entendidos como irrazoáveis tanto os atos estatais que são destituídos de causa ou fundamento como aqueles que se amparam em razões irrelevantes” (PEREIRA, 2018, p. 395).

Humberto Ávila (2003, p. 106) denomina essa concepção de razoabilidade-congruência: “a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente”. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ela é extraída da dimensão substantiva do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)¹³.

A partir dessa compreensão, fica claro que a ausência de motivo que justifique o ato estatal implica vulneração à cláusula de razoabilidade. No caso da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a razoabilidade repercute exigindo que o julgamento tenha uma coerência com uma *causa demonstrada nos autos*. A prova, assim, deve proporcionar uma base racional para a decisão. Decisões baseadas em elementos inexistentes na prova tornam arbitrária a solução adotada. É o que deflui da leitura conjugada artigo 5º, LIV, da CRFB, com os artigos 495, XIV, e 593, III, *d*, do CPP

Pontifica A. Gordillo (1997, p. 70): “*El Derecho está concebido como mínimo para asegurar que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para lá decisión [...] y que ésta es efetivamente um produto del razonamiento a partir de la prueba*”.

A congruência, porém, não é o único parâmetro para o controle da legitimidade das decisões emanadas do Conselho de Sentença. Isso porque a razoabilidade, em outra acepção, também exige que toda decisão judicial guarde conformidade com as exigências de justiça veiculadas pelo caso concreto e com os valores fundamentais vigentes na sociedade. Trata-se de uma projeção, para o Poder Judiciário, do princípio de justiça, positivado, expressamente, no artigo 3º, I, e no preâmbulo da Constituição.

Humberto Ávila (2003, p. 106) denomina essa concepção de *razoabilidade-equidade*. Consiste, basicamente, na exigência de considerar o aspecto individual do caso concreto nas situações em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. O autor leciona que tal acepção da razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles a respeito da equidade, cuja natureza é a de ser um corretivo da lei, exatamente

¹³ Um exemplo pode auxiliar à compreensão da referida acepção da razoabilidade. Na ADI nº 1158/AM, o STF declarou a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado do Amazonas que instituiu adicional de férias para servidores inativos. Considerou-se que se tratava de uma vantagem destituída de causa, pois só faz jus a adicional de férias quem efetivamente goza de férias, o que não é o caso de servidores em inatividade. Na concessão da medida cautelar (que foi confirmada quando do julgamento definitivo), o Tribunal, acolhendo o voto do Relator, Ministro Celso de Mello, consignou: “A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias [...] ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “*substantive due process of law*”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.

onde esta é falha ou incompleta, em virtude da sua universalidade.

Para Aristóteles (2011), quando a lei coloca uma regra universal e aparece inesperadamente um caso particular que lhe se escapa, é legítimo aplicar um corretivo para obviar essa omissão, determinando em concreto aquilo que o legislador teria incluído na lei se tivesse tido conhecimento prévio do caso. O filósofo comparou a equidade à régua utilizada na construção de Lesbos, que era feita de chumbo, não era rígida e se adaptava às formas das pedras, servindo para medi-las. A decisão equitativa seria aquela capaz de se adaptar aos fatos.

De acordo com Ávila (2003), em situações anômalas, extraordinárias, a exigência de equidade pode justificar até mesmo o afastamento da aplicação de uma regra, apesar de aperfeiçoadas as condições fáticas descritas em sua previsão abstrata. Isso ocorreria quando os efeitos da aplicação colidissem gravemente com a própria razão motivadora da regra ou com os princípios que lhe são subjacentes, gerando soluções claramente iníquas e insuportáveis perante a ordem jurídica.

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar respaldadas, primeiramente, em regras jurídicas, dotadas do caráter de generalidade/universalidade (CF, art. 5º, II). Mas, além disso, as soluções judiciais precisam interiorizar a ideia de justiça ínsita ao ordenamento jurídico e não conflitar com os valores plasmados na Constituição.

