

ESCOLA DE HUMANIDADES

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS DE DIREITO

CHRISTIAN PENIDO TOMBINI

**A PROVA NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA
ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Porto Alegre

2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

CHRISTIAN PENIDO TOMBINI

**A PROVA NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA
ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2019

CHRISTIAN PENIDO TOMBINI

**A PROVA NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA
ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

ABREVIATURAS

Art – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

HC – *Habeas Corpus*

Resp – Recurso Especial

RESUMO

A Constituição Federal erigiu, no inciso XXXVIII, do art. 5.º, o Tribunal do Júri dentre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo, assim, os quatro pilares que deveriam nortear o Tribunal Popular. São eles: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Todavia, ao longo dos tempos, esses princípios constitucionais foram sendo mitigados, tergiversados, quando não invertidos, muito em razão da jurisprudência, mas também pela legislação infraconstitucional, que ficou encarregada de reger a organização do Júri. Para piorar, algumas alterações legislativas, ao invés de caminharem no sentido da Constituição, que instituiu o sistema acusatório, promoveram mudanças legislativas fortalecendo ainda mais o viés inquisitorial. Como se não bastasse, a jurisprudência passou a admitir para a pronúncia a figura do *in dubio pro societate* em detrimento do *in dubio pro reo*, fazendo prevalecer, neste momento específico, os interesses da sociedade, submetendo o acusado a julgamento mesmo quando houver dúvida, sem justificativa plausível. Percebe-se, portanto, que o que era para ser um direito fundamental do acusado assumiu uma realidade bastante oposta, eis que, à medida que o Conselho de Sentença não fundamenta os veredictos, admitir que um processo nas condições acima elencadas vá a julgamento é retornar às Ordálias da Idade Média ou ao Juízo de Deus e aguardar que a intervenção divina promova a absolvição do réu. Sendo assim, visando a restabelecer a intenção do Constituinte e a tratar o instituto do Júri como direito fundamental do acusado, buscou-se, por meio da presente dissertação, que teve como linha de pesquisa os sistemas jurídico-penais contemporâneos, fixar alguns pontos, dentre eles: examinar o conteúdo, a extensão e o real significado dos princípios constitucionais referentes ao Júri presentes na Magna Carta; afastar os critérios que sustentam e dão guarida ao *in dubio pro societate* no momento da decisão de pronúncia; atribuir ao contraditório a necessária condição *sine qua non* da prova penal, sobretudo em um sistema em que os julgadores não precisam fundamentar seus votos; e estabelecer formas de valoração da prova penal para reduzir a discricionariedade existente no sistema de livre convencimento motivado. Por meio da utilização de alguns critérios e *standards* de prova, próprios do sistema legal norte-americano, buscou-se demonstrar que tais instrumentos poderiam ajudar na valoração da prova, bem como averiguar se o meio de prova preenche as condições para legitimar uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito. Demonstrou-se também importante promover a equivalência e incorporação entre os conceitos da presunção de inocência e o *standard* de prova “além de dúvida razoável”, com o desiderato de evitar mitigações e reducionismos como os realizados recentemente pelos tribunais superiores. Sob esse contexto, abordou-se o tema central da presente dissertação, que trata sobre o convencimento do magistrado acerca da materialidade e da existência dos indícios suficientes de autoria e participação no momento da pronúncia, condicionando esse convencimento judicial ao contraditório e ao exame qualitativo de prova por meio dos *standards*, probatórios. Os jurados também receberam nossa atenção, em virtude de julgarem sob íntima convicção, podendo decidir com base em qualquer ou em nenhum fundamento. Desse modo, demonstraram-se os perigos existentes em uma decisão de pronúncia proferida sem prova forte e robusta acerca da materialidade do crime e da autoria ou participação. Destarte, é possível restabelecer a intenção do Constituinte e firmar o Tribunal do Júri como direito fundamental do acusado, tendo sempre como referência a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Pronúncia. Prova Penal. *Standard*. Jurados.

ABSTRACT

The Federal Constitution erected in art. 5th, XXXVIII, the Jury's Court among the Individual Rights and Guarantees, Fundamental Rights and Guarantees, thus establishing four pillars that should guide the people's court. They are: the fullness of defense, the secrecy of voting, the sovereignty of the verdicts and the competence to judge intentional crimes against life. Nevertheless, constitutional principles have been mitigated, distorted, if not reversed, because of the jurisprudence, but also by the infra-constitutional legislation, which has been entrusted with governing the organization of the Jury. To make it worse, some legislative changes, instead of moving towards the Constitution, that instituted the accusatory system, promoted legislative changes strengthening the inquisitorial bias. As if that wasn't enough, jurisprudence, at the intersection of the two-phase jury rite, began to admit, for the pronouncement, the figure of the *in dubio pro societate* to the detriment of the *in dubio pro reo*, thus prevailing the interests of society without any reason. It is thus perceived that what should be a guarantee of the accused took on a quite opposite reality, since to the extent that the sentence council does not substantiate the verdict, to admit that a proceeding, under these conditions listed above, goes to judgment, is to return to the ordeals of the Middle Ages or Judgment of God and await divine intervention to promote the acquittal of the defendant. Thus, in order to reestablish the intention of the Constituent Assembly and to treat the jury's institute as a fundamental right of the accused, it was sought, through the present dissertation, to have as a line of research contemporary criminal legal systems, to fix some points, among them: to examine the content and the real meaning of the constitutional principles present in the Constitution. To depart from the criteria which support and lodge the *in dubio pro societate* at the time of the decision to pronounce. To assign to the contradictory the necessary *sine qua non condition* of the criminal evidence, especially in a system where the judges do not need to substantiate their votes. And, to establish forms of assessment of the criminal evidence, to reduce the existing discretion in the system of free convincing motivated. Thus, through the use of certain criteria and standards of proof, specific to the US legal system, it was sought to demonstrate that such instruments could help in the task of ascertaining whether the means of proof fulfills the conditions to legitimize a judicial decision in a State Democratic Right. The equivalence of the presumption of innocence with the standard of proof beyond reasonable doubt, and its incorporation to avoid mitigations or reductionisms. Thus, the central theme of the dissertation, the magistrate's conviction about materiality and the existence of sufficient evidence of authorship and participation at the time of pronouncement were addressed, conditioning this judicial conviction to the contradictory and qualitative examination of evidence through the standards of proof. The jurors also received our attention, by virtue of having judged under intimate conviction, being able to decide on any or no basis. Thus, the dangers of pronouncing, without strong and robust evidence, the materiality of the crime and of authorship or participation have been demonstrated. Thus, it is only in this way that it is possible to restore the intention of the Constituent Assembly and to establish the Jury's Court as the fundamental right of the accused, always having as reference, the dignity of the human person.

Keywords: Jury's Court. Pronounce. Criminal proof. Standards of proof. Jurors.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO TRIBUNAL DO JÚRI	15
1.1 PLENITUDE DE DEFESA	15
1.2 SIGILO DAS VOTAÇÕES	20
1.3 SOBERANIA DOS <i>VEREDICTOS</i>	23
1.4 COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA	27
2 PRONÚNCIA	29
2.1 NATUREZA JURÍDICA	30
2.2 CONFRONTO ENTRE O <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> E O <i>IN DUBIO PRO REO</i> ..	33
2.3 REFLEXÕES SOBRE INDÍCIOS E PROVAS	43
2.4 IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO.....	61
2.5 ESTABELECIMENTO DE UM <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO	74
2.5.1 Prova “além de dúvida razoável”	81
2.5.2 Probabilidade Lógica	85
2.6 CONVENCIMENTO ACERCA DA MATERIALIDADE.....	93
2.6.1 A problemática a cerca dos elementos subjetivos do tipo	98
2.7 SUFICIÊNCIA INDICIÁRIA DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO.....	106
3 JURADOS	112
3.1 JURADOS E JULGAMENTO SOB A ÍNTIMA CONVICÇÃO	114
3.2 DECISÃO POR <i>VEREDICTO</i>	120
3.3 INIQUIDADE DA CONDENAÇÃO 4X3	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

Parece indubitável, segundo Lênio Streck, que a origem dos julgamentos populares esteja localizada na Grécia Antiga. O julgamento de Sócrates no Tribunal de Helieia é o ponto de partida e inspiração para a conformação histórica dos tribunais populares adotados nos mais diversos países no decorrer do tempo. Também o Tribunal instaurado em Oresteia, de Ésquilo, pode ser precursor do Júri. No plano dos sistemas jurídicos, o Júri teve terreno fértil para implementação na *Common Law* em face da perspectiva sociológica da institucionalização desse direito. Com efeito, o Júri popular foi introduzido na Inglaterra em 1066, pelo rei Guilherme, que convocou 12 cidadãos, número nitidamente inspirado nos apóstolos de Cristo, para julgamento de seus “pares”.¹ Percebe-se, assim, que o objetivo em estabelecer o julgamento popular para acusados foi o de conferir maior legitimidade à decisão proferida de forma democrática. Ocorre que permitir ao povo participar diretamente dos julgamentos não é suficiente para afirmar o caráter democrático do julgamento. É preciso que a prova sirva de arrimo para o julgamento e obedeça alguns critérios. Por essa razão, buscou-se analisar os requisitos necessários e suficientes para que, nos processos relativos à competência do Tribunal do Júri, o acusado seja devidamente pronunciado, respeitando o que determina a Constituição Federal.

A problemática atual cinge-se diante das diversas possibilidades de interpretações admitidas pela redação do art. 413 do CPP, mas que não se apresentam tão variadas quando se tem como fundamento a Constituição Federal. Lamentavelmente, na prática forense, percebem-se decisões muito mais alicerçadas nos dispositivos do CPP do que na Constituição Federal. Importa ressaltar, como bem observa James Goldschmidt, que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição.² No entanto, a Constituição Federal optou pelo modelo garantista, enquanto a legislação processual penal, mesmo depois de diversas reformas, conserva, em sua espinha dorsal, a matriz inquisitória, uma vez que é inspirada no Código Rocco de 1930. Nesse contexto, oportuna é a ressalva de Jacinto Coutinho ao sustentar que é praticamente impossível compatibilizar a atual Constituição Federal, que impõe um sistema acusatório com o Código Rocco, o qual, na opinião do autor, é uma cópia mal feita do Código de Instrução

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 379.

² GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Tradução Mauro Fonseca Andrade; Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67.

Criminal Napoleônico.³ Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que o sistema bifásico do Código Napoleônico de 1808, com a fase pré-processual inquisitorial e a fase processual (supostamente) acusatória, é um verdadeiro monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com *ares* de acusatório é a realidade diária nos foros e tribunais de todo o nosso país).⁴ Não nos esqueçamos que Napoleão foi um ditador. Entendido isso, fica claro o porquê de um estatuto tão repressor. Franco Cordero lembra que os processos inquisitoriais são como máquinas analíticas movidas por inesgotáveis curiosidades experimentais.⁵ Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. também entendem que é verdadeira a afirmação de que expressiva doutrina nacional constrói o discurso dogmático a partir da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941. O fascínio pela legislação infraconstitucional e seu persecutório projeto político-criminal faz esquecer que se trata de um estatuto autoritário e antidemocrático inspirado, como já dito, na lógica persecutória do fascismo italiano e elaborado em um período autoritário da história brasileira.⁶ Dessa forma, em que pese a Constituição Federal ter recentemente completado 30 anos de existência, a fonte legislativa permanece sendo a legislação processual penal de 1941. A verdade, conforme Jacinto Coutinho, é que, sempre que a história registrou a superação de um regime de força, viu florescer um turbilhão de novas ideias, em geral destinadas a sustentar e legitimar as práticas democráticas. Não poucas vezes, diz o autor, o germe está nas próprias entranhas do regime anterior, dada sua narcísica incapacidade de superar a demanda do homem e da sociedade.⁷ De fato, o período marcado entre as grandes guerras elaborou diplomas penais pouco preocupados com os direitos humanos. Eugênio Raúl Zaffaroni, ao analisar a dogmática penal alemã de 1933-1945, retrata que a importância do tema para os penalistas latino-americanos vai além de uma simples curiosidade em compreender o passado, uma vez que os diplomas estavam longe de tratar todos os seres humanos como pessoas, ficando claro que a ferramenta de discriminação mais violenta sempre foi a do poder punitivo. Zaffaroni ainda observa que o poder punitivo executou genocídios durante todos os tempos, porém nem todos elaboraram discursos jurídico-penais de legitimação e, se o fizeram, geralmente foram de baixo nível teórico. Segundo o autor, é preciso instituir um direito penal

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 138.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161.

⁵ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Santa Fe de Bogotá/Colômbia: Temis S.A., 2000, p. 40.

⁶ KHALED JÚNIOR, Salah H.; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **In dubio pro hell**. Profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 12-21.

⁷ COUTINHO, 2018, p. 25.

humano tendente a melhorar a realidade social defeituosa, confrontando o direito penal não humano. É preciso um direito penal crítico e de luta, mas não de guerra, porque não se pode negar a condição de pessoa a ninguém.⁸ De fato, o autor tem razão. A relativização das leis é crescente, acarretando o surgimento de tipos penais cada vez mais abertos, protegendo bens jurídicos de difícil definição, visando sempre ao combate à violência, ao criminoso, isto é, ao inimigo da sociedade. É preciso lembrar, no entanto, que estamos a tratar de seres humanos, sem divisão de qualquer espécie. Nesse diapasão, Nereu Giacomolli defende que todo ser humano é dotado de dignidade por ser pessoa, e essa dignidade não é apenas um direito, mas a essência do ser humano, exigindo compreensão e consideração. A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, elemento comum e núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, sendo o “princípio” fundante de toda a ordem jurídica. Por isso, não é a pessoa que existe em função do Estado (meio), mas o Estado que opera em função das pessoas (fim).⁹ Por núcleo essencial, diz Luciano Feldens, compreende-se o reduto do direito sem o qual o direito não existiria como tal; já que não seria mais o mesmo direito. Portanto, no exercício de sua liberdade de conformação, o legislador não poderá desfigurar o sentido que o constituinte pretendeu atribuir aos direitos fundamentais.¹⁰ Ingo Sarlet refere que a dignidade como qualidade intrínseca à pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e que dele não pode ser destacado. É algo, conforme o autor, que lhe é inerente.¹¹

No entanto, sob o argumento de que a sociedade precisa estar mais protegida e de que as leis não possuem mais o condão de reduzir a criminalidade, a qual só tende a aumentar, o sistema acusatório, instituído pela Constituição Federal, vem sendo mitigado, e leis e entendimentos jurisprudenciais vêm admitindo cada vez mais restrições a direitos e garantias fundamentais em nome de maior segurança, tendo sempre como meta a proteção da sociedade. Segundo Geraldo Prado, medidas como a iniciativa judicial do processo e as buscas por provas de ofício, o domínio sobre a imputação pelo juiz, apelidado de *mutatio*

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Doctrina penal nazi**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017a, p. 30-32. (tradução livre).

⁹ WUNDERLICH Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner et al. **Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal**. Pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 343.

¹⁰ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 43.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a, p. 51.

libelli, e o controle judicial da inércia do Ministério Público são evidências do sistema inquisitório encontradas cotidianamente nas prateleiras dos cartórios criminais.¹²

Por essa razão, buscando demonstrar que a essência do Tribunal do Júri está em descompasso com o espírito do legislador Constituinte, esta dissertação busca trilhar, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sem, no entanto, ter a pretensão de esgotar a matéria, o caminho que melhor interpreta a redação do art. 413 do CPP, tendo como observância fundamental e obrigatória a Constituição Federal.

Logo no primeiro capítulo, serão abordados os princípios fundantes do Tribunal do Júri estipulados pela Constituição Federal. No capítulo subsequente, será analisado o objeto principal desta dissertação, consubstanciado na prova necessária e suficiente para contemplar e atender ao disposto no art. 413 do CPP, ante a Constituição Federal. Para tanto, serão analisadas a necessária interdependência da prova penal com o princípio do contraditório e formas de valoração da qualidade da prova penal para aferir a existência de suficiência probatória, utilizando como instrumento os *standards* de prova próprios do sistema norte-americano. Ora, é de conhecimento de todos que o nosso ordenamento jurídico, em especial o criminal, passa por uma crise existencial. Não raras vezes são importadas doutrinas e teorias alienígenas, escolhidas de forma *à la carte*, que quase sempre maculam algum direito ou garantia presente em nossa Magna Carta. No momento, o governo atual se esmera no intuito de importar o instituto norte-americano do *plea bargain*, medida que permite que acusados cumpram pena sem necessidade de responder a processo. Contudo, não se percebe a importação de teorias que protejam e respeitem o indivíduo, pois o objetivo é sempre a proteção da sociedade. E, o que é ainda pior, com amplo apoio da população, que entende como medida positiva o aparelhamento repressor do Estado, cercando e controlando, cada vez mais, o indivíduo. No terceiro capítulo, por fim, destina-se especial atenção aos jurados, considerando que decidem sob a íntima convicção e por maioria de votos, e aos problemas que podem ocorrer diante de uma prova penal que não tenha sido submetida ao contraditório e aos critérios qualitativos de valoração probatória. É preciso deixar claro que tais controles sobre a prova penal são imprescindíveis, pois se observa que, na legislação atual, de forma crescente, têm surgido cada vez mais tipos penais abertos, proteção a bens jurídicos abstratos, aproveitamento de provas ilícitas, dentre outras medidas, sempre sob a desculpa de incrementar a proteção social. Basta observarmos o recente Projeto de Lei Anticrime

¹² PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Costa; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 50.

apresentado pelo governo atual. Chama atenção a nomenclatura, como se alguém, em sua sã consciência, fosse a favor de crimes, o que justificaria o nome atribuído. A intenção da proposta, dentre outros objetivos, é assegurar legalmente a execução provisória da condenação criminal antes do trânsito em julgado e o aumento da efetividade no Tribunal do Júri, autorizando assim a prisão do acusado tão logo seja condenado pelo Conselho de Sentença. Não obstante todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais, fica a impressão de que o referido projeto desconhece a Constituição Federal. Além disso, e ainda pior, tem amplo apoio da população, a qual acredita que tais medidas visam a combater a violência e a corrupção.

No cotidiano da prática, observam-se pelos tribunais de todo o país, defensores implorando pela aplicação de princípios constitucionais como se isso fosse um favor a ser ofertado a depender do caso concreto. Como bem salientado por Ricardo Gloeckner, o processo penal, nessa conjuntura, aparece como um óbice, um estorvo, já não sendo mais necessário para a imposição de penas. Ao perder a sua característica mais preciosa, a de ser um caminho imprescindível à imposição de sanção, retardando o julgamento e subtraindo o caso das contaminações da evidência, o processo penal começa a ser preenchido com ideais como eficiência, economia processual e celeridade.¹³ Renato Brasileiro, por sua vez, também atento à problemática atual, afirma que, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção.¹⁴ Todavia, essa não é a realidade atual. A retórica parece trilhar um caminho diverso do que acontece na prática. Exemplo disso são as inúmeras referências ao chamado princípio do *in dubio pro societate* em detrimento do princípio do *in dubio pro reo*, quando se sabe que a dúvida, em qualquer país democrático que respeite os direitos humanos, deve sempre beneficiar o acusado. Tal ponto será melhor aprofundado no segundo capítulo desta dissertação.

Cumpra também ressaltar que a quantidade de processos aumentou drasticamente nos últimos anos. As recomendações do Conselho Nacional de Justiça para que os tribunais julguem cada vez mais processos em um menor tempo possível acarretam a natural perda da qualidade dos julgamentos. Sob essa perspectiva, de modo a dar vazão à demanda, criou-se,

¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2015, p.198.

¹⁴ BRASILEIRO, Renato. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 464.

informalmente, uma forma de julgar todos esses processos em tempo recorde, uma espécie de automatização sistemática de decisões nos processos muito similar ao sistema de produção Fordista instituído por Henry Ford em 1914. Não há mais tempo suficiente para se inteirar de cada caso, pois a demanda não permite. Desse modo, constata-se que os processos já não recebem a mesma atenção que deveriam, oportunizando, assim, o surgimento e florescimento de diversas ilegalidades, as quais, em grande parte das vezes, são absolutas, deixando de ser reconhecidas, no entanto, em sua maioria, em razão da não comprovação de prejuízo, mesmo sabendo que, em um processo penal, esse deveria ser sempre presumido. Portanto, de acordo com informações do CNJ: “Em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1.819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil – esse é o maior índice de produtividade desde 2009”.¹⁵ Isso comprova que os processos não estão mais recebendo a atenção que deveriam, uma vez que os magistrados, assim como seus assessores, se encontram sobrecarregados, sendo humanamente impossível exercerem o ofício de modo satisfatório.

