



## **O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNAS E O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

**FAFINA VILELA DE SOUZA**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestra em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Processo Civil e Metodologia da Pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogada.

**MARIA EUNICE DE OLIVEIRA COSTA**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutoranda em Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestra em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogada.

**IAGO PENHA MACIEL**

**JANAINA BERNARDO CEPELO**

**PEDRO NUNES BAROUCH**

**SARAH MONTGOMERY MENDES DE MIRANDA**

O pressuposto da necessidade de entendimento das formas de aplicação do direito positivo nas sociedades ocidentais foi o ponto de partida teórico para a apresentação comparativa entre os grandes sistemas jurídicos conhecidos no primeiro ano de graduação em Direito: *Commonwealth* e Sistema jurídico romano-germânico, no qual o direito brasileiro

tem suas raízes<sup>1</sup>. O opúsculo *O caso dos exploradores de cavernas*<sup>2</sup> foi o contraponto prático para a discussão, considerando a relevância da noção de que o direito é composto de normas de alta abstração e baixa densidade semântica, o que gera variadas interpretações. Infere-se, desde seu início, que num estado que tenha os Direitos Fundamentais<sup>3</sup> como a base garantidora dos direitos das pessoas em sociedade, não se pode interpretar a lei em sua literalidade e que interpretações geram decisões que podem não agradar seus destinatários. O propósito é levar os alunos a entenderem a importância da hermenêutica jurídica e dos Direitos e Garantias Fundamentais<sup>4</sup>, e ter as primeiras noções sobre o Tribunal do Júri no Brasil. Leva-se em conta que a força da interpretação reside na coerência entre um sistema sólido, um ordenamento jurídico seguro e o peso do valor social que protege<sup>5</sup>. O autor<sup>6</sup> retrata a história fictícia de cinco homens que ficam presos em uma caverna enquanto a exploram e que, para sobreviverem até o resgate, escolhem, de comum acordo<sup>7</sup> após sugestão de Roger Whetmore, sacrificar um deles para que os outros fiquem vivos<sup>8</sup>. O sorteado para morrer foi o próprio explorador que propôs o acordo. Desde a introdução da apresentação percebe-se que a finalidade é mostrar a relação entre a sentença dada pelos cinco juízes da fictícia Corte de Newgarth<sup>9</sup>, com o decisionismo brasileiro<sup>10</sup>. Indiciados por crime de homicídio, os acusados são condenados e sentenciados à morte por enforcamento em sentença de 1ª instância. Em grau de recurso, os juízes ministros do Tribunal de 2ª instância têm nomes sugestivos<sup>11</sup>. O juiz Presidente Truepenney (*verdadeira moeda*) considera a equidade e não aceita a excludente de ilicitude de legítima defesa. Foster (*fomentar*), entretanto, considera-o um caso de jurisdição do Direito Natural. Para ele, a lei deve declará-los inocentes e a sentença deve ser anulada para não se tornar vergonhosa, injusta e cair nas mãos do Executivo. Diante disso, oportuniza-se a análise da relação entre a literalidade da lei, a interpretação de seu propósito e as noções

---

<sup>1</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001

<sup>2</sup> FULLER, LON Luvois. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1976. Reimpresso em 1993.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, § 2º e seguintes.

<sup>5</sup> CEPELO, Janaína Bernardo.

<sup>6</sup> FULLER, LON Luvois. Op. cit., p. 77.

<sup>7</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 32 ed. São Paulo: Revista do Tribunais. p. 189-205

<sup>8</sup> MONTGOMERY, Sarah Montgomery Mendes de.

<sup>9</sup> FULLER, LON Luvois. Op. cit.

<sup>10</sup> MONTGOMERY, Sarah Montgomery Mendes de.

<sup>11</sup> CEPELO, Janaína Bernardo.

sobre o Estado Natural e Estado de Sociedade Civil<sup>12</sup>. O Juiz Tatting (*esfarrapar*) não aceita que os condenados estivessem sob a lei natural e, muito menos, que a Corte devesse aplicar essas leis, portanto, abstém-se de sentenciar. O Juiz Keen (*arguto*), por sua vez, defendendo a tese positivista, entende que a condenação deve permanecer, pois a derrogação seria mais danosa. O último a dar seu voto é o juiz Handy (*prático*) que considera ter sido o autor do acordo o próprio causador do seu infortúnio, por isso, a sentença e a condenação devem ser anuladas. Com a Corte de 2ª instância dividida, a sentença de 1ª instância é confirmada. Nas conclusões<sup>13</sup>, observaram-se os recursos desperdiçados, o status psicológico dos réus em consonância à necessidade da situação, a relação entre dolo e a autonomia da vontade - viciada pela necessidade corpórea de autopreservação que também influenciou a decisão de Whetmore<sup>14</sup>, e a morte dos servidores públicos em prol do resgate. Sobre a manutenção da condenação dos réus, pode-se constatar a diferença entre lei, como um texto no qual visa contemplar uma futura situação e o caso concreto, que por sua vez nem sempre previsível - uma vez em que o próprio caso da obra não tem uma tipificação específica para o delito em questão<sup>15</sup>. Por conseguinte, este é um exemplo de caso difícil (*hard cases*)<sup>16</sup>, que, por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública, esclarecida ou não, fica dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros.