Observa Chaïm Perelman (2000) que nisso radica a concepção do Direito construída a partir da segunda metade do século XX, após o debacle do positivismo na Europa continental. As experiências dos regimes totalitários e o processo de Nuremberg puseram em evidência que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos. Tal processo abriu espaço para o reencontro do Direito com a sua dimensão axiológica e “para a busca de uma solução que seja não só conforme a lei, mas também equitativa, razoável, aceitável”. Vale dizer: uma solução, a um só tempo, “justa e conciliável com o direito em vigor”.

Neil MacCormick (2009, p. 192) também pode ser lembrado nessa reflexão. Ele defende “que as leis têm objetivos racionais voltados para garantir benefícios sociais ou evitar males sociais de um modo compatível com a justiça entre indivíduos”. E arre-mata: a “busca desses valores deveria exibir uma coesão racional, na medida em que as consequências de uma decisão particular estivessem em consonância com os propósitos atribuídos a princípios afins de direito”.

A possibilidade de realizar a justiça do caso concreto, mesmo além das previsões legais expressas, é uma excepcionalidade para os órgãos do Poder Judiciário em geral. Não, propriamente, para o Tribunal do Júri. Ela deriva da sua essência, de sua raiz histórica, especialmente do aspecto do julgamento ser realizado por juízes leigos. É também

uma derivação do princípio constitucional (expresso) da plenitude de defesa e do princípio constitucional (implícito) da íntima convicção.

Cumpra-se notar, outrossim, que a própria *razoabilidade-equidade* funciona como um limite para as decisões dos julgadores leigos. Ela demarca as fronteiras das quais os julgadores não poderão extravasar, sob pena de emitirem uma decisão destituída de legitimidade perante a ordem jurídico-constitucional. Thomas da Rosa de Bustamente (2005) sustenta que *razoabilidade-equidade* implica a busca de uma solução justa e adequada; e acrescenta: “a equidade, tal como hoje ela é concebida, permite decisões contra legem, mas *intra ius*”.

Assim como ocorre em relação ao primeiro filtro de controle da decisão do Júri (coerência com a prova), o Código de Processo Penal também contempla, atualmente, uma disciplina que externaliza para o mundo formal-positivo o segundo filtro de controle, dado pela equidade. Cuida-se, particularmente, do artigo 472. Esse dispositivo determina que todos os juízes leigos, antes de iniciarem na prática o ofício de julgar a causa, prestem juramento de proferirem seus votos “de acordo com a consciência” e com os “ditames da justiça”. O cerne do juramento radica no seguinte: embora os jurados não estejam adstritos a critérios de legalidade estrita, devem, por outro lado, emitir um julgamento equânime e razoável.

A equidade da decisão há de ser aferida na perspectiva leiga, pois foi a juízes leigos que o constituinte outorgou a competência para decidir a causa. A decisão equânime é aquela que adota solução que contenha uma leitura do caso e uma solução aceitáveis perante o senso comum¹⁴.

É no contexto da prova e da equidade que se encontram as balizas que podem justificar, para além das regras, um veredicto absolutório. Por isso é que, após se reconhecer a admissibilidade do recurso apelatório, propõe-se a distinção entre duas espécies de clemência: a clemência qualificada e a simples.

3.1 Espécies de clemência: qualificada e simples

A primeira, clemência qualificada, também pode ser chamada de lúcida ou clarividente. É aquela quem tem respaldo na prova dos autos e na equidade (atende a ambos os filtros de controle). Ela se configura quando da prova se extrai uma situação ou um contexto situacional que, para o senso comum, pode justificar uma absolvição indulgente.

A segunda espécie (clemência simples), que também pode ser chamada de cega, é o oposto: é aquela que, ou não tem respaldo na prova dos autos, ou não se harmoniza

¹⁴ Ensina Humberto Ávila (2003, p. 105) sobre a interpretação dentro do razoável, que é aquela “feita ‘em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei’”.

com a razoabilidade-equidade. A título exemplificativo, cogite-se que, em uma dada sessão, o defensor técnico tenha alegado que o réu, ao praticar o delito, estava possuído por um espírito maligno; então, não seria o imputado que deveria sofrer a condenação, e sim o espírito. Imagine-se que os julgadores decidam acolher tal alegação e absolvam o acusado. Outro caso: suponha que o defensor tenha composto uma bela canção musical a respeito do perdão e tenha inclusive pedido para consignar a canção em ata de julgamento, registrando que a sua súplica seria apenas a da clemência; e, ao final, o réu vem a ser absolvido.