Nesse contexto, Byung-Chul Han observa que a sociedade disciplinar de Foucault, feita de hospitais, asilos, presídios, quartéis e fábricas, não é mais a sociedade de hoje. A sociedade do século XXI não é mais uma sociedade disciplinar, mas uma sociedade do desempenho. Seus habitantes não se chamam mais “sujeitos da obediência”, mas sujeitos de desempenho e produção. A mudança de paradigma da sociedade disciplinar para a sociedade do desempenho habita, naturalmente, o inconsciente social, o desejo de maximizar a produção.¹⁶ Dessa forma, é possível afirmar que todos os processos, em especial os criminais, que apuram delitos de homicídios estão perdendo qualidade e ganhando celeridade. Por essa razão, os juízes criminais, em virtude do montante de processos, já não se manifestam mais como deveriam em momentos importantes, deixando de realizar os controles epistêmicos da prova penal nos momentos oportunos. Isso pode ser observado nos crimes dolosos contra a vida, nos quais, em face da excessiva demanda existente, alguns magistrados se omitem e se utilizam da competência constitucional instituída aos jurados – juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida –, submetendo os acusados a julgamento sem um controle sério, prévio e eficaz da prova penal, de modo a justificar a pronúncia de acordo com a Constituição Federal.

¹⁵ FARIELLO, Luiza. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

¹⁶ HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução Ênio Paulo Gianchini. 2. ed. Ampliada. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 23-25.

Esse é o ponto nefrálgico. A questão diz respeito às regras do jogo, regras da Constituição Federal, que devem ser obedecidas. Nos crimes dolosos contra a vida, o filtro epistemológico de controle da prova mais importante encontra-se na decisão de pronúncia. Contudo, tal filtro, lamentavelmente, não vem sendo bem empregado.

Assim, pelo estudo da Constituição Federal, da prova penal e da decisão de pronúncia, e à luz da redação disposta no art. 413 do CPP e da sua relação com outros artigos do mesmo diploma, analisar-se-á quais são as provas tidas como necessárias e suficientes para que o acusado seja devidamente pronunciado. Tal estudo é de necessário enfrentamento, pois, como já afirmado, a redação do dispositivo permite diversas interpretações, e, dessa forma, não raras vezes, processos muitas vezes idênticos acabam tendo resultado completamente diferente dependendo do magistrado que estiver conduzindo os trabalhos. Hipoteticamente, poderíamos afirmar que, em virtude de a decisão de pronúncia não abordar o mérito, é possível que não reclame a incidência dos postulados constitucionais, em especial do princípio do contraditório. Todavia, mesmo sem abordar o mérito, é possível que ofenda a Constituição Federal, justamente por prescindir do contraditório e pela total impossibilidade de se descobrir se os jurados observaram as garantias presentes na Constituição Federal, já que eles decidem sob íntima convicção.

Não se desconhece, conforme aponta Lênio Streck, que, levando em conta o fato de a Constituição Federal de 1988 localizar a instituição do Júri no capítulo atinente aos direitos e garantias individuais e coletivos, o Júri pode ser entendido, a um só tempo, como garantia do cidadão e garantia da coletividade. Ou seja, o capítulo da Constituição que institui o Júri trata dos direitos individuais e coletivos, estabelecendo também um direito da sociedade em julgar os concidadãos pela prática de crimes graves.¹⁷ No entanto, é preciso reconhecer, como bem aponta Ingo Sarlet, que todos os direitos e garantias fundamentais encontram fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana. Portanto, além de impor limites à atuação Estatal, o Estado deverá ter como meta permanente a proteção e a realização concreta de uma vida com dignidade para todos, impondo não apenas um dever de abstenção e respeito, mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.¹⁸ Sob esse contexto, é inegável deixar de afirmar que a pronúncia exprime função garantidora e protecionista do acusado. Assim, a sociedade apenas tem interesse em julgar, de forma democrática, os acusados contra os quais existir prova farta e robusta que indique

¹⁷ CANOTILHO et al., 2013, p. 384.

¹⁸ SARLET, 2015a, p. 89-97.

probabilidade de responsabilidade criminal. Por essa razão e diante desse panorama, devemos compreender o instituto do Tribunal do Júri antes de contemplá-lo como garantia da sociedade e como garantia primordial do indivíduo de ser submetido a um julgamento justo e imparcial, tendo sempre como fundamento a observância da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a legislação processual penal deve ter seus dispositivos interpretados, sempre e sem exceções, a *favor rei*.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO TRIBUNAL DO JÚRI

1.1 PLENITUDE DE DEFESA

Previsto na alínea “a”, inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal, a plenitude de defesa encontra aplicação quando o acusado estiver em julgamento no rito Júri. Diferentemente de como afirmam alguns doutrinadores, o referido princípio não deve ser aplicado de forma reducionista apenas no plenário de julgamento, mas durante todo o processo, incluído assim o *judicium accusationis*, uma vez que, se a Constituição Federal desejasse diferente, o teria restringido expressamente ao plenário de julgamento, o que não o fez. Portanto, segundo Nereu Giacomolli, a dimensão da defesa no Tribunal do Júri é maior do que a aplicada aos demais processos criminais. Enquanto o art. 5.º, inciso LV da Constituição Federal garante a ampla defesa no que tange ao Tribunal do Júri, o art. 5.º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal assegura a plenitude da defesa.¹⁹ Nesse sentido, segundo Lênio Streck, sua amplitude e complexidade são muito maiores do que aquelas relativas às garantias da ampla defesa e do contraditório, visto que abrange uma argumentação que transcende a dimensão meramente jurídica, envolvendo aspectos de ordem social, cultural, econômica, moral, religiosa, etc.²⁰ Walfredo Campos afirma que por meio da plenitude de defesa o legislador constitucional demonstrou a intenção de privilegiar o Júri como garantia individual, uma vez que se preocupa, excepcionalmente, com a qualidade do trabalho do defensor do acusado, de tal forma a erigir em um princípio a qualidade da defesa dos réus que serão julgados pelo Tribunal Popular.²¹ Nereu Giacomolli entende como plenitude a ideia de completude, de conduta aproximativa da perfeição. Tal entendimento se dá porque o veredicto não advém de um juízo técnico, não sendo motivado nem fundamentado.²² Dessa forma, como não se sabe quais razões levaram os jurados a decidir, faz-se necessário que o defensor desenvolva um trabalho acima da média. Por essa razão, Fauzi Hassan Choukr ressalta que o ponto de fundamental importância é a verificação de que o acusado seja realmente bem defendido tecnicamente. Caso não o seja, o resultado é sua declaração como indefeso, a desconstituição do Conselho de Sentença e a designação de nova

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu J. **Reformas (?) Do processo penal**: considerações críticas. São Paulo: Atlas, 2014b, p. 83.

²⁰ CANOTILHO et al., 2013, p. 382.

²¹ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

²² GIACOMOLLI, 2014b, p. 83.

data para julgamento.²³ Não por outra razão, o ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, anulou julgamento em que o defensor realizou sustentação oral no plenário do Tribunal do Júri, fazendo uso da palavra por irrisórios quatro minutos.²⁴

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO EM PLENÁRIO. DEFENSOR DATIVO. SUSTENTAÇÃO ORAL DE QUATRO MINUTOS. RÉU INDEFESO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA PELO TRIBUNAL A QUO. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. CUSTÓDIA CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO A lei processual penal não estipula um tempo mínimo que deve ser utilizado pela defesa quando do julgamento do Júri. Contudo não se consegue ver razoabilidade no prazo utilizado no caso concreto, por mais sintética que tenha sido a linha de raciocínio utilizado. 5. Hipótese concreta em que o defensor dativo utilizou apenas quatro minutos para fazer a defesa do paciente, perante o plenário do Tribunal do Júri. 6. A exiguidade do tempo utilizado, no caso, aponta no sentido de que não houve o desenvolvimento válido de nenhuma tese, levando à conclusão de que a defesa do paciente teve caráter meramente formal, o que determina a aplicação da primeira parte da Súmula 523/STF. 7. Deveria, portanto, ter havido a intervenção do Juiz presidente, com a nomeação de novo defensor ou a dissolução do Conselho e a marcação de novo dia de julgamento, a fim de garantir o cumprimento da norma constitucional que garante aos acusados a plenitude de defesa. (Grifo nosso)

De fato, não há um tempo mínimo para que o orador realize sua sustentação, contudo não se pode afirmar que em míseros quatro minutos seja possível desenvolver uma tese válida ou minimamente compreensível. Dessa forma, fica claro que o referido princípio deve ser encarado como circunstância que desequilibra a paridade de armas entre acusação e defesa, fazendo com que sempre prevaleçam os interesses do acusado. Nereu Giacomolli afirma, inclusive, que o princípio da plenitude de defesa autoriza o magistrado a reconhecer de ofício as circunstâncias atenuantes não sustentadas em plenário, não sendo necessário anular o julgamento, pois se trata de matéria de aplicação da pena.²⁵ Também em decorrência desse princípio faculta-se ao defensor total liberdade dos seus argumentos quando em plenário de julgamento, não se limitando apenas a argumentos jurídicos e podendo, inclusive, inovar na tréplica. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa entende que, em virtude do referido princípio, é possível que a defesa inove na tréplica, isto é, amplie sua argumentação e a altere,

²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**: Reformas, continuísmos e perspectivas práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n.º 234.758/SP. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 19 jun. 2012.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu J. **Reformas (?) Do processo penal**: considerações críticas. São Paulo: Atlas, 2014, p.105.

utilizando, inclusive, argumento inédito.²⁶ Acreditamos ter razão o autor, visto que qualquer inovação que sobrevier pode ser fruto do debate que se travou entre acusação e defesa, aflorando assim novas ideias. De qualquer forma, a inovação terá sempre como pano de fundo as provas já presentes nos autos, o que impede a acusação de sustentar qualquer tipo de surpresa ante os argumentos trazidos pelo defensor. Importante também ressaltar que, frequentemente, alguns cartórios promovem o sorteio e a convocação em dobro do número de jurados, limitado ao máximo de 25 de acordo com o disposto no art.433 do CPP. Tal medida, embora muito comum, deve ser evitada, também em homenagem à plenitude de defesa. Nesse sentido, Nereu Giacomolli entende que há de receber carga interpretativa da plenitude da defesa, eis que o denominado estouro de urna pode, muitas vezes, ser benéfico à defesa.²⁷ Exemplo disso é quando existem dois ou três acusados e é interessante para a defesa a cisão do julgamento justamente para não precisar se adequar ao exíguo tempo previsto no art. 477 do CPP. Ora, havendo, por exemplo, a presença de 50 jurados, será impossível ocorrer o estouro de urna, prática que vem sendo costumeiramente adotada pelos cartórios judiciais. Importante também referir que é com base na plenitude de defesa que muitos magistrados deferem acréscimo ao exíguo prazo previsto no § 2.º do art. 477 do CPP, pois, estabelecendo o limite de 2 horas e 30 minutos para quando houver mais de um acusado, atinge-se, muitas vezes, o absurdo de ínfimos 50 minutos para cada defensor quando forem três réus, ou ainda 37 minutos e 30 segundos quando forem quatro defensores. Justamente por essa razão, o desembargador Luiz Mello Guimarães, do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, ao considerar que a norma prevista em legislação infraconstitucional era hierarquicamente inferior à cláusula pétrea da Constituição Federal, que assegura a plenitude defensiva, reconheceu legítima a dilação do prazo para defesa.

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. JÚRI. DILAÇÃO DE PRAZO PARA DEBATE EM PLENÁRIO. CONCESSÃO NA ORIGEM. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. PEDIDO DE REFORMA. DESACOLHIMENTO. O tempo de debate previsto no art. 477 do CPP é regra, mas comporta exceção, se demonstrada a necessidade de alteração para garantir um julgamento justo, que assegure ao réu uma defesa plena. Trata-se, afinal, de norma prevista em legislação infraconstitucional, hierarquicamente inferior à cláusula pétrea da Constituição que assegura a plenitude defensiva. Caso concreto em que o Juízo de origem, ao deferir pedido defensivo de alargamento do tempo de debate em plenário, concedeu 30 minutos extras e justificou sua decisão na complexidade do processo, que tem 12 (doze) volumes, envolve três réus, cada um com seu defensor, e 22 (vinte e duas) testemunhas cujos

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 672.

²⁷ GIACOMOLLI, 2014a, p. 95.

depoimentos deverão ser explorados afora diversas interceptações telefônicas. Além disso, concedeu igual dilação temporal ao Ministério Público, observando a paridade de armas. Cassar a decisão, fundamentada com perfeita razoabilidade, seria excessivo apego ao formalismo, já que a regra prevista no art. 477 do CPP tem natureza meramente procedimental e não prejudicou em nada o requerente, que obteve exatamente o mesmo alargamento de prazo dado às defesas.²⁸

Agindo assim, a nosso ver decidiu acertadamente o Tribunal de Justiça, eis que a plenitude de defesa deve servir como fundamento para interpretação do ordenamento jurídico quando o processo estiver tramitando no rito do Júri. Nesse sentido, assume destaque, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Isso, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.²⁹

Importante também referir, e neste ponto não encontramos referência significativa na doutrina, o que, no nosso entender, ofende a plenitude de defesa, é a forma como são realizadas as escolhas para compor o Conselho de Sentença. Para tanto, basta observar o disposto no art. 468 do CPP, segundo o qual, à medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá e a defesa e o Ministério Público poderão recusar até três jurados sorteados sem motivar a recusa. É bem verdade que, desde o Código de Processo Criminal de 1832, a ordem das recusas é a mesma: primeiro se manifesta o acusado, por meio de seu defensor, e depois o acusador, por meio do Ministério Público. O problema surge quando o art. 468 do CPP, em seu parágrafo, diz que o jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes. Pois bem, fica claro que a defesa, ao recusar imotivadamente qualquer jurado, na ordem legalmente estipulada, pode desperdiçar alguma recusa que também seria realizada pelo órgão acusador. A defesa, ao recusar imotivadamente algum jurado, pode vir a privilegiar a acusação, que já teria a intenção de recusar também esse mesmo jurado. Dessa forma, o órgão acusador, prestes a realizar o julgamento em plenário do Júri, tem vantagem, pois deixaria de utilizar sua recusa, uma vez que a defesa já o fez primeiramente. Percebe-se que, em todos os

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Correição Parcial n.º 70080029580**. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães. Julgado em: 18 dez. 2018.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b, p. 67.

momentos em que acusação e a defesa se manifestam no processo, aquela sempre se manifesta primeiro. Assim, não há razão para que, neste momento, seja diferente. Todavia, Fauzi Hassan Choukr sustenta que a razão de ser desse dispositivo decorre de caber à pessoa acusada apontar, em primeiro plano, o juiz natural da causa.³⁰ Contudo, entendemos que a referida afirmação não prevalece, na medida em que, uma vez extintas as três recusas imotivadas manejadas pela defesa, caberá ao Ministério Público selecionar os juízes naturais que irão julgar a causa. Dessa forma, essa razão, por si só, não se justifica, não sendo fundamento suficiente para justificar a ordem das recusas, a qual, na forma como se apresenta, prejudica a plenitude de defesa. Sendo assim, objetivando fazer prevalecer o espírito da Constituição Federal, que estabeleceu o Tribunal do Júri como verdadeiro direito fundamental do acusado, e objetivando interpretar o princípio da plenitude de defesa em seu aspecto mais amplo possível, é preciso que a ordem de recusas, ainda que de larga tradição histórica, seja alterada, para que o Ministério Público seja o primeiro a exercer seu direito de recusa imotivada. E não venham incautos dizer que tal circunstância não tem a devida importância, pois, se assim não fosse, o Superior Tribunal de Justiça não teria decidido recentemente que o “direito às três recusas imotivadas é garantido ao acusado, e não à defesa, ou seja, cada um dos réus terá direito às suas três recusas imotivadas, sob pena de violação da plenitude de defesa”, demonstrando que, muitas vezes, as três recusas imotivadas já não são suficientes, sendo preciso mais.

PENAL. AGRAVO CONVERTIDO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RECUSA DE TRÊS JURADOS FEITA PELO DEFENSOR PARA A DEFESA COMO UM TODO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA PLENITUDE DE DEFESA. DIREITO DE RECUSA INDIVIDUAL DE CADA UM DOS RÉUS. JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI ANULADO. 1. O direito às três recusas imotivadas é garantido ao acusado, e não à defesa, ou seja, cada um dos réus terá direito às suas três recusas imotivadas, sob pena de violação da plenitude de defesa. 2. Recurso especial provido.³¹

Importante atentar, como bem observa Lênio Streck, que a Constituição de 1988 consolidou o Tribunal do Júri como direito fundamental na medida em que passa a ser considerado uma garantia dos direitos individuais e coletivos.³² Dessa forma, esses direitos e garantias fazem jus à incidência do § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal. Segundo Ingo

³⁰ CHOUKR, 2009, p. 947.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. n.º 1.540.151/MT**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 08 set. 2015.

³² CANOTILHO et al., 2013, p. 380.

Sarlet, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ficando assim consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição. Essa maior proteção, diz o autor, manifesta-se mediante a inclusão desses no rol das “cláusulas pétreas” do § 4.º do art. 60 da Constituição Federal, impedindo assim a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.³³ No mesmo sentido, conforme Luciano Feldens, que os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta, ou seja, podendo ser reivindicados perante o Poder Judiciário sem a necessidade de mediações legislativas. Isso significa a afirmação do caráter jurídico-positivo, e não meramente programático, dos preceitos relativos aos direitos, às liberdades e às garantias, de modo que já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem nos termos do conteúdo que pela lei lhe é dado.³⁴ Portanto, afirma Ingo Sarlet que a norma prevista no § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.³⁵ E é justamente por essa razão que a plenitude de defesa pode e deve ser interpretada sempre de forma a efetivar e maximizar as garantias do acusado, mesmo que não haja lei autorizando o que se pretende instituir, bastando tão somente que o processo esteja tramitando no rito do Júri. Assim, por essa característica marcante admitem-se os exemplos citados anteriormente como dilação temporal a favor da defesa, inovação na tréplica e tantos outros, pois, considerando que os veredictos não são fundamentados, é preciso que haja um desequilíbrio natural a favor da defesa.

1.2 SIGILO DAS VOTAÇÕES

Na alínea ‘b’, inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal buscou-se assegurar o sigilo das votações. É verdade que, antes da promulgação da Lei 11.689/2008, o sigilo ficava prejudicado, na medida em que era revelado quando havia votações unânimes. Portanto, com a alteração ficou determinado, no § 1.º do art. 483 do CPP, que, quando houver a resposta de mais de três jurados no mesmo sentido, a votação será interrompida, prevalecendo, assim, o sigilo das votações. Afirma Aramis Nassif que o sigilo não viola a publicidade das votações. Segundo o autor, o Tribunal do Júri não é órgão do Poder Judiciário

³³ SARLET, 2015b, p. 67-68.

³⁴ FELDENS, 2012, p. 40.