A partir do julgamento no Tribunal de 2ª instância do caso fictício de homicídio apresentado, pode-se fazer uma abordagem<sup>17</sup> sobre o Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido em 1822, por decreto do Príncipe Regente, para julgamento de crimes de imprensa. Desde 1824, passou a integrar as Constituições brasileiras, ora disposto em capítulo relativo ao Poder Judiciário, ora em capítulo reservado aos direitos e garantias individuais. É fato que ele integra o Poder Judiciário, sendo essa uma decisão política. Na Constituição da República de 1988, ele está no rol de direitos e garantias fundamentais, como cláusula pétrea, no art. 60, § 4º, IV. É, pois, direito fundamental, quanto à participação do povo e garantia fundamental ao autor de crime doloso contra à vida, que será julgado por um Tribunal Popular. O procedimento especial a ser seguido está disposto nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal, Lei nº 11.689, de 2008. Serão julgados

---

<sup>12</sup> CEPELO, Janaína Bernardo.

<sup>13</sup> BAROUCH, Pedro Nunes.

<sup>14</sup> BAROUCH, Pedro Nunes.

<sup>15</sup> BAROUCH, Pedro Nunes.

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Editora Landy. 2003, p. 84.

<sup>17</sup> COSTA, Maria Eunice de Oliveira.

pelo Tribunal do Júri aqueles que incorreram na prática de crimes dolosos contra a vida - artigos 121 a 124 do Código Penal - consumados ou tentados e aqueles a eles conexos. Como a competência estabelecida é mínima, em razão da matéria, outros crimes podem ser acrescentados.

No rol de crimes dolosos contra a vida estão o homicídio simples, privilegiado e qualificado; a participação no suicídio e automutilação; o infanticídio e o aborto, e suas modalidades. Como disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, é assegurada a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Quanto à plenitude de defesa, ela vai além dos limites jurídicos, podendo abarcar elementos extrajurídicos. O sigilo das votações pretende garantir independência aos jurados para que decidam de forma livre e isentos, e se manifesta, além do local reservado para a votação dos quesitos, na incomunicabilidade entre os jurados e o descarte dos votos, a partir do quarto voto, positivo ou não, evitando uma possível identificação frente ao resultado alcançado. Quanto à soberania dos vereditos, tem-se que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença não será alterada por um Tribunal, e caso venha a contrariar a evidência dos autos, deverá o acusado ser submetido a novo julgamento, ou seja, será formado um novo Conselho de Sentença. O Tribunal do Júri somente reformará a decisão se o magistrado decidir contrariamente aos jurados ou se for injusto na dosimetria da pena. A soberania dos vereditos é mitigada pela Revisão Criminal.

O Tribunal do Júri é um procedimento bifásico, sendo que a primeira fase se assemelha ao procedimento comum ordinário, juízo de acusação, preliminar. Ao término da instrução, já na segunda fase, quatro decisões serão possíveis de serem tomadas: a absolvição sumária, a desclassificação para outro crime, a impronúncia e a pronúncia – essa sim interessa aos profissionais jurídicos. E por quê? Porque significa que o Juiz competente entendeu haver materialidade e indícios suficientes de autoria da prática de um crime doloso contra a vida. E somente essa decisão, após seu trânsito em julgado, levará à segunda fase: o juízo da causa; cujo tribunal popular será formado por um juiz togado – o Juiz Presidente – e os vinte e cinco jurados, constantes de uma lista publicada anualmente, onde somente sete deles irão compor o Conselho de Sentença. Este tem como função decidir acerca da materialidade e da autoria do crime, se inocente ou culpado. Cabe ao Juiz Presidente, quanto à decisão em si, apenas lavrar a sentença, cuidando da dosimetria da pena, em caso de condenação. Na instrução em juízo, importa a oitiva da vítima, a oitiva das testemunhas de acusação e defesa e o interrogatório do acusado. Após, ocorrem os debates, ocasião em que a acusação e depois a defesa se manifestam, com possibilidade de réplica e tréplica. Não havendo dúvidas, os jurados passam

à votação dos quesitos: materialidade; autoria; se absolvem o acusado; causa de diminuição de pena; qualificadoras ou causas de aumento de pena, dentre outros.