Nessas hipóteses, observe-se, embora do ponto de vista fático a clemência seja possível, não há justificativa para vedar a cassação do julgamento em caso de interposição de recurso de apelação. Em se verificando tal contexto, o recurso de apelação da parte acusatória haveria de ser *provido*, cassando-se o veredicto.

É muito importante anotar que a expressão “manifestamente contrária à prova dos autos” deve ser compreendida: tanto de maneira literal, para alcançar aquelas situações em que não há, efetivamente, na prova, uma causa para a absolvição; quanto de maneira lógico-sistemática, para alcançar as situações em que a causa da absolvição, a despeito de eventualmente exposta no contexto da prova (o que inclui os debates em Plenário), não seja hábil a conduzir racionalmente ao resultado absolutório. A decisão deve ser o produto de um raciocínio a partir da prova (GORDILLO, 1997, p. 70). Essa é uma interpretação do artigo 593, III, *d*, do CPP, que pode receber o predicativo de interpretação conforme a Constituição.

Por isso, tomando como base os exemplos fictícios acima apresentados, verifica-se que a configuração de clemência simples ou cega corresponde exatamente ao veredicto entendido como manifestamente contrário à prova dos autos, o qual permite a cassação da primeira decisão e a submissão da causa a um segundo julgamento.

Considerem-se agora exemplos de possíveis clemências qualificadas. (i) Imagine-se um caso de tentativa branca de homicídio, em que a vítima sobrevivente, ao ser ouvida em juízo, afirmou expressamente que perdoou o réu e não tem mais interesse no julgamento da causa, ao passo que o réu é um indivíduo idoso, que sofre de diversas problemas de saúde, inclusive encontra-se sem mobilidade dos membros inferiores, estando em cadeiras de rodas e é obrigado a utilizar constantemente uma bolsa de colostomia; o cárcere, em eventual condenação, seria para ele extremamente penoso. (ii) Suponha-se que um réu está sendo julgado por um crime de homicídio ocorrido há muitos anos, quando de sua juventude, sendo que o fato lesivo foi único em sua vida social, sem grandes notas de gravidade e com nítida provocação da vítima, e há provas nos autos de que o acusado mantém, na atualidade, uma conduta íntegra perante a comunidade, com emprego lícito e ainda com família numerosa, da qual é o único provedor. (iii) Cogite-

-se, ainda, do seguinte caso: um indivíduo criminoso, em ocasião pretérita, arrancou uma menina de cinco anos dos braços de sua mãe e, sem se importar com os gritos das ofendidas, efetuou contra o rosto da criança vários disparos de arma de fogo do tipo pistola, matando-a diante da genitora; o pai da menina, então, decide vingar-se; planeja a execução do crime e, tempos depois, mata o criminoso em uma emboscada. Ao ser levado a Júri, o Promotor, invocando um raciocínio legalidade estrita, posiciona-se no sentido de que o pai da criança venha a ser condenado por homicídio privilegiado (por relevante valor moral), mas o Conselho decide pela absolvição.

Em tais situações, forçoso é convir que a eventual absolvição indulgente não seria arbitrária: desde que as causas tenham sido demonstradas na prova dos autos, não há divergência entre elas e os “ditames da justiça”. Nesses casos, há razões que, embora não sejam rigorosamente enquadradas em regras jurídicas, podem justificar ou legitimar, na percepção do leigo, o afastamento da pena. Desse modo, o recurso de apelação contra a decisão absolutória, apesar de admitido, haveria de ser improvido pelo Tribunal, pois aí não se teria uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A clemência qualificada, quando assim constatada pela segunda instância, não pode ser rescindida; já a clemência simples sim. Esta última somente teria o condão de gerar uma decisão definitiva quando viesse a ser repetida em um segundo julgamento, mas não pela sua natureza de pura indulgência, e sim porque a lei processual penal, em homenagem à soberania dos veredictos, veda um segundo recurso fundado em contrariedade à prova dos autos. Mas cumpre anotar que, sendo a decisão radicalmente iníqua, a probabilidade de ela vir a ser repetida por outro Conselho de Sentença é bastante reduzida.