³⁵ SARLET, 2015b, p. 276.

que necessariamente se submeteria ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. No entanto, não se trata de uma exceção ao princípio da publicidade, eis que o julgamento ocorre em uma sala secreta justamente para preservar a imparcialidade do Conselho de Sentença, evitando, assim, eventual pressão dos interessados no veredicto.³⁶ No mesmo sentido, Mario Rocha Lopes Filho aponta que, em homenagem ao princípio da publicidade, a plateia pode presenciar a integralidade da produção da prova e os debates, sendo possível conferir, ao final, quando houver o anúncio da decisão, se essa se divorciou do conteúdo do debate. Entretanto, o autor entende que não há razão para manter a publicidade durante a votação, uma vez que público é o julgamento, mas não necessariamente o momento em que o juiz se retira para meditar e dar seu veredicto.³⁷ O sigilo ocorre, segundo Alexandre Morais da Rosa, em regra geral, porque os jurados são sujeitos sem a experiência em tomar decisões. Por isso, quando aptos a decidir, devem ser levados para a chamada sala secreta, onde terão maior tranquilidade na votação, diante da presença das partes – advogado e promotor – e sob a presidência do magistrado. O objetivo, diz o autor, é não deixar que a pressão exercida, muitas vezes por terceiros, influencie na decisão.³⁸ Basta imaginar os julgamentos rumorosos ou mesmo os em cidades pequenas, onde, depois do julgamento, todos sabem quem eram os jurados, os quais podem, obviamente, sofrer represálias ou ser cobrados em virtude do resultado. Portanto, Nereu Giacomolli afirma que não há publicidade do conteúdo dos demais votos na sala secreta, nem no plenário. Dessa forma, não poderão ser abertas as demais cédulas antes de serem todas misturadas.³⁹

No mesmo sentido dos autores anteriores, o sigilo almejado, segundo Mario Rocha Lopes Filho, tem como objetivo fundamental evitar que a decisão, a qual deverá ser tomada de modo consciente pelo jurado, possa ser contaminada por elementos outros que não aqueles relacionados ao processo propriamente dito, a ser julgado em determinada sessão de julgamento. Por essa razão, diz o autor, incumbe ao juiz, de forma clara e insofismável, na abertura dos trabalhos ou durante o julgamento, orientar e advertir os juízes de fato a respeito da necessidade desse comportamento, pois, ao ser aviltado, trará consequências nefastas como, por exemplo, a dissolução do Conselho de Sentença ou a nulidade do processo.⁴⁰ No entanto, Lênio Streck faz um alerta importante. A Constituição Federal, ao cuidar das

³⁶ NASSIF, Aramis. **O Júri objetivo II**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 29-30.

³⁷ LOPES FILHO, Mario Rocha. **Tribunal do Júri e alguns variáveis potenciais de influência**. Porto Alegre: Núria Fabres, 2008, p. 31-34.

³⁸ ROSA, 2017. p. 673

³⁹ GIACOMOLLI, 2014b, p.104.

⁴⁰ LOPES FILHO, 2008, p.31-34.

votações dos quesitos, determinou que se mantenha o sigilo *das* votações – ou seja, cada jurado responderá o quesito de forma sigilosa –, e não o sigilo *na* votação. A diferença, segundo o autor, é significativa, pois o sigilo *das* votações equivale ao voto secreto, e o sigilo *na* votação corresponde à sessão secreta, a qual foi vedada pela Constituição no inciso LX do art. 5.º, salvo se necessária para preservar a defesa da intimidade do réu ou das partes, ou se o interesse social assim o exigir.⁴¹

Interessante também distinguir o sigilo e a incomunicabilidade dos jurados. Prevalece na doutrina que os jurados podem – não durante o julgamento, mas nos intervalos – conversar sobre assuntos diversos, mas não sobre o julgamento do qual estão participando, sob pena de violar o sigilo das votações. Por essa razão, em todos os momentos é recomendável que o oficial de justiça esteja na presença dos jurados para certificar que não ocorrerão debates acerca do julgamento, evitando que influenciem uns aos outros. De acordo com Paulo Rangel, a incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha a influenciar, quer favorecendo, quer prejudicando, qualquer um dos membros. Assim, a incomunicabilidade expressa-se na ausência de expressão verbal entre os jurados na hora do julgamento, no momento em que a liberdade do outro está sendo decidida.⁴²

Sob essa perspectiva é preciso cautela. Qualquer forma de concordância ou aquiescência quando da fala da acusação ou da defesa deve ser evitada, sob pena de influenciar aquele jurado que ainda não se decidiu. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que um simples aceno com a cabeça pode ser suficiente para anular todo o julgamento.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO COM BASE EM TODAS AS ALÍNEAS, DO INCISO III DO ART. 593 DA LEI PROCESSUAL PENAL. NULIDADE OCORRIDA APÓS NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. A defesa do réu pugna pela nulidade do julgamento, em virtude da quebra do sigilo da votação, uma vez que um jurado, teria realizado aceno de cabeça em atenção a fala do Promotor de Justiça. Apesar do posicionamento exarado pelo magistrado que presidiu a sessão de julgamento, está suficientemente demonstrada a existência de nulidade, a qual é decorrente do aceno de cabeça do jurado que, no caso concreto, configura quebra no sigilo das votações. Precedentes desta Câmara Criminal. É nulo

⁴¹ ROSA, 2017, p.145.

⁴² RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81-83.

o julgamento realizado, devendo o acusado ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, ficando prejudicado o mérito do recurso defensivo.⁴³

Porém, é preciso fazer uma crítica ao sigilo das votações, diz Lênio Streck, pois a discussão perpassa, ineditamente, pelo problema relativo aos julgamentos por íntima convicção e pela questão do sigilo das votações, confundindo-se com a própria existência da sala secreta. Nesse sentido, impõe-se chamar a atenção para aquilo que pode ser considerado o “calcanhar de Aquiles” do Tribunal do Júri, em seu confronto com as garantias próprias do Estado Democrático de Direito. Trata-se, aponta o autor, com efeito, do fato de o jurado decidir por íntima convicção, sem a necessidade de justificar seu voto. Ora, o modelo de Estado Democrático de Direito, garantista e secularizado, dificilmente poderá continuar a conviver com julgamentos nos quais não haja a devida justificação/fundamentação. Veja-se, lembra o autor, que a fundamentação é considerada como direito fundamental pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esse é um problema de difícil solução, na medida em que o sigilo das votações implica a impossibilidade de implementar qualquer outro tipo de julgamento em que, por exemplo, os jurados possam discutir entre si em busca de um consenso. Assim, segundo o autor, a possibilidade de qualquer alteração introduzindo mecanismos que obriguem a fundamentação depende de emenda à Constituição, o que não significa, necessariamente, violação às cláusulas pétreas, pois a Constituição estabelece vedação de emendas tendentes a abolir garantias. Importa lembrar, diz Lênio Streck, que no Tribunal do Júri da Espanha, conforme a *Ley Orgánica del Jurado*, exige-se que a ata de votação tenha uma sucinta explicação das razões que levaram a declarar ou rechaçar determinados feitos como provados. Portanto, o sigilo das votações poderia continuar a ser garantido, mas com possibilidade de previsão de mecanismos de fundamentação como garantia contra decisões arbitrárias.⁴⁴

1.3 SOBERANIA DOS VEREDICTOS

A soberania dos veredictos encontra-se prevista na alínea ‘c’, inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal. De acordo com José Frederico Marques, o significado da expressão constitucional *soberania dos veredictos* está baseado numa interpretação de ordem

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70076166420**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Rínez da Trindade. Julgado em: 11 abr. 2018.

⁴⁴ CANOTILHO et al., 2013, p. 383.

sistemática, e não em estrita exegese literal. O Júri decide exclusivamente pela íntima convicção. O veredicto é composto de respostas monossilábicas que afirmam ou negam os quesitos formulados. Assim, atendendo a essa circunstância probatória, as legislações de quase todos os países declaram inapeláveis as decisões emanadas do *verdictum*.⁴⁵ Portanto, a soberania do Júri, de acordo com Hermínio Alberto Marques Porto, deve ser entendida como a impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa.⁴⁶ Isso significa, segundo Walfredo Campos, que a decisão exarada pelos jurados, quando do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não poderá ter seu mérito alterado por um tribunal formado por juízes técnicos, mas apenas por outro Conselho de Sentença.⁴⁷ Por essa razão, Álvaro Antônio Sagulo de Aquino afirma que, quando o tribunal reconhece que a decisão proferida é manifestamente contrária às provas dos autos, anula-se a decisão, remetendo-a novamente ao Tribunal do Júri para proferir outra decisão em seu lugar.⁴⁸ José Frederico Marques lembra que a soberania dos veredictos e a competência mínima do Júri são princípios existentes para garantir a liberdade do acusado, e nunca o contrário.⁴⁹

É importante que se diga, no entanto, que a soberania dos veredictos não é absoluta. A decisão dos jurados, de acordo com Nereu Giacomolli, poderá ser impugnada mediante recurso e modificada por meio de revisão criminal. Assim, segundo o autor, a soberania dos veredictos é relativa, pois, se fosse plena, não poderia sequer ser modificada.⁵⁰ Nas hipóteses cabíveis de revisão criminal, admite-se a reforma, com a substituição da decisão pelo tribunal. Na concepção de Aramis Nassif, provoca perplexidade a condição constitucional da soberania dos veredictos, admitindo a revisão criminal revogar a decisão emanada do Conselho de Sentença, desde que satisfeitas as questões processuais. No entanto, explica o autor, a revisão criminal busca resgatar a dignidade do cidadão injustamente condenado, podendo assim o juízo revisional absolver, desqualificar, desclassificar, anular o julgamento ou alterar a pena. Seria de fato inaceitável admitir alguém condenado tendo surgido novas provas incontestáveis de sua inocência.⁵¹ No mesmo sentido, Uadi Lammêgos Bulos aponta que a soberania dos

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 69.

⁴⁶ PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários. 2. ed. São Paulo: RT, 1980, p. 34-35.

⁴⁷ CAMPOS, 2010, p. 9.

⁴⁸ AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges. **A Função Garantidora da Pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.148.

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005, p. 54.

⁵⁰ GIACOMOLLI, 2014b, p. 84.

⁵¹ NASSIF, 2017, p. 289.

veredictos é uma garantia individual, assegurada constitucionalmente, e que a reforma ou alteração de uma decisão salutar ao condenado não a afronta.⁵²

No entanto, julgados recentes têm invocado, equivocadamente a nosso ver, a soberania dos veredictos, prevista dentre os direitos e garantias fundamentais, para autorizar a execução provisória de pena, sob o fundamento de que, sendo a decisão do Conselho de Sentença soberana, o tribunal não poderá corrigir o mérito, não encontrando, assim, qualquer óbice. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afirmou que, nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, não é necessário aguardar julgamento de recurso para a execução da provisória da pena, pois as decisões do Júri são soberanas, podendo o tribunal, eventualmente, anulá-las, mas não substituí-las.

EMENTA: Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via Supremo Tribunal Federal. Não concessão da ordem de ofício.⁵³

No entanto, a prisão do acusado, como bem observa Nereu Giacomolli, não é uma decorrência natural do veredicto condenatório nem da quantidade da pena, mas de sua necessidade em face dos requisitos da prisão preventiva. Havendo a emissão de um juízo condenatório, há afirmação do *fumus comissi delicti*, representado pelos indícios de autoria e pela materialidade. Segundo o autor, entretanto, o encarceramento antes da sentença penal condenatória deve ser motivado pela necessidade da prisão ao acautelamento do processo ou da incidência do *ius puniendi*, com a presença de elementos concretos, afirmativos de que a liberdade do processado esteja ameaçando o desenvolvimento e o julgamento normal do

⁵² BULOS, Uadi Lammêgos. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. revisada, atualizada e reformulada até a E.C. 70/12. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 240.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.770**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em: 07 mar. 2017.

processo ou da aplicação da lei penal, *periculum libertatis*.⁵⁴ Dessa forma, não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência, refere Aury Lopes Jr., uma vez que a soberania diz respeito à competência e aos limites ao poder de revisar as decisões do Júri.⁵⁵ A verdade é que tudo não passa de um jogo de palavras. Afinal, como se pode admitir que uma garantia fundamental presente no art. 5.º da Constituição Federal – cláusula pétrea, portanto – sirva para prejudicar o acusado? Na realidade, os tribunais vêm dando novo sentido às palavras, diz Lênio Streck, em um verdadeiro giro ontológico linguístico, deixando de lado a essência das coisas para adquirir outro significado. Assim questiona o autor: como se dá nome às coisas? Por meio do naturalismo, em que cada coisa tem seu nome pela natureza ou pelo convencionalismo, em que não há ligação entre as palavras e as coisas?⁵⁶ De fato, com esse novo entendimento, o Supremo Tribunal Federal enfraqueceu ainda mais a presunção de inocência, princípio fundamental da civilidade que, de acordo com Ferrajoli, representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Afirma o autor que, quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco é garantida a sua liberdade.⁵⁷ Portanto, mostra-se inadmissível que se sustente o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sobretudo se utilizando da soberania dos veredictos para tal. A realidade que se observa é a de que houve um endurecimento nas decisões judiciais e a constante relativização nos direitos individuais dos acusados. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. afirmam que os atores do sistema penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e a flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regradada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo.⁵⁸ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal já relativizou a presunção de inocência com a famigerada decisão do HC n.º 126.292. Agora, atacam a soberania dos veredictos, atribuindo sentido totalmente inverso. A pergunta que surge é: por que paramos de evoluir e começamos a retroceder?

⁵⁴ GIACOMOLLI, 2014b, p. 106.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1026.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**. Decido conforme minha consciência. 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b, p. 11-17.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 441.

⁵⁸ KHALED JÚNIOR, Salah H.; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **In dubio pro hell**. Profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 12.

1.4 COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

A alínea ‘d’, inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal determina a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, reconhecendo, assim, a instituição do Júri com a organização que a lei lhe der. Portanto, o § 1.º, do art. 74 do CPP dispõe que compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos art. 121 § 1.º, § 2.º; art.122, parágrafo único; art. 123; art. 124; art.125; art.126; e art.127 do CP, consumados ou tentados. Dessa maneira, segundo Aury Lopes Jr., a competência do Júri está definida de forma taxativa, não admitindo analogias ou interpretações extensivas. Logo, não serão julgados no Tribunal do Júri os crimes de latrocínio, extorsão mediante sequestro e estupro com resultado morte, e demais crimes em que se produz o resultado morte, mas que não se inserem nos “crimes dolosos contra a vida”.⁵⁹

É justamente nesse ponto que inicia toda a celeuma e discussão que se pretende tratar sobre o exame da prova na decisão de pronúncia. Trata-se de direito fundamental do acusado, e, por essa razão, conforme sustenta Geraldo Prado, carrega a impossibilidade de irrenunciabilidade, por óbvio, pelo próprio titular do direito, justamente para preservar a essência desse mesmo direito. O autor traz a hipótese de um indivíduo, denunciado por homicídio doloso, se dirigir ao juiz criminal, dizendo estar confiante no julgamento e pedindo para ser dispensado do Júri e ser julgado no mérito pelo juiz togado. Ainda que seja uma manifestação de vontade jurídica, válida e apta, a resposta só pode ser negativa, eis que não se trata de uma opção, mas sim de uma garantia decorrente do estatuto dos direitos fundamentais adotado pelo Brasil, de modo que direitos e garantias fundamentais são irrenunciáveis.⁶⁰ E justamente em razão da competência instituída ao Júri pela Constituição Federal é que muito se discute sobre o exame e a profundidade da prova da pronúncia. Álvaro Antônio Sangulo Borges de Aquino traz uma situação, muito comum na prática forense, em que juízes têm pronunciado acusados sob o argumento de que o Tribunal do Júri é o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cabendo ao Júri igualmente decidir se as qualificadoras são ou não procedentes, se há ou não a prova da prática de crimes conexos, limitando-se a repetir o dispositivo legal contido na denúncia e, na maioria das vezes, acolhendo qualificadoras absolutamente improcedentes, as quais são submetidas, sem

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 1016.

⁶⁰ PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 55.

necessidade, a exame pelo Conselho de Sentença, correndo-se o risco, por óbvio, de vê-las reconhecidas pelos jurados.⁶¹ No mesmo sentido, Hermínio Alberto Marques Porto, antes da promulgação da Constituição, se mostrava preocupado diante do encontro dos devidos limites do convencimento pessoal do juiz na fase procedimental que prevê também a decisão de impronúncia, absolvição sumária e desclassificação. À destinação Constitucional do Tribunal do Júri, dizia o autor, não é de ser acrescida força absorvente, retroagindo à etapa do encerramento do *judicium accusationis* com efeito de diminuir o exercício, pelo juiz singular, de sua atividade judicativa.⁶² Portanto, resumidamente, sem querer antecipar o aprofundamento necessário que será realizado nas etapas seguintes, é importante deixar claro que o Tribunal Popular só tem competência para julgar os crimes contra a vida quando esse crime existir. Consequentemente, é preciso que o magistrado, no cotejo das provas colhidas, vislumbre, ainda que de forma perfunctória, a ocorrência do crime doloso contra a vida a fim de que então seja o processo enviado para julgamento aos juízes populares. Nesse contexto, considerando que o Tribunal do Júri está inserido dentre os direitos e garantias fundamentais, sendo então, direito individual, a decisão de pronúncia que submete o acusado ao plenário de julgamento, leia-se, berço de garantias, deve evidenciar, por meio das provas nos autos, a ocorrência de um crime doloso contra a vida e em que o acusado seja o seu autor. É verdade, aponta Lênio Streck, que em virtude de a instituição do Júri se localizar no capítulo atinente aos direitos e garantias individuais e coletivos, o Júri pode ser entendido, simultaneamente, como garantia do cidadão e garantia da coletividade.⁶³ No entanto, não podemos esquecer que é preciso conferir aplicabilidade máxima ao Júri como garantia individual, não apenas pela razão da impossibilidade de se salvaguardar todos os direitos e garantias, simultaneamente, mas, principalmente, em decorrência da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, previsto no inciso III, do art. 1.º da Constituição Federal. Nesse sentido, conforme Ingo Sarlet, considerando que a dignidade da pessoa humana encontra-se sediada no Título I dos princípios fundamentais, verifica-se que o Constituinte de 1988 preferiu não incluí-la no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez, à condição de princípio e valor fundamental. Portanto, verifica-se que o dispositivo constitucional contém não apenas uma norma, mas fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma definidora de direitos e garantias. Dessa forma, segundo o autor e com o qual compartilhamos o

⁶¹ AQUINO, 2004, p. 54-55.

⁶² PORTO, 1980, p. 34-35.

⁶³ CANOTILHO, 2013, p. 384.

entendimento, os direitos fundamentais encontram seu fundamento, em regra, na dignidade da pessoa humana.⁶⁴ Sob esse contexto, ainda que o Júri consista, também, num direito da coletividade em julgar seu semelhante, ele deve, antes de tudo, ter garantido o direito a um julgamento justo e imparcial, e isso só ocorrerá se esse julgamento se realizar com base em uma pronúncia consubstanciada em provas fartas e robustas que indiquem materialidade e autoria ou participação. Dessa forma, não há que se falar em direito da coletividade antes de compreender o Júri, primeiramente, como direito individual.

2 PRONÚNCIA

Diz o art. 413 do CPP que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. O § 1.º praticamente repete o *caput*, delimitando a fundamentação à materialidade do fato e à existência de indícios de autoria e participação. Os problemas surgem em virtude das eventuais interpretações que a redação do dispositivo muito permissiva admite. Por exemplo, em relação aos indícios suficientes de autoria ou participação, alguns magistrados entendem que, em razão de a lei exigir apenas indícios suficientes, bastariam elementos informativos do inquérito, ficando a suficiência a critério do magistrado. Já em relação à materialidade, a lei exige que o magistrado esteja convencido. No entanto, como a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é estipulada ao Tribunal do Júri pela Constituição, muitos juízes deixam de se manifestar efetivamente nesse momento, pois acreditam que, assim agindo, estariam subtraindo a competência dos jurados.

Percebe-se, portanto, que os problemas não são poucos. Para agravar ainda mais, grande parcela da doutrina e da jurisprudência sustenta que, na fase da pronúncia, vige o *in dubio pro societate*, significando que, em caso de dúvida, o acusado deverá ser pronunciado, pois devem ser protegidos os interesses da sociedade. Em outras palavras, deixa-se a critério dos jurados decidir se o acusado deve ser absolvido ou condenado. Desse modo, percebe-se que não há um filtro probatório eficaz no momento da pronúncia, realizando o juiz tão somente a admissibilidade de provas sem um efetivo juízo crítico e razoável acerca delas. Juízo crítico esse que, na realidade, deveria ocorrer, pois somente assim seria possível

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang 2015a, p. 79-81.

verificar se, de fato, estamos diante de um crime doloso contra a vida e da sua provável autoria.

Como bem observa Aramis Nassif ao analisar o *caput* do art. 413 do CPP, a decisão deve ser fundamentada. Isso significa dizer que, mesmo sem amplitude no mérito, deve o magistrado examinar a *causa petendi*⁶⁵, uma vez que a solução do embate entre acusação e defesa, com aplicação dos respectivos fundamentos jurídicos, necessita de uma postura ativa.⁶⁶ Dessa maneira, fica claro que não se exige do magistrado que ele se aprofunde no mérito. Contudo, deve haver um exame probatório horizontal, superficial, mesmo porque não há outro meio de formar o convencimento de que se está diante de um crime doloso contra a vida.