Enfim, o que se pretende com a leitura e debate comparativo é refletir sobre como seria o julgamento dos quatro exploradores de cavernas no ordenamento brasileiro, diante de um homicídio consumado. Primeiramente, a denúncia deveria descrever a conduta de cada um dos quatro acusados, considerando a necessidade de individualização de condutas e, posteriormente, da pena - o caso analisado não faz menção a essa questão, falando de forma genérica que mataram a vítima, sem evidenciar como se deu e quem fez o que. A decisão quanto à autoria e materialidade, caberia aos jurados leigos e não a um juiz togado. E caso a decisão de primeira instância fosse submetida a um recurso para um tribunal hierarquicamente superior, não seria possível a revisão da matéria pelo tribunal no que se refere à autoria e materialidade, se culpados ou inocentes, em decorrência do citado princípio informador da soberania dos veredictos.

É necessário destacar que o Ministério Público ficará adstrito aos limites da decisão de pronúncia, e deverá pautar-se no fato de que a vítima foi morta por vontade livre e consciente dos acusadores, que inclusive, deliberaram sobre a questão, enquanto a defesa poderá se valer de variados argumentos, para além dos elementos jurídicos. A partir do conceito analítico de crime: fato típico, ilícito e culpável, ainda que a conduta se amolde a um tipo legal, observando-se conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade; poderá haver alguma excludente de ilicitude. Ou ainda que reste caracterizada a ilicitude; poderá ser afastada a culpabilidade, observados seus elementos: imputabilidade do agente, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Quanto ao caso analisado, poder-se-ia sustentar o estado de necessidade – conforme art. 24 do Código Penal, aquele que pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, bem como não poderia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não seja razoável exigir-se, e, afastada a ilicitude, implicaria em absolvição dos acusados. Se aceita a tese pelos jurados, levaria à absolvição.

Quanto ao Tribunal do Júri, propriamente, é tido como instituição democrática pela possibilidade as pessoas serem julgadas pelos seus pares, alguém com realidade social mais próxima à dos acusados. Mas fica para reflexão maior: é ele, de fato, democrático num modelo de Estado Democrático de Direito, com Poderes de Estado definidos, sendo eles independentes e harmônicos? A ideia de ser julgado “por seus pares”, garantindo uma decisão mais justa, precisa ser revisitada, sem que isso signifique querer o fim da instituição do júri. Isso, porque, primeiramente, há que se indagar quais seriam “esses pares”, considerando a

representatividade de fato. Além da escolha na formação da lista anual, ainda existe o sorteio durante a sessão plenária, podendo ser recusados três jurados de cada parte, sem necessidade de justificção. Já existe aí a possibilidade de se escolher os jurados, conforme o rumo que se queira dar à pretensa decisão final. Depois, pelo próprio juramento feito por eles, quando assumem o compromisso de julgar com imparcialidade, segundo a própria consciência e os ditames da justiça, já afastam a aplicação cega da lei, até porque, não conhecem de processo e do processo.

Assim, essa abordagem não se esgota nessa pequena discussão, muito pelo contrário, a riqueza dessa obra, se presta a esse papel. Plauto Faraco,<sup>18</sup> ao traduzir a obra, ainda na Introdução, afirma que foi motivado a fazê-lo para que ela fosse utilizada nessa disciplina que introduz ao estudo do Direito, para que os acadêmicos possam respondê-las, sem que fiquem presos a posições preconcebidas. Afirma ele, que somente assim, será possível diferenciar Direito, Lei e Justiça. “Creio que esse intento tenha sido brilhantemente alcançado no CLVII Simpósio on-line da FDSM, pela rica exposição dos acadêmicos do 2º período, Sarah, Janaína e Pedro”<sup>19</sup>. Quanto à discussão, ela continuará...

### *Bibliografia*

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Editora Landy. 2003, p. 84.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, § 2º e seguintes.

FULLER, LON Luvois. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1976. Reimpresso em 1993.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. - São Paulo: Revista do Tribunais. 32. ed. *Justiça Comutativa*, p. 189-205.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

---

<sup>18</sup> FULLER, LON Luvois. *Op. cit.*

<sup>19</sup> COSTA, Maria Eunice de Oliveira.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.