Por derradeiro, deve-se analisar de quem seria o ônus da prova em torno da clemência. Para alguns, a partir da Reforma de 2008, o Ministério Público, além da obrigação de demonstrar as provas de autoria e materialidade, passaria a ter o encargo de justificar perante o Conselho de Sentença a necessidade da condenação do réu. Ao que parece, o Promotor de Justiça teria de recorrer a aspectos ligados à pessoa do acusado, de valor negativo, para convencer o Conselho de Sentença da necessidade de condená-lo. Isso, em verdade, além de constituir uma prova diabólica, seria criar um Direito Penal do autor, discriminatório, no âmbito do Poder Judiciário.

A hipótese oposta, que é aqui defendida, é a de que o ônus da prova que ampara a clemência deve ser da defesa. A clemência, em essência, é uma tese defensiva. Ao Ministério Público, incumbe carrear aos autos os elementos de convicção que interessam à função punitiva; e, à defesa, os que concernem à liberdade do réu (CPP, art. 156).

Na esteira desse raciocínio, a defesa, acaso pretenda pleitear a absolvição fundada na clemência, deve produzir prova sobre aspectos que entende que possam justificar, no

plano da razoabilidade e do senso comum, o veredicto absolutório, mesmo porque, à luz do princípio da plenitude de defesa, poderão ser invocados argumentos que vão além das regras jurídicas. Se a defesa se desincumbir adequadamente desse ônus (e desde que o caso comporte a respectiva justificação), a decisão que vier a acolher o seu pleito não poderia ser tomada como manifestamente contrária à prova dos autos, dado que teria se revestido do caráter de clemência qualificada, não podendo ser cassada pelo tribunal. Por outro lado, caso não se desincumbam, a defesa suportará o risco processual de uma eventual clemência vir a ser entendida como simples ou cega pela instância revisora.

4 CONCLUSÃO

Pelos argumentos expostos, foi possível constatar, primeiramente, que o recurso de apelação contra a decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri permanece plenamente cabível e em nada foi prejudicado pela introdução do quesito genérico no artigo 483, III e § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08. A possibilidade de absolvição por clemência, que já existia como decorrência dos princípios da plenitude de defesa e da íntima convicção, foi agora potencializada pela reforma processual. Isso, porém, não é a mesma coisa que dotar os jurados de poderes absolutos. Ao revés, o sentido de sua decisão, ou seja, o veredicto por eles proferido, continua sendo controlado, por uma vez, mediante o recurso de previsto no artigo 593, III, *d*, do CPP. A Constituição, inclusive, admite a existência de mais de um julgamento por causa, ao empregar o termo *veredictos* no plural.

A ideia de absolvição sem qualquer forma de controle é incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, da isonomia, da segurança jurídica e do duplo grau de jurisdição, bem como com a teleologia que emana do artigo 5º, XLIII, da CF. Ademais, a mesma lei que introduziu o quesito absolutório genérico trouxe também, no artigo 495, XIV, do CPP, a obrigação de serem consignados na ata de julgamento os debates e as alegações das partes, com os respectivos fundamentos. Essa mudança na disciplina da ata de julgamento não pode ter outro fim que não o de viabilizar o controle da decisão pelo tribunal.

Assentadas essas conclusões, passou-se, na segunda seção, à exposição dos fundamentos teóricos do controle jurisdicional da clemência. Eles derivam do postulado constitucional da razoabilidade e estão refletidos no Código de Processo Penal.