Por essa razão, analisaremos a natureza da decisão de pronúncia, sua estrutura e principais características, para que funcione como um filtro, um instrumento de garantia individual, obedecendo à intenção do legislador Constituinte e tendo sempre como fundamento a dignidade da pessoa humana.

2.1 NATUREZA JURÍDICA

A importância em analisar a natureza jurídica de um ato decorre da necessidade de se conhecer os seus limites, funcionamento e a capacidade do que se pode esperar desse ato. Por essa razão, é necessário que conheçamos a natureza jurídica da decisão de pronúncia.

A pronúncia, de acordo com Paulo Rangel, é a decisão judicial que reconhece a admissibilidade da acusação, determinando que o réu seja julgado perante o Conselho de Sentença. Trata-se de decisão de cunho meramente declaratório, pois reconhece a plausibilidade da acusação, declarando que o réu seja submetido a julgamento perante o juiz natural. Assim, não provoca o encerramento do processo, resolvendo apenas questão incidente, qual seja: a admissibilidade da acusação, consistindo, portanto, em decisão interlocutória mista não terminativa.⁶⁷ Seguindo o mesmo entendimento, Fauzi Hassan Choukr diz que a pronúncia, por ser uma decisão interlocutória, não encerra a relação jurídica processual, apenas autoriza o desdobramento do rito para a fase subsequente, que vem a ser o

⁶⁵ Diz o autor que sua eficácia está em estabelecer, eventualmente, novos limites à acusação ao tê-la como admissível, fazendo a necessária adequação do direito ao fato, evitando *plus* acusatório gravoso ao acusado em plenário, evitando o envio de matéria demasiado complexa ao Conselho de Sentença e, ainda, resolvendo as questões jurídicas impertinentes ao julgamento do colegiado.

⁶⁶ NASSIF, 2017, p.71-72.

⁶⁷ RANGEL, 2012, p. 146.

juízo em plenário. No entanto, o autor não desconhece que há discussão acalorada na doutrina e na jurisprudência entendendo-a, não raras vezes, como verdadeira sentença.⁶⁸ Esclarece Aramis Nassif que a pronúncia antigamente era, equivocadamente, chamada de “sentença”, mas que o ato sempre consistiu em uma decisão interlocutória mista.⁶⁹ Na linha dos autores anteriores, Heráclito Antônio Mossin diz que a pronúncia tem por objeto primordial declarar admissível a acusação perante o Tribunal do Júri, juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados. Diante disso, o que se constata é que a pronúncia não encerra em seu bojo o reconhecimento do *ius puniendi in concreto* do Estado, o que é função da decisão dos jurados, juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida.⁷⁰

Como se vê, a doutrina, de forma unânime, diz ser a pronúncia uma decisão de cunho meramente declaratório que reconhece a plausibilidade da acusação. Justamente por essa razão, isto é, por caber aos juízes togados tão somente a admissibilidade das provas, somada ao fato de que são os jurados os juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida, é que os magistrados efetuam essa admissibilidade da prova sem realizar um efetivo juízo sério e razoável acerca destas provas que indicam a materialidade e a autoria ou participação. Sob essa perspectiva, percebe-se uma forte semelhança com o recebimento muitas vezes automatizado da denúncia nos processos criminais, uma vez que, como dito, não há um controle rigoroso na admissão da prova penal, pois o magistrado entende que qualquer exame mais acurado neste momento violaria a competência constitucional dos jurados. Por essa razão, Nereu Giacomolli entende que a carga de positividade dessa decisão interlocutória deve ser maior do que a exigível no recebimento da denúncia. Segundo o autor, no ato do recebimento da denúncia, ou da queixa-crime, há um juízo de possibilidade de ser o acusado o seu autor em razão dos elementos colhidos na fase inquisitorial. Após o recebimento da acusação, é produzida a prova em contraditório judicial. Portanto, os elementos colhidos na fase anterior já cumpriram a sua função. A partir daí, são os elementos colhidos no contraditório judicial que legitimam, constitucionalmente, a sua utilização para pronunciar o acusado. Por essa razão, não basta mero juízo de possibilidade, mas há que se exigir um juízo de probabilidade de autoria ou participação.⁷¹ Nesse sentido, Álvaro Antônio Sagulo de Aquino afirma que o juiz, na pronúncia, deve desempenhar uma atividade de cognição diversa

⁶⁸ CHOUKR, 2009, p. 93.

⁶⁹ NASSIF, 2017, p.71.

⁷⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri**: crimes e processo. São Paulo: Atlas, 1999, p. 301.

⁷¹ GIACOMOLLI, 2014b, p. 90-91.

daquela realizada quando do recebimento da denúncia.⁷² Deve haver uma aproximação da convicção condenatória, diz Nereu Giacomolli, pois, se o juízo técnico absolveria o réu, não tem lugar a pronúncia.⁷³ No entanto, Álvaro Antônio Sagulo de Aquino afirma, ainda, que o magistrado deve proceder no exame do mérito, ao contrário do que comumente a doutrina e a jurisprudência sustentam. Isso porque, na pronúncia, para reconhecer a materialidade do crime o juiz deve examinar o mérito da acusação justamente para se convencer a respeito da existência do delito.⁷⁴ Poucos autores afirmam que o magistrado deve examinar o mérito no momento da pronúncia, e pelo menos em relação à materialidade tal assertiva tem fundamento. O magistrado deve apreciar o mérito ao menos de maneira superficial, perfunctória, pois é preciso que vislumbre a ocorrência de um crime doloso contra a vida. Para chegar a essa conclusão, não existe outra forma senão o exame das provas, de modo a formar a convicção sobre o mérito, mesmo porque, o magistrado deve examinar, também nesse momento, se não é caso de absolvição sumária ou desclassificação. Ora, como cumprir o que determina o art. 415 e o art. 419 do CPP sem analisar as provas e formar, mesmo que de forma superficial, a convicção sobre o mérito de se estar diante de um crime doloso contra a vida? Reconhecemos que a discussão é delicada, sendo melhor aprofundada no decorrer do trabalho.

Quanto ao conteúdo, Eugênio Pacelli afirma que na pronúncia deve constar a delimitação quase integral da matéria a ser submetida ao julgamento em plenário. Nela deverá constar a narração do fato delituoso, incluídas as qualificadoras e as causas de aumento. Salienta, no entanto, que a pronúncia não tem eficácia de coisa julgada no ponto que não vincula os jurados, que poderão, inclusive, desclassificar o crime para outro que não incluído em sua competência. Não obstante a isso, está sujeita à preclusão. Dessa forma, uma vez exaurida a via recursal cabível, não poderá ter seu conteúdo alterado, à exceção da superveniência de fato novo previsto no § 1.º, do art. 421 do CPP.⁷⁵ Diz o dispositivo que ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará remessa dos autos ao Ministério Público. Um exemplo muito corriqueiro na doutrina é o caso da pronúncia por homicídio doloso tentado em que, após a pronúncia, a vítima que estava em recuperação vem a falecer em razão de sequelas decorrentes do crime tentado.

⁷² AQUINO, 2004, p. 142.

⁷³ GIACOMOLLI, 2014b, p. 91.

⁷⁴ AQUINO, 2004, p. 142.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576.

No entanto, a pronúncia deve desempenhar uma função garantidora, diz Álvaro Antônio Sangulo Borges de Aquino, evitando que o acusado seja submetido a um julgamento injusto. Então, o juiz não pode, como já afirmado e comumente observado na prática forense, deixar para o Tribunal do Júri o exame de todas as questões probatórias, limitando-se a proferir uma simples e superficial decisão de admissibilidade sem o devido exame das provas produzidas durante o juízo da acusação.⁷⁶ Admitir é o mesmo que aceitar, e não é possível aceitar provas sem um controle crítico e razoável que possibilite sopesar a prova produzida durante o processo. Nesse sentido, Álvaro de Aquino equipara a pronúncia a um despacho saneador e sustenta que, para o juiz poder exercer sua função garantidora no processo em sua plenitude, ele deve analisar detidamente a prova constante nos autos para verificar se estão presentes ou não os pressupostos autorizadores da pronúncia.⁷⁷ Somente dessa forma será respeitada a determinação da Constituição Federal que instituiu a competência dos jurados para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Renato Brasileiro, afirma, ainda, que é possível falar em princípio da correlação entre a pronúncia e a quesitação. Isso significa dizer que teses não abordadas especificamente na decisão de admissibilidade da acusação, mas ligadas ao tipo penal incriminador, não poderão ser trabalhadas em plenário pelo órgão acusatório. Nessa linha, o autor aponta o parágrafo único, *in fine*, do art. 482 do CPP.⁷⁸ Porém, é muito comum, na prática, magistrados elaborarem os quesitos de acordo com a denúncia, sentindo-se contrariados, inclusive, quando o defensor requer que os quesitos sigam a redação e a forma estipulada na pronúncia. Não agir dessa forma é medida equivocada, pois ainda que na maioria dos casos a pronúncia seja confeccionada nos mesmos moldes da denúncia, ela só permanecerá igual se os fatos lá alegados forem corroborados em juízo mediante o contraditório judicial. Ao menos é assim que deveria ser, sob pena de menosprezar e tornar-se despicienda toda a primeira fase do rito do Júri.

2.2 CONFRONTO ENTRE O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E O *IN DUBIO PRO REO*

O brocardo do *in dubio pro societate* tem sido invocado pela doutrina e jurisprudência dominante para sustentar, de forma bastante contundente, que, em havendo dúvida no exame

⁷⁶ AQUINO, 2004, p.114.

⁷⁷ AQUINO, 2004, p.114.

⁷⁸ BRASILEIRO, 2018, p.1161.

da prova, o juiz deve pronunciar o acusado, determinando, assim, que ele seja levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida. Observa-se, reiteradamente, que a invocação do *in dubio pro societate* tornou praxe automatizada. As decisões judiciais, em todas as instâncias, destacam o aforisma ao se referirem à decisão de pronúncia como se se tratasse de uma operação lógica, isto é, em havendo dúvida, pronuncia-se o acusado. Por essa razão, Lênio Streck afirma que a pronúncia é considerada pela dogmática como uma peça processual *in dubio pro societate*, ou seja, havendo razoável prova de que o fato criminoso existiu e indícios de que o acusado seja o autor, isso será suficiente para levá-lo a Júri.⁷⁹

No entanto, lembra Sérgio de Moraes Pitombo que o *in dubio pro societate* nada é mais do que um mero aforisma. Não se trata de um princípio de direito. Interessa sim examinar o adágio *in dubio pro reo*, que deu origem a diversos ditos semelhantes como, por exemplo, *in dubio contra fiscum*, *in dubio pro operatio*, *in dubio pro matrimonio*. De fato, a história demonstra que, em caso de dúvida, sempre se deve preferir o mais benigno. Não se encontra, no entanto, a expressão *in dubio pro societate* nas fontes romanas clássicas.⁸⁰ Nesse mesmo sentido, Yuri Felix e Juliano Leonel sustentam que não existe no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do *in dubio pro societate*, uma vez que não estaria expressamente previsto em lugar algum, nem ao menos poderia se encontrar de forma implícita. Já o *in dubio pro reo* decorre inegavelmente da presunção de inocência e, portanto, ao final da primeira fase do Júri, deveria também ser reconhecido a fim de evitar que acusações levianas sejam levadas ao plenário popular.⁸¹ Na mesma linha dos autores anteriores, Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino diz que é equivocado invocar a aplicação do *in dubio pro societate* na fase da pronúncia, pois, nessa fase, deve vigorar o *in dubio pro reo*. Explica o autor que, no exame da materialidade delitiva, havendo dúvida a respeito do crime doloso contra a vida, a impronúncia é medida que se impõe, uma vez que a lei exige certeza em relação à materialidade.⁸² Ousamos, respeitosamente, discordar do autor por uma questão terminológica. Ele afirma que é preciso certeza sobre a materialidade, mas, na realidade, estar convencido não requer certeza. Exige-se, tão somente, que haja maior

⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 94.

⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique (coord); PITOMBO, Sérgio Marcos; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.55-57.

⁸¹ FELIX, Yuri; LEONEL Juliano de Oliveira. **Tribunal do Júri**. Aspectos processuais. Prática forense. Florianópolis: Empório Modara, 2017, p. 82.

⁸² AQUINO, 2004, p.145.

probabilidade de ter ocorrido o crime doloso contra a vida do que o contrário. Esse ponto também será melhor aprofundado no item 2.6.

No mesmo sentido dos autores anteriores, Renato Brasileiro afirma que aplicar o *in dubio pro societate* na fase da decisão de pronúncia é interpretar erroneamente o art. 413 do CPP. É inadmissível a pronúncia do acusado quando o juiz tiver dúvida em relação à existência material do crime, sendo, assim, descabida sua invocação. Na mesma senda, o autor faz um alerta importante quanto à autoria. Quando a lei impõe a presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, de modo algum diz que o juiz deve pronunciar quando tiver dúvida acerca de sua concorrência para prática delituosa, sendo necessário um conjunto de provas que autorizem um juízo de probabilidade de autoria ou de participação. Dessa forma, havendo dúvidas, tanto quanto à existência do crime ou quanto à presença de indícios suficientes, deve o juiz, sumariamente, impronunciar o acusado, aplicando o *in dubio pro reo*.⁸³ Também nesse caminho, Sérgio Moraes Pitombo afirma que a única solução técnico-jurídica é a impronúncia, que abriga casos de não convencimento. Diz o autor que, aflorando provas em sentido contrário, uma não desmentindo ou infirmando a outra, inobstante oposta, tal sucesso implica na falta de provas, ou seja, é caso de impronúncia.⁸⁴

Importante a afirmação de Ricardo Gloeckner ao sustentar que, no processo penal, há um desequilíbrio natural entre acusação e defesa. O hipossuficiente nessa relação, o acusado, a fim de que possa efetivamente não ser condenado inocentemente, disponibiliza de um preceito de caráter constitucional intitulado presunção de inocência ou, ainda, estado de inocência. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental do acusado, que significa a não possibilidade de condenação se não houver prova robusta de sua culpabilidade. Em poucas palavras, diz o autor, opera no sentido de reduzir equívocos judiciais.⁸⁵

Pitombo lembra que a expressão *in dubio pro societate* não exhibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirmar “na dúvida, em favor da sociedade” consiste em absurdo lógico jurídico, sem remédio no tocante à prova. É dizer, se o acusador não conseguiu comprovar o fato constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova, então se soluciona a seu favor, por absurdo. O vencido vence a pretexto de que se favoreça a sociedade: *in dubio contra reum*.⁸⁶ Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino partilha da mesma opinião ao sustentar que o *in dubio pro societate* cuida, na verdade, da

⁸³ BRASILEIRO, 2018, p.1163.

⁸⁴ PIERANGELI, 2002, p. 66-67.

⁸⁵ GLOECKNER, 2015, p. 304.

⁸⁶ PIERANGELI, 2002, p. 62.

aplicação do aforisma *in dubio contra reum*, na medida em que, a pretexto de favorecer a sociedade, o vencido acaba vencendo porque a acusação não suportou o *onus probandi*, ou seja, não demonstrou a existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, e, ainda assim, acaba obtendo um resultado favorável num processo que deve desempenhar uma função garantidora.⁸⁷

É importante perceber que, se acusação não suportou o respectivo ônus, diz Sérgio Pitombo, se as provas constantes aos autos não convencem, inexistente dúvida, mas sim certeza da falta de prova.⁸⁸ Nessa perspectiva, a questão a ser examinada então é sobre o ônus da prova, diz Gustavo Badaró. O ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para obtenção de um interesse. Compreendido isso, é importante definir o ônus como posição jurídica, na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável.⁸⁹ Portanto, conforme aponta Ricardo Gloeckner, no escopo de oferecer igualdade de oportunidades, já que o réu dispõe de menores recursos que a acusação, que conta com todo um sistema de persecução penal, lhe será salvaguardada a liberdade quando a acusação não conseguir provar, com elementos que não ensejem dúvidas, a culpabilidade do acusado. A verdade, diz o autor, é que em nenhum momento processual poderá imputar-se ao acusado cargas processuais diante do princípio da presunção de inocência. Dessa forma, por meio de institutos processuais atípicos, de constitucionalidade extremamente duvidosa, burla-se o estado de inocência, imputando ao réu a tarefa de se desincumbir de uma carga processual que lhe recai desde o recebimento da denúncia.⁹⁰

Lamentavelmente é assim que a jurisprudência pátria tem procedido. Alexandre Morais da Rosa afirma que frequentemente é utilizado o adágio do *in dubio pro societate* para, fingindo motivar, encaminhar, automaticamente, o acusado ao Tribunal do Júri sem prova satisfatória, em um puro jogo de palavras. O problema, diz o autor, é que o filtro que deveria acontecer é sonegado pelo enfrentamento burocrático, submetendo o acusado ao risco decorrente do julgamento por leigos, tornando letra morta o controle jurisdicional sobre os requisitos mínimos para submissão ao julgamento.⁹¹ No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. sustenta que, não raras vezes, a jurisprudência brasileira está eivada de exemplos de aplicação do brocardo do *in dubio pro societate*, chegando até a censurar aqueles que ousam divergir do

⁸⁷ AQUINO, 2004, p.146.

⁸⁸ PIERANGELI, 2002, p. 60.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 173.

⁹⁰ GLOECKNER, 2015, p. 306.

⁹¹ ROSA, 2017, p. 669.

'pacífico entendimento'.⁹² O problema, diz Lênio Streck, é que dia a dia aumenta, perigosamente, o direito “jurisprudencial” em nosso país. O próprio direito processual penal está jurisprudencializado. Isso fragiliza a lei e fortalece a jurisprudência. O autor refere:

[...] se, de fato, o processo for reduzido à discussão acerca de como o juiz e os tribunais decidem, temos que confessar o fracasso da doutrina e de tudo o que ela representa em termos de “constrangimentos epistêmicos”. A doutrina tem a função de dizer como deve ser a interpretação do direito. Caso contrário não precisaremos mais de doutrina.⁹³

O problema é que doutrina e jurisprudência majoritárias admitem o *in dubio pro societate* no momento da pronúncia, sem atentar, conforme aponta Salah Khaled, que se trata de uma expressão patológica do ranço inquisitório do processo penal do inimigo, do qual ainda não conseguimos nos livrar. De acordo com Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é um Direito de Exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível, diz o autor, determinar o Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não Direito, ele não constrói singularidade, pois esse vê inimigos em todas as partes.⁹⁴ No entanto, importante é o alerta de Eugênio Zaffaroni no sentido de que o discurso do inimigo é uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo. Toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado para inimigos baseou-se em emergências, ou seja, ameaças à própria sobrevivência da sociedade. Explica o autor que a emergência invocada requer uma guerra e que a necessidade de neutralizar o mal em ato impõe a eliminação de todos os obstáculos para a defesa ante o inimigo poderoso, ou seja, a plena disposição do poder ilimitado por parte do *dominus*, que atua sempre para o bem.⁹⁵ Ao seu turno, Nereu Giacomolli lembra que o Direito Penal do Inimigo representa uma ideologia totalitária e demoníaca, supressora do núcleo intangível da dignidade do ser humano, na medida em que não é tratado como pessoa, mas como inimigo, como coisa, como objeto. Essa concepção legitima a barbárie, a tortura, as penas cruéis, a pena de morte e a descaracterização do ser humano. A supressão, ou mesmo a relativização, das garantias penais

⁹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 252.

⁹³ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a, p.13-18.

⁹⁴ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e intr. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. XXVII.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Doctrina penal nazi**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017a, p.83-84.

e processuais despersonaliza o ser humano e fomenta a metodologia do terror, repressiva de ideias, de pessoas, e não de fatos.⁹⁶

Destarte, sustentar que, na decisão de pronúncia, prevalece o *in dubio pro societate* em detrimento do *in dubio pro reo* é dispensar ao acusado o tratamento de inimigo. É dizer que prevalecem os interesses da sociedade e, por mais absurdo que pareça, em um contexto em que quem diz isso não tem legitimidade para falar pela sociedade. É tolher o mais significativo dos direitos, núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Lembra Christiano Falk Fragoso que atualmente as teorias jurídico-penais, salvo a teoria do Direito Penal do Inimigo, não mais advogam a aniquilação dos inimigos, mas são formadas de modo tão aberto e ambíguo que permitem, na prática, termos um Direito Penal do Inimigo no sentido do poder punitivo do inimigo, levando, assim, a um resultado semelhante para os vulneráveis do sistema penal.⁹⁷ Portanto, a adoção do *in dubio pro societate*, no momento da pronúncia, e em outros momentos também, é apenas mais uma faceta dessa legislação de combate, de guerra, enraizada e mascarada no ordenamento jurídico brasileiro. Sustenta Salah Khaled que o aforisma do *in dubio pro societate*, o oposto do *in dubio pro reo*, tem por destinatário o juiz e situa-se na teoria processual da prova. Sabe-se que a prova judicial, via de regra, são os fatos e suas circunstâncias, e a dúvida, perfeitamente admissível, deve ser considerada como ponto de partida para chegar a uma conclusão de como os fatos efetivamente ocorreram. Dessa forma, não atingindo uma posição suficientemente segura na formação da prova, qualquer interpretação deve sempre beneficiar o réu. É o que ordena a Constituição Federal.⁹⁸ A pronúncia, diz Álvaro Antônio Sagulo Aquino, é instrumento para garantia de o acusado não ser submetido a um julgamento injusto.⁹⁹ Por conseguinte, como bem retratam Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr, em uma estrutura de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*. Mas o processo penal do inimigo de Campos, dizem os autores, é fundado em outra lógica, que configura um verdadeiro *in dubio pro hell*: diante da dúvida, a verdade deve ser perseguida até se chegar ao resultado desejado, que não é outro que a condenação.¹⁰⁰

⁹⁶ WUNDERLICH Alexandre; SCHMIDT, Andrei Zenkner et al. **Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal**. Pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 344.

⁹⁷ FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 388.

⁹⁸ KHALED JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2014, p. 127.

⁹⁹ AQUINO, 2004, p. 106.

¹⁰⁰ KHALED JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2014, p. 19.

Até o momento, foi referido que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, no momento da decisão de pronúncia, em havendo dúvida, cabe invocar o *in dubio pro societate*. Essa é a posição de Jader Marques, pelo menos em relação à autoria, ao afirmar que, enquanto houver Júri e decisão de pronúncia, a dúvida razoável quanto à autoria continuará a submeter os acusados ao julgamento perante o Conselho de Sentença, simplesmente porque não há como ser diferente, diz o autor, por uma questão de lógica. A razão é que a essência da pronúncia está muito próxima do ato de recebimento da denúncia, e na pronúncia não pode haver um juízo de certeza da autoria, pois isso é incompatível com o procedimento. Seria ilógico, diz o autor, pensar que a pronúncia somente possa decorrer da certeza judicial quanto à autoria ou à participação, porque isso significaria uma séria e nefasta influência sobre o livre convencimento dos jurados, já que o acusado chegaria ao Júri com uma prévia condenação feita pelo juiz de direito.¹⁰¹ Ora, respeitosa e ousadamente discordamos do autor, mesmo porque há um extenso caminho entre a superação de uma dúvida razoável e a certeza a que refere o autor. Dizer que pelo cotejamento das provas aos autos surge uma dúvida razoável ante a autoria é o mesmo que afirmar que é improvável o acusado ser o autor do delito. Não se decreta taxativamente sua impossibilidade em relação à autoria, mas é improvável ou, na pior das hipóteses, minimamente possível que o acusado seja autor do crime, como também é possível que não o seja. Não podemos admitir uma pronúncia nessas condições. Por outro lado, se há prova nos autos que indiquem a probabilidade de autoria, não é crível afirmar que há presença de dúvida razoável de que o acusado não seja o autor do delito, porque a probabilidade transpassa a possibilidade. Nesse sentido, a dúvida razoável, de acordo com Aury Lopes Jr., não pode conduzir à pronúncia.¹⁰² Mesma opinião tem Gustavo Badaró ao afirmar ser verdade que para a pronúncia não se exige certeza de autoria, bastando a existência de elementos de convicção que permitam ao juiz concluir, com bom grau de probabilidade, que o acusado é o autor do delito. Isso, no entanto, não se confunde com *in dubio pro societate*.¹⁰³

Nesse contexto, defender que se aplica o *in dubio pro societate* quando houver dúvidas no momento da pronúncia, e não o *in dubio pro reo*, é privilegiar aquele que não teve êxito em demonstrar a responsabilidade do acusado, mas que, mesmo assim, é agraciado com a oportunidade de pleitear uma condenação perante os jurados. Não raras vezes, o *in dubio pro*

¹⁰¹ MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri**. Considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62-63.

¹⁰² LOPES JÚNIOR, 2014, p. 1026.

¹⁰³ BADARÓ, 2003, p. 389.

societate não está expresso na decisão, mas são invocados argumentos de competência para justificar a remessa ao Júri ao sustentar que cabe ao juiz natural examinar a prova dos autos. Ora, de que adianta então toda a fase anterior ao plenário destinada à instrução processual se, ao final, o réu será submetido a julgamento com base em qualquer elemento, inclusive nos elementos informativos do inquérito? Não podemos admitir, aponta Aury Lopes Jr., que juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição Federal para, burocraticamente, pronunciar os réus, enviando-os para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário.¹⁰⁴

Na realidade, a epistemologia inquisitória ainda prepondera, dizem Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr., em nome de uma insaciável ambição de verdade que expressa nada mais que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o processo penal.¹⁰⁵ O Brasil, segundo Christiano Falk Fragoso, insere-se em uma tendência mundial que tem como vertente o endeusamento da “segurança”, encarada como um (supra)direito fundamental, levando à erosão dos direitos e garantias individuais. A legislação penal atual goza de um prestígio enorme junto aos detentores de poder que pretendem crer que ela constitui a solução para todos os males sociais.¹⁰⁶ Portanto, fica evidente que o processo penal deve ser encarado como instrumento de efetivação de garantias constitucionais, conforme Aury Lopes Jr.¹⁰⁷ Mas já ao seu tempo, Francesco Carnelutti afirmava que ao homem, quando sobre ele recai a suspeita de ter cometido um delito, é dado *ad bestias*, como se dizia quando os condenados eram oferecidos como comida para as feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O indivíduo, dessa maneira, é transformado em pedaços. E o indivíduo, recordemos, é o único valor que deveria ser salvo pela civilidade.¹⁰⁸

Portanto, como já afirmado, a doutrina, de forma majoritária, entende que, no momento da pronúncia, deve prevalecer o *in dubio pro societate*, e os motivos são diversos. Para Hidejalma Muccio, o afastamento da presunção de inocência justifica-se no momento da decisão de pronúncia, eis que o inciso LVII, do art. 5.º da Constituição Federal usa a expressão *culpado*, e não inocente. Assim, no seu entender, bem andou o legislador

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 1026.

¹⁰⁵ KHALED JÚNIOR; MORAIS DA ROSA, 2014. p.15.

¹⁰⁶ FRAGOSO, 2015, p. 387.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 41.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Misérias do Processo Penal**. 3. ed. Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009, p.66.

constitucional, pois na sentença se reconhece a culpa daquele que, desde o início do processo, foi tido como autor do ilícito penal, portanto daquele que não era inocente.¹⁰⁹ No entanto, Gustavo Badaró recorda que a Constituição Italiana também não utiliza a expressão “presunção de inocência”, dando preferência para a fórmula da consideração, da não culpabilidade. Explica o autor que, na doutrina italiana, inicialmente prevaleceu o entendimento de que a expressão “não culpável” não era a mesma coisa que ser “presumidamente inocente”. Ocorre que nunca se conseguiu delimitar em que consistia tal distinção, ou seja, em que o conteúdo da “presunção de inocência” se diferenciava da “presunção de não culpabilidade”. Dessa forma, justamente por ser inútil e contraproducente a tentativa de diferenciar ambas as expressões, passou-se a postular a equivalência de ambas as ideias.¹¹⁰

No entanto, Márcio Schlee Gomes faz uma ressalva. Entende o autor que para haver uma condenação no plenário do Júri deve vigorar o *in dubio pro reo*, mas que, no momento da pronúncia, devemos privilegiar o *in dubio pro societate*.¹¹¹ Ocorre que o autor não explica de que forma será realizado o controle para observar se os jurados vão adotar a presunção de inocência, uma vez que julgam sob íntima convicção. Essa afirmação é um tanto teórica, uma vez que é na pronúncia que deve ser feito esse filtro processual. Mesma opinião tem Geraldo Prado, segundo o qual o processo penal, a cada instante, deve ser dotado de filtros processuais e controles epistêmicos. O autor diz que por filtro processual deve-se entender uma medida apta a conter abusos e evitar acusações infundadas ou temerárias, fortalecendo a garantia na tutela da dignidade da pessoa humana.¹¹²

A celeuma existe, na opinião de Fauzi Hassan Choukr, no entanto sem invocar o *in dubio pro societate*, porque, na medida em que o juízo de admissibilidade não pertence ao juiz natural, a lógica do raciocínio é deixar tudo se resolver em plenário. O autor, por sua vez, critica o *in dubio pro societate*, uma vez que não existe fora do seu mero emprego retórico, eis que nada mais é que fruto direto das manipulações ideológicas que alteraram as estruturas do Tribunal do Júri e que afastaram o juiz natural do momento de admissibilidade.¹¹³ Nesse contexto, entende o autor que deve haver a pronúncia, todavia em decorrência do juiz natural.

¹⁰⁹ MUCCIO, Hedejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 62.

¹¹⁰ BADARÓ, 2003, p. 282.

¹¹¹ GOMES, Márcio Schlee. **Júri, limites constitucionais da pronúncia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 73.

¹¹² PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmico**. A quebra na cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.55-56.

¹¹³ CHOUKR, 2009, p. 96.

Respeitamos a opinião do autor, mas, na prática, nada muda, pronuncia-se por outro motivo, pronuncia-se em decorrência da competência, mas, ao fim e ao cabo, pronuncia-se.

Dessa forma, invocando ou não o *in dubio pro societate*, doutrina e jurisprudência têm sustentado que, evitando o aprofundamento na prova, de modo a evitar a certeza absoluta e, assim, influenciar os jurados, e almejando, sobretudo, respeitar a competência constitucional do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ao magistrado é permitido tão somente realizar a admissibilidade das provas. Ocorre que, agindo dessa forma, na grande maioria das vezes, os processos são submetidos a julgamentos desprovidos de provas necessárias e suficientes aptas a justificar uma condenação criminal. Costumeiramente, processos que ensejariam absolvição se tramitassem sob outros ritos, no rito do Júri acabam em pronúncia. Nesse contexto, sob fundamento da competência, envia-se o acusado a julgamento a pretexto de não violar a Constituição. Admissibilidade é sinônimo de aceitabilidade, e não é aceitável que qualquer elemento dê guarida a uma decisão importante como a de pronúncia. É preciso instituir a pronúncia como um marco, um filtro epistemológico de controle da prova, justamente para barrar ações precárias e infundadas. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. aponta que o juiz é o garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição. Assim, sua função, dentre outras, é limitar e controlar o poder exercido pelo Ministério Público ou pelo particular. Dessa forma, diz o autor, a jurisdição, em um primeiro momento, tem a função de filtragem jurisdicional, isto é, de evitar acusações infundadas ou excessivas por meio da exigência de preenchimento dos requisitos de admissibilidade da acusação.¹¹⁴

Portanto, no nosso entender, a dúvida, perfeitamente cabível, deve beneficiar sempre a parte hipossuficiente. E, em processo penal, a parte hipossuficiente é o acusado. Assim, dizer que, em caso de dúvida, beneficia-se a sociedade é uma orientação equivocada e relativamente recente, atrelada aos ditames do Direito Penal do Inimigo e que visa sempre à guerra e ao combate, sacrificando, por assim dizer, direitos e garantias fundamentais em nome da proteção da sociedade. O discurso é sedutor para aqueles que não conseguem antever o perigo que existe em admitir a relativização de direitos e garantias em nome da proteção da sociedade. De fato, não se compreende de que forma a sociedade ficaria mais segura e protegida admitindo julgamentos de acusados desprovidos de provas no mínimo suficientes para ensejar uma condenação.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, 2016, p. 141.

2.3 REFLEXÕES SOBRE INDÍCIOS E PROVAS

De acordo com Nereu Giacomolli, provar no processo é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato (que), em um espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis.¹¹⁵ Do ponto de vista jurídico, Gustavo Badaró sustenta que o vocábulo *prova* possuiu diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo de atividade probatória, como resultado de prova e como meio de prova.¹¹⁶ No mesmo sentido, Márcio Schlee Gomes diz que o termo *prova* possui várias possibilidades de entendimento, seja numa visão cotidiana ou jurídica. Em sentido geral, emprega-se a palavra *prova* para determinar uma verificação, um ensaio, uma demonstração. No campo jurídico, porém, o termo ganha, normalmente, a conotação de demonstrar a veracidade do que se busca demonstrar e, assim, contribuir para o convencimento do juiz.¹¹⁷ Dessa forma, Nereu Giacomolli diz que a palavra *prova*, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador.¹¹⁸

Segundo Franco Cordero, chamamos de instrução¹¹⁹ tudo que se refere à prova e, atendendo à etimologia, a palavra invoca um exame, uma seleção. Dessa forma, os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou. As partes formulam hipóteses, e o juiz acolhe a mais provável, respeitando determinadas normas, trabalhando com base em seu conhecimento empírico.¹²⁰ Augusto Jobim diz que a prova se destina a lastrear o convencimento de engendrar a convicção. A convicção é reconhecida como o receptáculo do investimento probatório, no intuito de constituir a sapiência do verdadeiro.¹²¹ Para tanto, Franco Cordero entende que é preciso ter fé. Os locutores precisam ser acreditados, e tudo que dizem tem valor enquanto os destinatários

¹¹⁵ SILVEIRA, Edson Damas da et al. **Prova penal**. Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.39.

¹¹⁶ BADARÓ, 2003, p.157.

¹¹⁷ GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 63-64.

¹¹⁸ GIACOMOLLI, 2014a, p.159.

¹¹⁹ Deriva do verbo *in-struere*, que chegou a ser próprio da arquitetura e significava construir, edificar, ordenar com método. Exemplo: *instruere aciem*, “colocar o exército em ordem de batalha”.

¹²⁰ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II, Santa Fe de Bogotá/Colômbia: Temis S.A, 2000, p.6-7. (tradução livre)

¹²¹ AMARAL, Augusto Jobim. **A política da prova e cultura punitivista: a governabilidade inquisitória do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p.403.

creem.¹²² No mesmo sentido, há a necessidade de demonstração inequívoca, robusta e consistente, diz Nereu Giacomolli, para que seja emitido um juízo de fé (íntimo) que, em um segundo momento, seja exteriorizado por meio da fundamentação.¹²³ É importante compreender, de acordo com Alberto Ruço, que o valor dos meios e prova e da informação probatória que se transporta para o processo reside na quantidade e na qualidade da informação para a formação da representação – tão completa quanto possível – da realidade passada que se procura determinar por meio do processo.¹²⁴

No entanto, Gustavo Badaró faz a ressalva de que a ausência de prova sobre uma hipótese fática significa tão somente a incerteza sobre esse fato, mas não a autorização de concluir pela confirmação da hipótese contrária.¹²⁵ A afirmação é correta, uma vez que a hipótese da incerteza sobre a hipótese fática em virtude da ausência da prova não equivalerá à afirmação da hipótese contrária. Todavia, o réu não será alijado de sua garantia de ser presumido inocente em virtude da ausência daquela prova, mas sim porque já era presumido inocente desde o início do processo.

É importante atentar, segundo Jordi Ferrer Beltrán, que é comum na doutrina e na jurisprudência a afirmação de que se provam no processo os fatos. Ora, os fatos não podem ser provados em si mesmos. O autor refere o exemplo de Serra Domínguez, de que não se pode provar uma mesa, nem um contrato, nem uma obrigação. A única coisa que se pode provar é o enunciado que afirma a existência de uma mesa em minha sala, mas não a própria mesa. Da mesma forma, pode-se provar o enunciado que afirma a existência ou não de um contrato.¹²⁶

Aprofundando um pouco mais, Fauzi Hassan Choukr diz que prova é o produto obtido pela atividade das partes legítimas, com o emprego de meio lícito, em contraditório, perante o juiz natural da causa, tendente a certificar o conteúdo da imputação e o objeto do processo ou a descaracterizá-lo, devendo ser sopesado pelo órgão julgador na fundamentação do seu provimento. A partir de tal conceituação, afiguram-se insuficientes, explica o autor, as afirmações de que prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a

¹²² CORDERO, 2000, p.4.

¹²³ GIACOMOLLI, 2014b, p. 24.

¹²⁴ RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 211.

¹²⁵ BADARÓ, 2003, p. 162.

¹²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017. p. 74.

alguém.¹²⁷ Importante, nesse ponto, deixar claro que Fauzi Choukr define prova como aquela submetida ao contraditório. Isso é muito importante, pois observa o disposto do inciso LV, do art. 5.º da Constituição Federal e, logicamente, despreza como prova os elementos informativos do inquérito.

No entanto, para Márcio Schlee Gomes, o conceito de prova não envolve, necessariamente, o contraditório, admitindo, ainda, a postura ativa do magistrado na sua realização. O autor entende que o conceito de prova poderia ser elaborado como a atividade processual realizada pelas partes, ou pelo julgador em caráter subsidiário, com o fim de formar o convencimento do juiz sobre a autenticidade dos enunciados fáticos formulados e propostos pelos meios de prova utilizados no processo.¹²⁸ Da mesma forma, quanto à possibilidade de o magistrado produzir provas, Gustavo Badaró afirma que não há qualquer incompatibilidade entre um processo penal acusatório e um juiz ativo dotado de poderes instrutórios que lhe permitam determinar a produção de provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade. Badaró refere que a essência do processo acusatório está na separação das funções de acusar, julgar e defender. A ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, mas não um traço essencial.¹²⁹ Todavia, discordamos veementemente dos autores anteriores sobre a possibilidade de o julgador produzir provas, ainda que de forma subsidiária. É bem verdade que a possibilidade está prevista no art. 156 do CPP, com a redação pela Lei 11.690/08, mas entendemos que essa possibilidade escancara o viés inquisitorial do processo penal, pois é evidente que se perde a imparcialidade do julgador, uma vez que é inevitável que quem procura sabe o que procura, logo, seja para absolver, seja para condenar, não é medida salutar permitir que o julgador vá atrás da prova que lhe conforte para decidir. Ainda que não exista tecnicamente a tal imparcialidade, diz Jacinto Coutinho, é preciso que fique claro que não há neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e a sua própria história.¹³⁰ Por essa razão, permitir que o magistrado se aventure em busca da prova significa perder o pouco da imparcialidade ainda existente, pois apenas assegurar a separação de funções não é suficiente. Nesse sentido, Salah Khaled Jr. afirma que, ainda que a separação das funções de acusar e julgar seja uma

¹²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**. Comentários consolidados e críticas jurisprudenciais. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 360.

¹²⁸ GOMES, 2016, p. 68.

¹²⁹ BADARÓ, 2003, p. 154.

¹³⁰ COUTINHO, 2018, p. 35.

característica importante do sistema acusatório, não basta que essa separação seja apenas inicial, deixando o magistrado livre para assumir papel ativo na busca da prova. Como bem observa o autor, na Ordenação Criminal Francesa de 1670 estabelecia-se um processo em que as funções de acusador e de juiz não eram exercidas pelas mesmas pessoas, e nem por isso deixava de ser inquisitório.¹³¹ Na realidade, como bem aponta Jacinto Coutinho, a característica fundamental do sistema inquisitório está justamente na gestão da prova, confiada, essencialmente, ao magistrado que, em geral, a recolhe secretamente e deixa ao inquisidor a escolha de poder decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão. Segundo o autor, “estamos diante daquilo que Cordero convencionou chamar de ‘*primato dell’ipotesi sui fatti*’ (primazia da hipótese sobre os fatos) ou ‘quadro mental paranoico’. No sistema acusatório, em face do juiz não ser gestor da prova, isso não ocorre”.¹³² Isso significa, afirma Aury Lopes Jr., que mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque, como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).¹³³ Por essa razão, afirma James Goldschmidt que há dois caminhos distintos para averiguar a verdade. No primeiro, o juízo criminal, ao considerar que há indícios suficientes de um fato punível, procederá de ofício, obtendo, por si mesmo, o material a fim de adquirir o convencimento do delito. Essa configuração do processo é inquisitiva. Outro caminho é o juiz se limitar ao decidir sobre os pedidos apresentado pelas partes. O procedimento penal converte-se, desse modo, em um litígio. Essa configuração do processo é a acusatória.¹³⁴ Por essa razão, diz Aury Lopes Jr. que é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial de funções) para constituir-se um processo acusatório.¹³⁵ É necessário manter a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto – é decorrência lógica e inafastável –, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso

¹³¹ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p.134.