A razoabilidade atua para proibir a decisão arbitrária, destituída de causa. Ao se projetar sobre o Tribunal do Júri, esse princípio implica a exigência de que a decisão derive de uma causa empiricamente demonstrada na prova dos autos. Tem-se aqui uma interpretação conjugada do artigo 5º, LIV, da CRFB, com os artigos 483, III, 495, XIV,

e 593, III, *d*, ambos do CPP. Atua também a acepção razoabilidade-equidade, que encontra-se no artigo 3º, I, e no preâmbulo da Constituição. Cuida-se da exigência de que toda decisão judicial tem de se harmonizar com as particularidades do caso concreto e com a ideia de justiça ínsita ao ordenamento jurídico. Essa exigência se revela no Código de Processo Penal, no artigo 472, por força do qual os jurados, antes de receberem a causa, prestam compromisso de proferir um julgamento em conformidade com os “ditames da justiça”. Isso significa que, embora não estejam adstritos a critérios de legalidade estrita, não podem, por outro lado, emitir um veredicto que, à luz do senso comum, seja claramente injusto.

A identificação desses dois filtros de controle permite a distinção entre duas espécies de clemência: a qualificada e a simples. A primeira espécie é aquela que reúne os dois requisitos de legitimidade: conformidade com o contexto da prova e com a justiça do caso concreto (equidade); e a segunda é a que se ressentir de qualquer desses requisitos. Esta última corresponde à decisão manifestamente contrária à prova dos autos (sendo tal expressão lida no sentido lógico-sistemático e em conformidade com a Constituição). No último caso, a absolvição não é o produto de um raciocínio a partir da prova, mas sim um arbítrio.

O presente trabalho cumpre a finalidade de reabilitar o papel da razão jurídica no âmbito do Tribunal do Júri, evitando que esse órgão possa se convolar em um espaço de injustiça e discriminação incompatível com o Estado Democrático de Direito.

RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY

ABSTRACT

The article analyzes the possibility of appeal by the Public Prosecutor concerning absolution decisions rendered by the jury based on the generic question. The three main trends of understanding that discuss the legitimacy of absolution due to clemency and its control by appeal are studied. The Constitution, through the principle of reasonableness, and the CPP, through arts. 472, 495, XIV and 593, III, *d*, demand that this verdict must be grounded upon evidences and keep harmony with equity. It is proposed to distinguish between two kinds of clemency: qualified and simple.

Keywords: Appeal. Generic question. Absolution based upon clemency. Rational control. Qualified and simple clemency.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed., revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução de Torrieri Guimarães. 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Conceito e critérios de razoabilidade: uma proposta para o direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade** – v. 9 – n. 28 – p. 242 a 255 – jul/dez 2005.
- COSTA, Diogo Erthal Alves da. A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 71, jan./mar. 2019.
- CUNHA, Walfredo Campos. **Tribunal do Júri. Teoria e Prática**. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.
- DIDIER JR, FREDIE; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do Júri. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 31 nº 122 mai./jul. 1994.
- FELBERG, Rodrigo; FELBERG, Lia. A soberania dos veredictos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. **Tribunal Virtual IBCCRIM**, ano 01, ed. Nº 04, maio de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista; in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GORDILLO, Augustin. **El Metodo em Derecho**. Aprender, enseñar, scribir, crear, hacer. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 13-31, jan – fev. 2015.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 3ª ed. aumentada e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

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

NETO, Orlando Faccini. A tese de clemência no Tribunal do Júri: uma solução possível. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 74, out-nov/2016. P. 42-54.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA JR., Francisco Elnatan Carlos de. O poder ilimitado dos jurados para absolver. **O JOTA**, 21 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/autor/francisco-elwatan-c-de-o-junior>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. **IBCCrim**, n. 207, fevereiro de 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

STJ. HABEAS CORPUS: HC nº 350.895/RJ 2016/0061223-6, 6ª Turma. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em: 14 mar. 2017. DJE: 17 maio 2017. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27350895%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27350895%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27350895%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27350895%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 08 out. 2020.

STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC nº 117.076/PR 0048936-50.2012.3.00.0000, 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello em 01 ago. 2019. DJE: 02 ago. 2019. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4380035>>. Acesso em: 27 out. 2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI nº 1158/AM 0002519-26.1994.0.01.0000, Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 20 ago. 2014.

DJE: 07 out. 2014. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1602263>>. Acesso em: 27 out. 2020.