¹³² COUTINHO, 2018, p. 42-48.

¹³³ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 554.

¹³⁴ GOLDSCHMIDT, 2018, p. 68-69.

¹³⁵ Diz Aury Lopes Jr. que os sistemas inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal ante as exigências do direito penal e do Estado da época. Atualmente, o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade, endurecendo o direito penal e o processo. Importante também ressaltar, diz o autor, que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, e em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

permite a imparcialidade do juiz.¹³⁶ Importa ressaltar que, segundo Geraldo Prado, diante da impossibilidade de uma completa correspondência entre o fato, situado no passado, e a imagem do fato na mente do juiz, a necessária imparcialidade do julgador, como garantia da existência do próprio processo penal no Estado de Direito, e os bloqueios éticos à aquisição das informações, proibições de provas ilícitas, separam rigidamente as estruturas acusatórias das de índole inquisitorial.¹³⁷ Nesse sentido, Paolo Tonini retrata que se alcança o grau máximo de objetividade quando o juiz está em uma situação de plena imparcialidade, também no aspecto psíquico, em relação à prova. Essa situação ocorre quando compete às partes buscar a prova, requerer sua admissão e produzi-las. Se fosse atribuído ao juiz o poder de buscar as provas e formular perguntas, ele, de maneira inconsciente, tenderia a escolher a tese da acusação ou da absolvição.¹³⁸ Sob essa perspectiva, Geraldo Prado explica que, se o juiz estiver comprometido com alguma hipótese, naturalmente irá eleger as provas que, em sua opinião, habitam a justificar a tese eleita.¹³⁹ Por essa razão, Nereu Giacomolli diz que a valoração da prova há de ser realizada por um sujeito processual que não propôs o meio de prova ou a metodologia de busca da prova, que não atuou além dos limites delineados no espaço público e contraditório do processo.¹⁴⁰ É a presunção de inocência, diz Augusto Jobim, que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funcionando como um estabilizador de expectativas que, na mesma medida, vedará o juiz de realizar qualquer diligência em caso de dúvida sobre a matéria de juízo, torna-se um instrumento pronto para atuar se, ao final do processo, remanescer a falta de comprovação legítima da tese acusatória.¹⁴¹ Ora, cabe à acusação desconstituir o estado de inocência. Cabe ao Ministério Público, na condição de *dominus litis*, municiar a ação com provas necessárias e suficientes aptas a transpor a presunção de inocência. Não ocorrendo isso, se impõe a absolvição. Nesse sentido, Augusto Jobim afirma que a presunção de inocência não aventa apenas uma “norma de tratamento”, daí se extrai como regra processual a carga da prova atribuída à acusação. Dessa forma, não há um ônus a ser suportado pelo réu para afirmar sua inocência, ainda que exista algum interesse, estrategicamente, em se desincumbir de algum elemento de prova, quer dizer,

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, 2016, p. 143-161.

¹³⁷ PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 59.

¹³⁸ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 49.

¹³⁹ PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 63.

¹⁴⁰ SILVEIRA, Edson Damas da et al., 2015. p.41.

¹⁴¹ AMARAL, 2014, p.415.

provar a dúvida com relação à prova produzida, mas jamais encargo ou ônus.¹⁴² Por essa razão, Paolo Tonini afirma que provar significa convencer o juiz da existência do fato histórico, o que constitui um ônus para a parte, ou seja, a inobservância do mesmo acarreta a situação desvantajosa do indeferimento pelo juiz do pedido da parte. Em contrapartida, o cumprimento do ônus acarreta o deferimento do pedido. O ônus da prova constitui uma regra de juízo no sentido de que individualiza a parte sobre a qual recaem as consequências de não ter convencido o juiz acerca da existência do fato afirmado.¹⁴³

Dessa forma, pelas razões elencadas, Fauzi Hassan Choukr critica a redação do dispositivo previsto no art. 156 do CPP ao afirmar que o texto mantém o juiz num papel ativo da produção probatória e trabalha com a mesma categoria de verdade real existente no modelo inquisitivo. Diz o autor que a norma acentua o marco inquisitivo do processo, pois admite ingerência direta do juiz, de ofício, em atuar meios de prova “mesmo antes de iniciada a ação penal”, a dizer, na investigação criminal, cuja incongruência sistêmica com a Constituição Federal e com a Convenção Americana dos Direitos Humanos nos parece inquestionável.¹⁴⁴ Também nesse sentido, diz Aury Lopes Jr. que os dispositivos que atribuem ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art.156, incisos I e II do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, representando uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.¹⁴⁵

Por essa razão, Ricardo Gloeckner sustenta que algum setor doutrinário e jurisprudencial, de baixa densidade constitucional e de precaríssimo conhecimento sobre a história do processo penal, revela, *sic et simpliciter*, que, quando o juiz determina a produção de prova, não poderá prever em benefício de qual parte ela será produzida. Tal recurso retórico, diz o autor, destrói qualquer laço com a presunção de inocência, seja como norma probatória, seja como norma de juízo. Basta observar a afirmação de Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941,¹⁴⁶ de que a justificativa dessa

¹⁴² Idem, p.415-416.

¹⁴³ TONINI, 2002, p. 66.

¹⁴⁴ CHOUKR, 2014, p.369-370.

¹⁴⁵ LOPES JÚNIOR, 2016, p. 168.

¹⁴⁶ Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941. As provas, VII – Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção das provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar de ofício as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou *non liquet*.

regulação é fazer o juiz evitar pronunciar o *in dubio pro reo*.¹⁴⁷ Nesse contexto, afirma Aury Lopes Jr. que o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional. Em outras palavras, a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada com a nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório.¹⁴⁸ Por essa razão, para Aury Lopes Jr. o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório, pois é uma inquisição reformada, uma vez que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo em que se funda o sistema inquisitório.¹⁴⁹

Portanto, em razão de tudo que foi exposto, tendo a Constituição Federal adotado o sistema acusatório, entendemos que não é permitido que o magistrado se aventure na busca da prova para formar sua convicção. Mesmo porque, deve-se evitar os efeitos que o fenômeno da dissonância cognitiva ocasionaria no julgador. Ao dissertar sobre a dissonância cognitiva, opera, diz Ruiz Ritter, no sentido de sempre buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), desenvolvendo-se no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para chegar a essa correlação. Assim, admitindo que o indivíduo sempre tenta estabelecer uma harmonia interna entre suas opiniões, ações e crenças, havendo uma dissonância entre essas cognições, dois efeitos subsistirão imediatamente: primeiro, uma pressão para eliminação dessa incoerência entre os conhecimentos ou entre a ação empreendida e a razão; segundo, um afastamento ativo de possíveis novas fontes de aumento dessa incongruência.¹⁵⁰ Dessa forma, fica bastante óbvio por que não se deve permitir ao magistrado a produção de prova. Se o magistrado acreditar que o acusado é culpado, buscará provas para legitimar sua impressão, desprezando e afastando qualquer outro elemento que não sustente seu convencimento inicial.

Fica claro que é preciso manter a imparcialidade na colheita da prova, pois o acusado só responderá a um processo justo, e de acordo com a Constituição Federal, se a incumbência na produção das provas for destinada exclusivamente às partes. Só assim o magistrado gozará de credibilidade para julgar a ação penal.

¹⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 408.

¹⁴⁸ LOPES JÚNIOR, 2016, p.170.

¹⁴⁹ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 555.

¹⁵⁰ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 111.

Importa também ressaltar que atividade probatória e credibilidade necessitam caminhar conjuntamente diante do meio de prova que se pretende utilizar no processo criminal. Desse modo, é preciso, ainda que de forma superficial, tecer alguns comentários acerca da cadeia de custódia da prova. Segundo José Braz, para que os vestígios possam ser, no plano jurídico-processual, valorados como prova, demonstrando, de forma inequívoca, a veracidade dos fatos contidos na acusação, e para que possam sustentar a convicção do julgador na decisão final, mais do que uma metodologia procedimental usada pela investigação criminal, é necessário que, a todo momento, eles possam ser invocados e reconstituídos. Portanto, é importante manter e documentar a história cronológica e biográfica de objetos, sinais, evidências e vestígios que suportam a prova, garantindo a sua integridade e possibilitando igualmente a contradita de todo potencial probatório.¹⁵¹ Dessa forma, a credibilidade do valor da prova residirá na forma e no método que ela foi obtida. Como bem observa Geraldo Prado, não há mais espaço para admissão acrítica das acusações penais, pois a ordem jurídica, observada pelos mais diversos ângulos, importa na estrita legalidade da atividade anterior preparatória, indagando sobre a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova, isto é, da escrupulosa legalidade do acesso às fontes de prova e da manutenção dessas fontes em condições de serem consultadas oportunamente pelas partes. Portanto, diz o autor, o filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreamento das provas às fontes de prova (elementos informativos) e da ilicitude probatória, direta ou por derivação.¹⁵²

Importante, neste ponto também, ao tratarmos sobre a credibilidade das provas, distinguir os conceitos entre provas e indícios, eis que sempre existe muita dúvida a respeito do valor probatório desse último. Segundo o art. 239 do CPP, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. De acordo com Walter Coelho, a palavra “indício” possui origem no latim, *indicium*, decorrente de *induco*, pela junção do prefixo *in* e o verbo *ducere*, com o significado de “levar” ou “conduzir a”, ou também do verbo *indicare* e até mesmo *index*, no sentido do que indica ou aponta.¹⁵³ Isso posto, indício não é uma prova “menor”, diz Paolo Tonini, mas uma prova que deve ser verificada. O indício é idôneo para apurar a existência de um fato histórico delituoso somente quando

¹⁵¹ BRAZ, José. **Ciência, tecnologia e investigação criminal**: Interdependências e limites num Estado de Direito Democrático. Coimbra: Almedina, 2015, p. 347-48.

¹⁵² PRADO, 2014, p. 55-57.

¹⁵³ COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 13.

presentes outras provas que excluam uma diversa reconstrução do acontecimento.¹⁵⁴ No mesmo sentido, Márcio Schlee Gomes afirma que o indício constitui um *argumentum demonstrativum delicti*, pois de um fato conhecido, por intermédio de um juízo lógico, em que se agrega um característico silogismo probatório, se chega pela argumentação à existência de um fato ignorado, constituindo este o *thema probandum*.¹⁵⁵ Por essa razão, Franco Cordero entende que, quando o juiz trabalha sobre indícios, a palavra invoca hipóteses empíricas como, por exemplo, se “x” implica “y”, “y” resulta “x”. Dessa forma, surgem conclusões indutivas, plausíveis, na medida em que são premissas que introduzimos no sistema.¹⁵⁶ É o que ocorre quando alguém é encontrado com a *res furtiva* momento após a vítima ter tido seus bens subtraídos. Não podemos, categoricamente, afirmar que esse indivíduo foi o autor do delito, mas existem indícios que apontam sua participação. Na realidade, Franco Cordero afirma que toda prova é um indício. O indício pode significar, também, conclusões mais ou menos prováveis sobre alguma coisa.¹⁵⁷

Contudo, conforme Márcio Schlee Gomes, o critério para definir uma prova como direta ou indireta deve ser indicado em razão da relação entre o fato a ser provado e o objeto da prova. Se a relação for imediata, conseqüentemente, a prova poderá ser considerada “direta”. Por outro lado, se essa relação se dá em decorrência de um raciocínio lógico indicado por um fato que não é aquele diretamente que se busca provar, a prova será denominada “indireta”, na qual se insere a prova indiciária. Portanto, a prova indireta apresenta-se como aquela que é formada por fatos relacionados com o fato que se busca demonstrar, partindo-se de raciocínios lógicos, inferências, que poderão levar a uma conclusão ou não acerca da veracidade daquilo que se quer provar – *thema probandum*. Nesse sentido, a prova indiciária é uma prova exclusivamente indireta.¹⁵⁸ Seguindo o mesmo entendimento, Alexandre Morais da Rosa explica que indícios são comprovações indiretas, sem efeito direto, mas que operam no imaginário forense às vezes com força de prova. Em suma, podem ser entendidos como a circunstância relacionada com o fato e que, após ser devidamente comprovada, permite inferir a existência de outra circunstância, formando a chamada prova circunstancial.¹⁵⁹ Todavia, importa ressaltar, de acordo com Aury Lopes Jr., citando Franco Cordero, que a classificação entre provas diretas e indiretas é um desacerto,

¹⁵⁴ TONINI, 2002, p. 58.

¹⁵⁵ GOMES, 2016, p. 80.

¹⁵⁶ CORDERO, 2000, p. 5.

¹⁵⁷ Idem, p. 21.

¹⁵⁸ GOMES, 2016, p.75-76.

¹⁵⁹ ROSA, 2017, p. 721.

pois, excetuando os delitos cometidos na sala de audiência¹⁶⁰, todas as provas são indiretas, uma vez que consistem em signos do suposto fato.¹⁶¹

De qualquer forma, Gustavo Badaró sustenta que o indício, por si só, não é um meio de prova, mas um fato provado que autoriza, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de outro fato. É o ponto inicial pelo qual o juiz realiza mentalmente uma operação que permite concluir pela existência de outro fato. A partir do indício, isto é, do fato conhecido, passa-se ao *factum probandum* por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.¹⁶² Douglas Walton, professor na Universidade de Windsor no Canadá, diz que, no raciocínio de validade dedutiva, tal conjuntura deve estar sinalizada por um indicador de conclusão, como “portanto”, “logo”, “consequentemente”, entre outros. Essa forma é tão comum que tem um nome tradicional, *modus ponens*.¹⁶³ De acordo com Alberto Vicente Ruço, na dedução extrai-se para o caso concreto uma conclusão necessária a partir da premissa maior, que contém uma regra ou lei, sendo que a solução já está contida nessa premissa, da qual se deriva necessariamente a conclusão. Por essa razão, afirma-se que a dedução é tautológica, não criativa. Na indução, diz o autor, chega-se a uma conclusão provável a partir de uma série de casos observados em que se surpreende determinadas características comuns e, com base nelas, formula-se uma lei geral, sendo cada um dos casos observados em uma instância dessa lei.¹⁶⁴

Wesley Salmon, de uma forma muito didática, traz exemplos concretos que auxiliam na melhor compreensão entre dedução e indução. Diz o autor que, no raciocínio dedutivo, se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão deve ser verdadeira. Isso significa dizer que toda informação ou conteúdo fatural na conclusão já estava contido nas premissas, pelo menos de forma implícita. O autor cita o exemplo de todo mamífero ter um coração. Sendo todos os cavalos mamíferos, logo, todos têm coração. Já o raciocínio indutivo apresenta uma singularidade, qual seja: se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão provavelmente será verdadeira, mas não necessariamente verdadeira. Na mesma linha do exemplo citado anteriormente, o autor refere que, se todos os cavalos até hoje observados tinham coração, logo, todos os cavalos têm coração. Segundo Karl Popper, a lógica indutiva, para alcançar

¹⁶⁰ Nesse caso específico, diz Aury Lopes Jr., em que o magistrado tem experiência direta do delito, ele deixa de ser “juiz” e passa a ser testemunha ou vítima, a depender do caso concreto, eis que tal contaminação despoja-lhe das condições de necessário alheamento que o constitui juiz.

¹⁶¹ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 550.

¹⁶² BADARÓ, 2003, p. 277.

¹⁶³ WALTON, Douglas N. **Lógica informal**: manual de argumentação crítica. 2. ed. Tradução Ana Lúcia R. Franco; Carlos A. L. Salum. Revisão Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 152-154.

¹⁶⁴ RUÇO, 2017, p. 313.

maior precisão, desenvolveu-se como uma lógica por meio da qual seriam usados, relativamente aos enunciados, não apenas dois valores – verdadeiro e falso –, mas graus de probabilidade; seria uma lógica das probabilidades. Assim, à indução caberia determinar o grau de probabilidade do enunciado. No entanto, alerta o autor que, ao invés de discutir “probabilidade” de uma hipótese, seria interessante averiguar que teses e críticas essa hipótese conseguiu superar. Cabe-nos assim, segundo o autor, tentar averiguar até que ponto a hipótese se mostrou capaz de manter-se incólume, resistindo aos testes a que foi submetida.¹⁶⁵ Em resumo, cabe-nos averiguar até que ponto ela foi corroborada.¹⁶⁶ Tal circunstância será retomada quando analisarmos de forma mais detalhada a “teoria da probabilidade lógica”, “indutiva”, ou ainda, *evidence and inference*, que são formas de apreciação do meio de prova (item 2.5.2). No momento, é suficiente compreendermos que é preciso averiguar, dentre as diversas hipóteses plausíveis, se o indício, por exemplo, que induz a responsabilidade criminal do acusado, resta incólume diante das diversas hipóteses cogitadas.

Na esteira dos autores anteriores, Paolo Tonini diz que os termos prova e indício diferenciam-se não pelo objeto a ser provado, mas pela estrutura do procedimento lógico. Portanto, por meio da “máxima de experiência”, entendida como uma regra que acontece na maioria dos casos, ou seja, uma regra extraída de casos similares, pode-se permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos. Por exemplo, existe uma relação quando se conclui que determinada categoria de fatos vem acompanhada de outra categoria de fatos. É uma regra, não pertence ao mundo dos fatos, gera um juízo de probabilidade, e não de certeza.¹⁶⁷ No mesmo sentido, Augusto Alberto Ruço afirma que se verifica, por meio das “regras de experiência”, que o juiz forma a convicção a respeito da existência do fato presumido e valoriza, inclusive, o testemunho como meio de prova conforme as “regras da experiência”, segundo a qual o ser humano tem capacidades naturais de memorizar, perceber, reproduzir, com suficiente fidelidade, uma representação daquilo que verificou.¹⁶⁸ Também por meio das “regras de experiência” podemos afirmar que, quando se encontra uma digital na arma do crime, provavelmente, essa digital seja do autor do crime. Esse exemplo é usado por Paolo Tonini quando refere a hipótese de a perícia demonstrar que a faca que provocou o

¹⁶⁵ Diz o autor que não se pode falar em uma frequência-verdade dentro de uma sequência de hipóteses simplesmente porque jamais se poderá saber se uma hipótese é verdadeira. Se fosse possível saber, pouca necessidade teria o conceito de probabilidade de uma hipótese.

¹⁶⁶ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. Tradução Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2013, p.221.

¹⁶⁷ TONINI, 2002, p. 49.

¹⁶⁸ RUÇO, 2017, p. 225.

ferimento mortal apresentava uma digital pertencente a um indivíduo. Essa circunstância, diz o autor, somada a uma falta de explicação lógica para a presença da digital, constitui-se em um “grave indício”. A gravidade dos indícios está relacionada ao grau de convencimento, ou seja, é “grave” o indício resistente às objeções e que tem, portanto, elevada persuasão.¹⁶⁹ Sendo assim, se submetido a diversas hipóteses, por óbvio, plausíveis, e não surgir uma explicação razoável para a presença da digital na arma do crime, esse indício induz crer que a digital seja realmente do autor do delito.

Importante, neste ponto também, para que não haja dúvidas, diferenciar os conceitos entre *indício*, *vestígio* e *evidência*. Esses dois últimos, de acordo com Jesus Velho, Gustavo Geiser e Alberi Espindula, são termos técnicos geralmente empregados por *experts* na realização de laudos periciais. Desse modo, vestígio é o material bruto que o perito constata no local do crime ou que integra o conjunto de um exame pericial qualquer. Somente após examiná-lo adequadamente é que os peritos poderão saber se aquele vestígio está ou não relacionado ao evento periciado. No momento em que os peritos chegarem à conclusão de que tal vestígio está, de fato, relacionado ao evento periciado, ele deixará de ser vestígio e passará a ser denominado evidência. Conseqüentemente, para o conceito criminalístico, sustentam os autores que evidência significa qualquer material, objeto ou informação que esteja relacionado com a ocorrência do delito no campo da materialidade. Dessa forma, as duas nomenclaturas – vestígio e evidência – são utilizadas tecnicamente no âmbito da perícia. No entanto, tais informações tomam o nome de indícios quando tratadas no âmbito processual, de acordo com o art. 239 do CPP.¹⁷⁰

Compreendidas as diferenciações, faz-se o seguinte questionamento no presente momento: é possível admitir uma condenação criminal com base em indícios? Alberto Vicente Ruço explica que a realidade histórica, o estado das coisas que existe a cada momento que passa, pode ser comparada a um *puzzle* gigantesco e dinâmico em que algumas peças permanecem idênticas no mesmo local por largo espaço de tempo e outras se alteram e dão lugar a outras diversas, reajustando-se todas entre si, continuamente, dando lugar a novos arranjos. Sendo assim, os fatos que existiram ocorreram num fundo fatural bem definido, num certo segmento de espaço e tempo, estando em contato com outros fatos que são suas

¹⁶⁹ TONINI, 2002, p. 58.

¹⁷⁰ VELHO, Jesus Antônio; GEISER, Gustavo Caminoto; ESPINDULA, Alberi. **Ciências Forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna**. 3. ed. Campinas: Millennium Editora, 2017, p.11.

provas.¹⁷¹ Por essa razão, complementa o autor, a prova indiciária está ligada a fatos que, não sendo representações do fato a provar, permitem, contudo, afirmar, isoladamente ou em conjugação com outros meios de prova, com maior ou menor probabilidade, que os fatos a provar existiram ou, ao invés, não existiram. E considerando que aquilo que faz de um indício, um indício, ou seja, uma prova, consiste, por conseguinte, em o fato-indício estar numa certa relação com o fato a provar.¹⁷² Dessa forma, fica claro, pelo menos para nós, que, se os indícios forem fortes e robustos e se eles se mantiverem incólumes ao serem submetidos a inferências, isto é, a raciocínios hipotéticos que não alterem sua consistência, então poderão, depois de oportunizado o contraditório e adquirido expressiva probabilidade, fundamentar uma decisão judicial, em especial, uma sentença criminal condenatória. Por essa razão, Enrico Ferri entende que, nos processos indiciários, é preciso caminhar com pés de chumbo. Todavia, quando existem todos os dados, mesmo sem prova direta, levando-nos, necessariamente, a concluir que o acusado é, indubitavelmente o autor do crime, a convicção formada pelo juiz tira todas as dúvidas do seu espírito.¹⁷³ No mesmo sentido, diz Márcio Schlee Gomes que, se baseando no livre convencimento motivado do juiz, o julgador deverá analisar os indícios mais variados que constam no processo com a obrigação de apontá-los em sua decisão e de, fundamentadamente, explicar o valor que emprestará a cada um deles, os quais formarão a base de sua decisão condenatória ou absolutória.¹⁷⁴ Também nessa direção, entende Alexandre Morais da Rosa que, em algumas circunstâncias, a prova será meramente indiciária, mas que isso não evitará a condenação, desde que o conjunto de indícios seja suficientemente harmônico, encadeado e provado.¹⁷⁵ Por essa razão, diz Márcio Schlee Gomes que um veredicto de culpa pode ser proferido com base em dois ou mais indícios, com possibilidade suficiente de superar a dúvida razoável, ensejando um juízo de certeza para efeitos de condenação.¹⁷⁶ Alberto Vicente Ruço também compreende que, se os indícios forem variados em número e diversificados quanto às suas fontes e se, além disso, existirem provas testemunhais que apontem no mesmo sentido, bem como as regras de experiência, então poderemos comparar essa situação à decifração de um enigma de letras trocadas, em que à medida que aumenta o tamanho do texto cifrado, mais inacreditável se torna o fato de a hipótese conjecturada não ser a chave do enigma. Nesses casos, o número e a variedade de

¹⁷¹ RUÇO, 2017, p. 324.

¹⁷² RUÇO, 2017, p. 223-24.

¹⁷³ FERRI, Enrico. **Discursos penais de acusação**. São Paulo: Edijur, 2018, p. 192.

¹⁷⁴ GOMES, 2016, p.88-89.

¹⁷⁵ ROSA, 2017, p. 722.

¹⁷⁶ GOMES, 2016, p. 91.

corroborações permitem excluir que a harmonização dos indícios e da prova testemunhal seja obra de uma extraordinária coincidência forjada pelo acaso.¹⁷⁷

Desse modo, como referido, entendemos que, sendo os indícios fortes, sólidos, submetidos ao contraditório e resistentes a todas as inferências realizadas, isto é, apresentando alto grau de probabilidade, admitir-se-á a condenação criminal. Nesse diapasão, ainda com maior razão, admitir-se-á também a pronúncia, bastando, para tanto, como referido, que os indícios sejam fortes o suficiente para formar a convicção do magistrado ante a materialidade e a autoria e participação.

Por essa razão, Rui Cunha Martins afirma que o importante é a prova penal não ser fraca. Prova fraca é aquela que se satisfaz com verossimilhança, com o que se diz ser uma crença racional. No entanto, verossimilhança, que fora da lógica e da matemática é o regime normal da prova, não é em si critério satisfatório, por mais convincente que seja. Os erros judiciais, complementa o autor, assentam sempre em verossimilhanças e crenças racionais. Portanto, a prova deve ser forte.¹⁷⁸ Nesse sentido, Nereu Giacomolli entende que o juízo condenatório, por implicar na aplicação de uma pena, a qual é um mal, necessita de uma justificação probatória robusta, na medida em que se faz mister compensar a falta de legitimidade original da pena com justificativas sérias e de peso.¹⁷⁹ Michele Taruffo explica que nem todos os meios de prova relevantes e admissíveis produzem a prova dos fatos. Um fato é provado somente quando se extraem com êxito algumas inferências concernentes a sua existência a partir dos meios de prova disponíveis. Isso não ocorre sempre, diz o autor, uma vez que um elemento de prova apresentado pode não produzir o resultado positivo. Dessa maneira, a prova é obtida somente quando uma inferência extraída dos elementos de prova suporta a verdade de um enunciado acerca de um fato em litígio.¹⁸⁰

Compreendido que a prova deve ser forte, resistente e sólida, chega-se à questão formulada por Pedro Jorge Costa: qual seria o grau de prova exigido para a condenação criminal? Explica o autor que, sendo a verdade absoluta inatingível, a questão passa a ser sobre a verdade provável, isto é, o grau de probabilidade para ter uma alegação de fato por verdadeira. Será sempre provável porque o raciocínio a partir das provas é necessariamente

¹⁷⁷ RUÇO, 2017, p. 254.

¹⁷⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. The brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05.

¹⁷⁹ WUNDERLICH, 2008, p. 343.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michelle. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 34.

indutivo, no sentido de admitir explicações alternativas.¹⁸¹ Márcio Schlee Gomes afirma que a reconstrução do fato, em seus mínimos detalhes, ocorre por dados indiretos que vão sendo comprovados e que, caso atinjam um grau de credibilidade suficiente e inabalável, podem derrubar o silêncio ou o álibi apresentado pelo acusado, podendo assim ensejar a condenação.¹⁸² No entanto, importa lembrar, como bem observa Nereu José Giacomolli, que incumbe à acusação a desconstituir o estado de inocência do acusado, isto é, no processo penal, o encargo de provar pertence ao acusador. E esse encargo não se restringe à demonstração da autoria e da existência do fato, mas de toda sua dimensão jurídica, ou seja, deve demonstrar a acusação todos os elementos do crime, objetivos e subjetivos, e as circunstâncias que confortem a acusação.¹⁸³ Aury Lopes Jr. aponta que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória, mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse de provar sua versão de negativa de autoria ou do presente de uma excludente. É um erro, diz o autor. Não existe uma “distribuição”, senão que a carga probatória está inteiramente nas mãos do Ministério Público. Não há carga para a defesa, mas sim um risco. Logo, coexistem as noções de carga para a acusação e de risco para a defesa. O conceito de carga é vinculado à unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição.¹⁸⁴ Nesse sentido, refere Augusto Jobim não haver qualquer carga para a defesa, isto é, não há ônus a ser suportado pelo réu para afirmar sua inocência.¹⁸⁵

Perceba que não se está a exigir da acusação a realização da chamada prova diabólica, que, de acordo com Franco Cordero, são questões negativas em que a operação de constituição da prova é muito difícil senão, muitas vezes, impossível.¹⁸⁶ O que se pretende mostrar é que, considerando o crime, em sua definição tripartite, fato típico, ilícito e culpável, deve a acusação demonstrar, cabalmente, por exemplo, que o autor do delito de homicídio não se encontrava sob o véu da legítima defesa, eis que não se utilizou dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹⁸¹ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. Coleção Ciências Criminais Contemporâneas. São Paulo: Atlas, 2015, p.167. v. 3.

¹⁸² GOMES, 2016, p. 43.

¹⁸³ GIACOMOLLI, 2014a, p. 97.

¹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, 2016, p. 201.

¹⁸⁵ AMARAL, 2014, p. 419.

¹⁸⁶ CORDERO, 2000, p. 18.

Sob essa perspectiva, se da prova oriunda dos autos, afirma Gustavo Badaró, surgirem duas possíveis versões e se a prova no sentido da ocorrência for mais robusta, é provável que o fato tenha existido.¹⁸⁷ Nessa direção, Nereu Giacomolli refere que não se trata de firmar um juízo de verdadeiro ou falso, de verdade, mas de probabilidade (*probabilem*). Há a emissão de um juízo de aprovação de determinada hipótese, em detrimento de outras, não críveis ou menos críveis, com o afastamento dos argumentos probatórios menos seguros.¹⁸⁸ Dessa forma, diante da impossibilidade material de atingir uma certeza em termos absolutos ante a irreduzível margem e incerteza que os meios processuais de reconstrução dos fatos oferecem, Gustavo Badaró afirma não ser viável exigir para a condenação a certeza absoluta de que o fato ocorreu.¹⁸⁹ Inclusive no âmbito da investigação criminal, já não se trabalha mais com a noção de verdade absoluta. Cumpre ressaltar, de acordo com os delegados de polícia Daniel Barcelos e Luciano Vidal, que a investigação criminal tem como fundamento a construção de uma versão verossímil, o que significa um juízo de probabilidade de que determinado fato tenha ocorrido, já que não é possível, por óbvio, estabelecer uma verdade absoluta sobre um fato criminoso pretérito.¹⁹⁰ O problema epistêmico, diz Michele Taruffo, sobre que tipo de verdade pode ser obtido nos contextos judiciais é muito complexo. Portanto, encontrar uma definição confiável da função da prova é também uma tarefa difícil. O ponto de partida, segundo a autora, radica-se na premissa de que nenhuma verdade absoluta é alcançável. Logo, o propósito possível da tomada de decisão é somente obter uma verdade relativa. Dessa forma, uma vez que a ideia de uma verdade relativa é vaga, uma definição muito comum de tal verdade é fundada em termos de probabilidade.¹⁹¹ Por essa razão, Jordi Ferrer Beltrán sustenta que, se é aceitável o caráter relacional dos enunciados probatórios (do tipo “está provado que p”) com os elementos de juízo (os meios de prova) presentes nos autos do processo, então se pode colocar em dúvida a relação conceitual entre prova e verdade, uma vez que a prova de um enunciado se relaciona aos elementos de juízo de que se dispõe, ao passo que a verdade do enunciado, definitivamente, não tem esse caráter. Por essa razão, diz o autor ser possível afirmar, por exemplo, “que no processo ficou provado que João era pai de Pedro; por outro lado, novas provas genéticas demonstram que de fato ele não é”. Dessa

¹⁸⁷ BADARÓ, 2003, p. 40.

¹⁸⁸ SILVEIRA et al., 2015, p. 42.

¹⁸⁹ BADARÓ, 2003, p. 37.

¹⁹⁰ BARCELOS, Daniel. VIDAL, Luciano. **Homicídios**. Métodos de investigação. Técnicas de entrevista e interrogatório. São Paulo: Chiado, 2017, p. 34.

¹⁹¹ TARUFFO, 2014, p. 29.

forma, para poder dizer que uma proposição está formada é necessário e suficiente dispor de elementos de juízo suficientes a seu favor.¹⁹²

Geraldo Prado lembra que “verdade” e “certeza” não foram guerreadas exclusivamente no campo filosófico. Os críticos do método científico também balançaram as convicções acerca da superioridade do saber instrumental, calcado na “verdade”, e tentaram demonstrar como igualmente neste território havia disputas de poder internas e com outros saberes, portanto, externas também. Na realidade, explica Geraldo, o jogo do poder está presente em todos os campos da ciência, incluindo as ciências sociais, a denunciar valores como “verdade” e “certeza”, têm muito pouco de objetivo e muito instrumental aos interesses das elites políticas, econômicas e sociais.¹⁹³ Nesse contexto, Lênio Streck questiona que, se inclusive no campo da filosofia já não se acredita mais em essências, qual é a razão de os juristas continuarem a acreditar na “busca pela verdade real”.¹⁹⁴ O motivo pelo qual a verdade deve ser deixada de lado, explica Jacinto Coutinho, é que, quando a filosofia da consciência coloca luz no sujeito, passa a ser dele a função de dizer a verdade sobre o objeto. Passa a ser ele o detentor da verdade, e a linguagem tem a função de intermediária. Porém, a linguagem desse sujeito mostrou-se incapaz de dizer uma verdade toda sobre o objeto, uma verdade que pudesse enunciar com “V” maiúsculo. Assim refere o autor:

[...] o objeto sempre se mostrou impossível de apreensão por inteiro, dado não ter a linguagem suficiente para tal mister. Ainda que exista um arsenal linguístico capaz de lhe colocar em contato com o mundo e, assim, assegurar-lhe uma identidade; mas em definitivo insuficiente para fazer com que se percebesse a verdade toda. Isso, todavia, não quer dizer que não se pudesse dizer sobre o objeto. Só que esse dizer, se tiver a pretensão de dizer toda a verdade, está na ordem da impossibilidade.¹⁹⁵

Salah Khaled Jr., também citando Jacinto Coutinho, complementa:

[...] que uma rosa é uma rosa, porque não é alguma outra flor. Para conhecer verdadeiramente uma rosa, isto é, para chegar a verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que uma rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso a verdade nos foge até que posamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa.¹⁹⁶

¹⁹² BELTRÁN, 2017, p. 72.

¹⁹³ PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 22.

¹⁹⁴ STRECK, 2017b, p. 10.

¹⁹⁵ COUTINHO, 2018, p.199-200.

¹⁹⁶ KHALED JÚNIOR, 2013, p. 393.

Por essa razão, a decisão judicial não é uma declaração de verdade, segundo Nereu Giacomolli, não é uma certidão do que ocorreu no mundo fático, mas uma declaração na qual se pode crer com base no que está no processo.¹⁹⁷ A meta do processo, segundo Pedro Jorge Costa, é a busca dos elementos empíricos numa crença justificada, no sentido racional, epistemologicamente justificada, a respeito de algo. Importa obter crença justificada racionalmente, capaz de produzir consenso racional.¹⁹⁸ Dessa forma, diante da inviabilidade de alcançar conscientemente a verdade como a verdade absoluta, emergiram outras concepções da função do processo judicial e da prova.¹⁹⁹ Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa afirma que para o Estado-Juiz poder condenar alguém é necessário que a acusação seja confirmada por meio de provas suficientes, “além de dúvida razoável.”²⁰⁰ Abordaremos a questão da razoabilidade da dúvida no tópico 2.5.1, mas é importante, desde já, a fixação de critérios objetivos para a compreensão do *quantum* se exige de prova para fundamentar satisfatoriamente a decisão judicial, justamente para que não nos conformemos com a mera possibilidade de o fato ter ocorrido, mas sim com sua alta probabilidade. Por essa razão, Alexandre Morais da Rosa sustenta que é preciso trabalhar com o que se entende por *standard* probatório em processo penal, uma vez que é necessário estabelecer condições mínimas para a afirmação dos fatos a serem provados, aptos a promover a condenação do acusado.²⁰¹ Não como dito por Lênio Streck, ao criticar a possibilidade de “simplificar” o direito a ponto de transformá-lo em um conjunto de *standards* aplicativos,²⁰² mas no sentido de proporcionar que o julgador tenha a sua disposição níveis de *standards* como forma de evitar, ou pelo menos diminuir, a discricionariedade na tomada de decisão, e também no sentido de testar a qualidade da prova, forçando o julgador a adotar critérios objetivos para que haja maior coerência e unicidade nas decisões judiciais. Ora, basta afirmar que um reconhecimento pessoal realizado por uma testemunha pode configurar para alguns um indício suficiente de autoria, enquanto para outros não. E quantas decisões judiciais são proferidas diariamente com base, exclusivamente, em reconhecimentos pessoais? Dessa maneira, ao estabelecermos *standards* probatórios, estipulando condições e requisitos para a conferência lógica, em contraditório judicial, da prova a ser juntada aos autos, diz Alexandre de Morais, estar-se-á a

¹⁹⁷ SILVEIRA et al., 2015, p. 47.

¹⁹⁸ COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. Coleção Ciências Criminais Contemporâneas. São Paulo: Atlas, 2015, p.162. v. 3.

¹⁹⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 34.

²⁰⁰ ROSA, 2017, p. 699.

²⁰¹ Idem, p. 701.

²⁰² STRECK, 2017, p. 09.

evitar decisões desprovidas de racionalidade. A estipulação de graus de certeza e probabilidade médios capazes de definir o enunciado provado ou não provado, especialmente no processo penal, é requisito essencial diante de um processo penal democrático, tutelando as liberdades presentes na Constituição Federal.²⁰³

É justamente por essa razão que Danilo Knijnik propõe modelos para o controle do juízo de fato. É preciso, segundo o autor, que seja criado um quadro de enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de determinada decisão, criando-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção.²⁰⁴

2.4 IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO

Previsto no inciso LV, do art. 5.º da Constituição Federal, o contraditório é considerado o núcleo essencial. Conforme redação constitucional, assegura-se a todos litigantes e acusados em geral o contraditório. É de extrema importância no sistema acusatório, ação e reação, mas, obviamente, totalmente prescindível no sistema inquisitório. De acordo com Aury Lopes Jr., o contraditório está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio, diz o autor, está ligado ao direito de audiência, o qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade.²⁰⁵ Nesse sentido, Nereu Giacomolli afirma que o contraditório, também referido como princípio de audiência, abarca a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, contradição, resposta, contraposição de teses. Essa é a concepção clássica ou meramente formal. A metodologia dialética, com a valorização do contraditório em seu aspecto material ou substancial, ou seja, igualdade de tratamento, *audiatur et altera pars*, de possibilidade de influir na construção dinâmica do espaço processual, representa o resgate da perspectiva dialógica, horizontalizada, isonômica do processo, como na *ordo iudiciarius* ou *iudicium*.²⁰⁶

²⁰³ ROSA, 2017, p. 705.

²⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acessado em: 15 ago. 2018

²⁰⁵ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 568.

²⁰⁶ GIACOMOLLI, 2014a, p.148-49.

Importa destacar, como bem observa Geraldo Prado, que as garantias do processo, como o contraditório, a imparcialidade, a iniciativa acusatória distinta da tarefa de julgar, a publicidade na produção das provas e a presunção de inocência, em todos os tempos representaram obstáculos insuperáveis à condenação dos “inimigos das pessoas de bem” que esteja fundada na convicção prévia de que esses “demônios”, “bandidos” que atentam contra nossa paz e tranquilidade, devem ser punidos independentemente da demonstração de sua responsabilidade penal, caso a caso.²⁰⁷

Portanto, conforme explica Márcio Schlee Gomes, a ideia que se extrai para o processo penal leva em conta que um processo somente poderá ser justo e adequado aos preceitos jurídico-constitucionais se resguardadas todas as formalidades essenciais para o desenvolvimento completo da ampla defesa e do contraditório, não se tolerando uma “caça da verdade” sem a observância das mínimas garantias do acusado e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰⁸

Sob essa perspectiva, Geraldo Prado afirma que processo penal se desenvolve regido pela presunção de inocência, o qual se desenvolve no marco do contraditório. O autor sustenta que é indispensável um sistema de controle epistêmico eficiente, pois se vulgarizou o apelo, no âmbito da investigação, aos meios ocultos de prova, e, de um modo geral, a totalidade dos elementos informativos que subsidiam as acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira.²⁰⁹ Direitos e liberdades fundamentais pessoais, como bem frisa Manuel Monteiro Valente, devem funcionar como barreira intransponível na produção e na valoração da prova.²¹⁰ Também nesse sentido Fauzi Hassan Choukr sustenta que os meios de prova, mecanismo empregado para obtenção de um conteúdo, não podem afrontar a dignidade da pessoa humana.²¹¹ Diante disso, assegurar o núcleo dos direitos fundamentais é medida estratégica. E pode-se tranquilamente afirmar, à luz dos incisos LIV, LV e LVII do art. 5.º da Constituição Federal, segundo Geraldo Prado, que a presunção de inocência, o direito ao processo e, conseqüentemente, o direito à prova são direitos fundamentais.²¹²

A aquisição da prova se dá após a sua confrontação dialética pelo contraditório, cujo espaço público de discussão ocorre no âmago do processo. A valoração da prova depende do

²⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Estudos Jurídicos**. São Paulo: Contracorrente. 2018, p. 251.

²⁰⁸ GOMES, 2016, p. 56.

²⁰⁹ PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 43.

²¹⁰ SILVEIRA et al., 2015, p.132.

²¹¹ CHOUKR, 2014, p. 362.

²¹² PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 55.

grau de resistência à contraprova, bem como de seu contraditório.²¹³ O evidente dispensa a prova, sustenta Rui Cunha Martins. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesma, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, diz o autor, a evidência instaura um desamor pelo contraditório.²¹⁴ A sua importância fica ainda mais nítida na concepção de Salah Khaled Jr. como frente de combate, na medida em que o contraditório permite às partes impedir que as evidências apresentadas pela parte contrária se tornem provas. Destarte, é o efetivo contraditório que permite o constrangimento probatório necessário e eventual para a liberação de cargas ou diminuição de riscos, superando a alucinação típica de evidência.²¹⁵ Conforme afirma Afrânio Silva Jardim, prova, no processo, é a demonstração que, submetida ao crivo do contraditório, dá a ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor.²¹⁶ Também no mesmo sentido manifesta-se Fauzi Hassan Choukr, para quem o conceito de contraditório é indissociavelmente ligado ao de “prova”. Com efeito, não existem, no processo penal aderente ao Estado de Direito, informações unilaterais que possam servir de arrimo ao convencimento do julgador. Todos os meios empregados devem ser submetidos ao crivo da parte contrária, em “paridade de armas”.²¹⁷

Por essa razão, Geraldo Prado afirma que cabe ao juiz, em conformidade com a regra do art.155 do CPP, controlar a correção dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal concreto não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar. Em vista disso, o controle vertical dos elementos probatórios sobre o processo penal acusatório, que incide sobre as informações aportadas pelas partes, torna-se indispensável não apenas para assegurar a eficácia do contraditório, mas também para garantir que o processo, como entidade epistêmica, esteja eticamente fundamentado.²¹⁸ Importa lembrar que processo, de acordo com Elio Fazzalari, é um procedimento do qual participam aqueles cuja espera jurídica é destinada a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Isto ocorre, segundo Fazzalari, quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato, é contemplada a participação não só, e

²¹³ SILVEIRA et al., 2015, p.40-48.

²¹⁴ MARTINS, 2013, p. 2.

²¹⁵ KHALED JÚNIOR, 2013, p. 428-429.

²¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 297.

²¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários consolidados e críticas jurisprudenciais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.

²¹⁸ PRADO, 2014, p. 44-45.

obviamente, do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.²¹⁹ É por meio do contraditório, sustenta Nereu Giacomolli, que se permite exercitar as escolhas, os controles, as reações e, ao mesmo tempo, ser passível de sofrer influências dos demais. Por isso, afirma o autor que para a existência de processo judicial o contraditório é *conditio sine qua non*.²²⁰

De acordo com Elio Fazzalari, é a referência dialética como *ratio distinguendi* que permite superar anteriores tentativas de definir o “processo” – por exemplo, o conceito de que existe processo onde existia, em ato ou em potência, um conflito de interesses, ou o de que existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato no qual os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos. O conflito de interesses poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatarem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético ilustrados anteriormente. Na ausência de tal estrutura, ainda que haja conflito de interesses, mas ausente o contraditório, não existe processo.²²¹ Portanto, Nereu Giacomolli afirma que o objetivo das partes, no que tange à prova, é demonstrar a veracidade de suas afirmações, rebatendo-as, e, com isso, convencer o julgador de sua razão ou da falta de razão da outra parte ou da insuficiência de elementos para proferir um juízo de condenação.²²² Por essa razão, longe de ser um capricho ou formalidade, é importante fixar o entendimento de que as informações aportadas pelas partes só adquirem o *status* de prova após serem submetidas ao contraditório. Sem essa condição, trata-se apenas de elementos informativos inservíveis para fundamentar uma decisão judicial.

O art. 155 do CPP, pela redação da Lei 11.690/2008, refere que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as quais, ainda que obtidas no seio da investigação, serão admitidas para fundamentar a convicção judicial. Nereu Giacomolli entende que o art.155 do CPP, ao permitir que o magistrado fundamente

²¹⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas/SP: Bookseller, 2006, p. 120.

²²⁰ GIACOMOLLI, Nereu. J. **Prisão, liberdades e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29.

²²¹ FAZZALARI, 2006, p. 120-121.

²²² SILVEIRA et al., 2015, p. 42.

sua decisão, mesmo que subsidiariamente, em atos de investigação, e não em atos de prova, representa uma afirmação da inspiração inquisitorial do processo penal.²²³ Portanto, ainda que o legislador tenha mantido a convicção atrelada à “livre apreciação da prova”, diz Augusto Jobim, consolidando o contraditório como “pedra angular da nova disciplina da prova”, contudo, não sem antes solapá-lo ao permitir que elementos investigatórios permeiem a “livre convicção do juiz”. O problema central, segundo Jobim, é o advérbio “exclusivamente” presente no artigo 155, o qual basta para enterrar qualquer esperança de que os magistrados deixem de condenar baseando-se no superado inquérito policial. Não raro, aponta o autor, dizem que “prova judicializada é corroborada pelos autos do inquérito policial”.²²⁴ No mesmo sentido, Ricardo Gloeckner explica que a circunstância de o inquérito policial acompanhar os autos processuais permite, assim, uma condenação baseada no inquérito, a qual pode ser devidamente “maquiada” pela adoção, na fundamentação, de trechos, recortes ou quaisquer técnicas de bricolagem na decisão. Conquanto a decisão não esteja exclusivamente amparada na investigação preliminar, a livre convicção autoriza que o processo de formação de convencimento esteja apoiado substancialmente naquele dispositivo.²²⁵

Contudo, no Tribunal do Júri, diz Aury Lopes Jr., qualquer esperança de ser julgado a partir da prova judicializada cai por terra, na medida em que não existe a exclusão física dos autos do inquérito, não sendo vedada a utilização dos elementos da fase inquisitorial em plenário. Inclusive, o julgamento pode ser travado, exclusivamente, em torno dos atos do inquérito policial.²²⁶ No mesmo sentido, afirma Lênio Streck que, do ponto de vista das garantias do acusado, a prática de apreciação do processo “de capa a capa” pelas partes em plenário, principalmente na valoração da prova oral, despreza as diferenças de valor probante entre os depoimentos colhidos em sede de inquérito policial e os obtidos em audiência judicial. Mais uma vez o problema não encontra fácil solução, visto que nada veda a menção à prova inquisitorial nos debates. Por essa razão, com relação ao uso da prova colhida fora do contraditório (prova policial), parece razoável sustentar a aplicação, no campo da produção da prova no plenário do Júri, durante os debates, de que, segundo estabelece o art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos

²²³ GIACOMOLLI, 2014b, p. 22-23.

²²⁴ AMARAL, 2014, p. 446.

²²⁵ GLOECKNER, 2018, p. 422.

²²⁶ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1078.

na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.²²⁷ Em vista disso, conforme Aury Lopes Jr., enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório do início ao fim ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corrobora”, entre outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.²²⁸

Em razão disso, Álvaro Antônio Sagulo também sustenta que somente podemos considerar como prova as demonstrações produzidas no curso do processo, com observância da garantia constitucional do contraditório. Na concepção do autor, o juiz não pode proferir uma decisão de pronúncia com base na “prova” exclusivamente produzida na fase da investigação policial. A expressão “prova” vem entre aspas porque, como o inquérito policial é um procedimento administrativo, e não judicial, as demonstrações que contém não podem ser consideradas tecnicamente provas, uma vez que não são submetidas ao crivo do contraditório.²²⁹ O autor ainda sustenta que, se o acusado for pronunciado com base apenas nos elementos informativos do inquérito e restar condenado, o Conselho de Sentença terá proferido uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos.²³⁰ Por essa razão, Nereu Giacomolli afirma que é inadmissível, em um processo penal constitucionalmente comprometido, um julgamento feito com suporte em elementos que não passaram pelo crivo do contraditório, pois não são provas, mormente nos casos em que o veredicto decorre da íntima convicção, sem fundamentação.²³¹ Como bem observa Ricardo Gloeckner, sendo o juiz livre na apreciação da prova, a ausência de limites quanto ao objeto de conhecimento e valoração autoriza a hipótese de firmar sua convicção com base em quaisquer elementos presentes nos autos, inclusive os indiciários presentes na investigação preliminar, justamente os desprovidos de contraditório.²³² Nesse contexto, tudo que não for prova, segundo Nereu Giacomolli, deveria ser retirado dos autos, evitando-se a contaminação dos veredictos.²³³ Vinicius Galvão bem aponta que quem milita no plenário sabe que o jurado não empresta aos fatos o valor de jargões e referências típicas dos profissionais jurídicos. Por isso não apresenta

²²⁷ CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2013, p. 382.

²²⁸ LOPES JÚNIOR, 2016, p. 162-63.

²²⁹ AQUINO, 2004, p.123.

²³⁰ Idem, p.138.

²³¹ GIACOMOLLI, 2014b, p. 91.

²³² GLOECKNER, 2018, p. 414.

²³³ GIACOMOLLI, 2014b. p. 91.

preconceito contra as provas colhidas na fase inquisitorial.²³⁴ Dessa forma, ao jurado, juiz leigo, em regra não interessa se a prova foi submetida ao contraditório, pois tal circunstância não receberá a mesma importância que geralmente juízes togados costumam empregar.

Por essa razão, elogiável a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em que ficou consignado que a convicção do magistrado deve ser extraída de provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, respeitando assim o devido processo legal. Só então estaria superada a presunção de inocência. Observou-se, ainda, que no rito do Júri vige a íntima convicção dos jurados. Entender de outra forma e privilegiar a fase inquisitorial seria conferir maior juridicidade ao procedimento administrativo realizado sem as garantias. E, ao final, a decisão apontou ainda que a estrutura do Júri visa a proteger o cidadão do arbítrio, e não o contrário.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 155 DO CPP. PRONÚNCIA FUNDADA EM ELEMENTOS EXCLUSIVAMENTE EXTRAJUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Força argumentativa das convicções dos magistrados. Provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa. No Estado Democrático de Direito, o mínimo flerte com decisões despóticas não é tolerado e a liberdade do cidadão só pode ser restringida após a superação do princípio da presunção de inocência, medida que se dá por meio de procedimento realizado sob o crivo do devido processo legal. 2. Art. 155 do CPP. Prova produzida extrajudicialmente. Elemento cognitivo destituído do devido processo legal, princípio garantidor das liberdades públicas e limitador do arbítrio estatal. 3. Art. 483, III, do CPP. Sistema da íntima convicção dos jurados. Sob o pálio de se dar máxima efetividade ao referido princípio, não se pode desprezar a prova judicial colhida na fase processual do sumário do Tribunal do Júri. 3.1. O juízo discricionário do Conselho de Sentença, uma das últimas etapas do referido procedimento, não apequena ou desmerece os elementos probatórios produzidos em âmbito processual, muito menos os equipara a prova inquisitorial. 3.2. Assentir com entendimento contrário implica considerar suficiente a existência de prova inquisitorial para submeter o réu ao Tribunal do Júri sem que se precisasse, em última análise, de nenhum elemento de prova a ser produzido judicialmente. Ou seja, significa inverter a ordem de relevância das fases da persecução penal, conferindo maior juridicidade a um procedimento administrativo realizado sem as garantias do devido processo legal em detrimento do processo penal, o qual é regido por princípios democráticos e por garantias fundamentais. 3.3. Opção legislativa. Procedimento escalonado. Diante da possibilidade da perda de um dos bens mais caros ao cidadão – a liberdade –, o Código de Processo Penal submeteu o início dos trabalhos do Tribunal do Júri a uma cognição judicial antecedente. Perfunctória, é verdade, mas munida de estrutura mínima a proteger o cidadão do arbítrio e do uso do aparelho repressor do Estado para satisfação da sanha popular por vingança cega, desproporcional e injusta. 4. Impossibilidade de se admitir a pronúncia de acusado com base em indícios derivados do inquérito policial. Precedentes. 5. Agravo regimental improvido.²³⁵

²³⁴ GALVÃO, Vinicius Alcântara. **O júri e sua retórica**: a lógica do discurso. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.36.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp n.º 1.740.921**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 06 nov. 2018.

Definitivamente a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça deveria ser a regra, mas infelizmente não é. Reiteradamente os juízos de primeiro grau, bem como os tribunais de todas as instâncias, admitem pronúncias com base na prova inquisitorial. Por essa razão é que se insiste na condição de se admitir pronúncia, exclusivamente, com base em prova submetida ao contraditório. Por óbvio que, de acordo com a sistemática atual, sempre haverá, conjuntamente com alguma prova submetida ao crivo do contraditório, outros elementos de caráter inquisitorial, mas isso só se resolveria com o envelopamento dos autos do inquérito, eis que, como já referido, sua função é apenas proporcionar à acusação o oferecimento da denúncia e o controle pelo judiciário da aferição dos requisitos presentes no art. 395 do CPP, para recebimento da denúncia. Por essa razão, como já sustentado, Aury Lopes Jr. defende a adoção do sistema da exclusão física do inquérito policial, buscando justamente evitar a contaminação do julgador pelos atos (de investigação) praticados na fase inquisitória do inquérito policial.²³⁶

No entanto, como referido, o art.155 do CPP ressalva as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas, autorizando, assim, o juiz a utilizá-las, exclusivamente, isto é, sem a necessidade de corroboração com qualquer outra prova, para proferir sua decisão judicial. Nesse caso, afirma a doutrina que o contraditório é realizado posteriormente; por isso a nomenclatura, contraditório posterior ou diferido.

Diante do exposto, é preciso traçar algumas diretrizes sobre essa curiosa modalidade de contraditório. Alexandre Morais da Rosa afirma que o trajeto de aquisição válida da informação/prova capaz de ser considerado para fins de decisão judicial demanda a passagem necessária pelo contraditório diferido nos casos de perícias e documentos, com a exigência democrática de que a prova oral seja produzida em face do contraditório e da imediação jurisdicional.²³⁷ Assim, estariam, por exemplo, as perícias e os documentos sujeitos a um contraditório realizado no futuro? Entendemos que não necessariamente. Contraditório diferido ou postergado é medida excepcional. Se impossível afastar por completo, deve ser restringido às hipóteses excepcionalíssimas. Portanto, desde que não frustrate o objeto pretendido, deve-se sempre admitir a aplicação do contraditório. Basta que o acusado seja intimado para acompanhar a realização da prova, por meio de defensor particular ou público. Nesse sentido, Nereu Giacomolli sustenta que o contraditório há de ser garantido também nos

²³⁶ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1077.

²³⁷ ROSA, 2017, p.717.

provimentos cautelares, antes da decisão judicial, mesmo que provisória, salvo nas situações em que a sua possibilidade tornaria inócua a medida. Especificamente no que tange às medidas cautelares pessoais, refere o autor que o § 3.º, do art. 282 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, exige, expressamente, a oportunização do contraditório prévio, ressalvadas as situações urgentes e de ineficácia da medida, ou seja, quando o contraditório prévio impediria a efetividade da medida.²³⁸ Desse modo, apenas de forma extremamente excepcional, quando puder comprometer a realização da prova, terá vez a figura do contraditório diferido, mesmo porque é preciso concordar que contraditório diferido não é a mesma coisa que contraditório real. É outra coisa. Não podemos equiparar ambas as situações, a de acompanhar instantaneamente a realização da prova e a tomada de ciência posteriormente quando a “prova” já foi realizada. O contraditório diferido prejudica visivelmente o acusado para fins de impugnação, ou mesmo para tentar impedir que as evidências se tornem provas. Aplicando a máxima de Heráclito, “ninguém se banha duas vezes na mesma água do mesmo rio”. Por essa razão, o contraditório posterior ou diferido, diz Nereu Giacomolli, não é um contraditório pleno e, não o sendo, excepciona o *due process of law*. De acordo com o autor, entre a produção da prova e sua substanciação – por exemplo, transcrição dos dados da interceptação telefônica e sua inserção processual –, há um longo caminho em que não é possibilitado o exercício do contraditório.²³⁹ Dessa maneira, não estando a defesa devidamente representada no momento da realização da prova penal, o prejuízo diante dessa omissão é evidente, visto que estar presente no momento da realização da prova e tomar ciência depois que a prova já está formada são coisas bastante distintas. Isso sem contar que o magistrado terá tempo suficiente para sofrer os efeitos da dissonância cognitiva, o que significa afirmar que, muito provavelmente, quando a defesa tiver a oportunidade de contraditar a prova, talvez seja tarde demais em virtude de o julgador já ter formado sua convicção. Por essas razões, contraditório diferido deve ser restringido, e, tão logo formada a prova, deve ser oportunizada, imediatamente, a ciência da parte contrária.

Compreendido que o contraditório diferido deve ter espaço reduzido, o *hearsay testimony* – o testemunho de “ouvi dizer” – no processo penal deve ser abandonado por completo. Manuel Costa Andrade afirma que a razão nuclear e decisiva para impedir a admissão desse tipo de prova reside no imperativo de assegurar às partes a possibilidade de contraditar os depoimentos das testemunhas apresentadas pela outra parte e, sobretudo, tentar

²³⁸ GIACOMOLLI, 2014a, p. 151-152.

²³⁹ GIACOMOLLI, 2014b, p. 22.

infirmar a sua credibilidade, submetendo-as à *cross-examination*.²⁴⁰ Fernanda Regina Vilares defende que a proibição dessa espécie de prova tem por escopo garantir a presença das testemunhas em audiência para realização de perguntas por todas as partes. Logo, se qualquer uma das partes desejar realizar uma prova do que uma pessoa viu, ouviu ou percebeu de outra maneira, deve levar essa pessoa para ser usada como fonte de prova, eis que a admissão do testemunho de “ouvi dizer” implica na clara violação ao direito do contraditório, justamente por não ter a possibilidade de indagar o depoente.²⁴¹ James Goldschmidt traz uma experiência bastante interessante em relação às testemunhas de “ouvir dizer”. De acordo com o autor, um experimento praticado em um seminário criminalista de Berlin teve um resultado deprimente. O estudante A leu em voz alta um pequeno conto ao estudante B, que depois, de memória, redigiu-o por escrito e leu, por sua vez, ao estudante C, que procedeu da mesma maneira. O conto, diz o autor, na forma como constou na redação do último participante, não concordou quase em nenhum ponto essencial com a primeira redação. Portanto, se considerarmos que os participantes eram pessoas instruídas e imparciais, as quais, desde o começo, foram chamadas à atenção para o experimento, poder-se-á apreciar o valor que corresponde aos depoimentos de testemunhas de “ouvi dizer” nos casos em que não há, nem em suas próprias pessoas, nem em seus informantes, semelhantes condições favoráveis.²⁴²

Na realidade, a prova testemunhal, a espécie de prova mais utilizada nos processos, exige cautela. Segundo Franco Cordero, as palavras de uma testemunha não constituem prova quando parecem ser inverossímeis, contraditórias ou vagas.²⁴³ Por essa razão, mesmo que o depoimento de uma testemunha, por exemplo, tenha sido submetido ao crivo do contraditório, por si só não é suficiente, precisa-se mais. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli defende que o método acusatório, baseado no contraditório entre provas *per modus ponens* e refutações *per modus tollens*, é uma condição necessária, ainda que insuficiente, do modelo cognitivo.²⁴⁴ Dito de outra forma, é preciso que um testemunho seja confrontado com as demais provas dos autos, por meio do contraditório, para que seja avaliada a credibilidade da testemunha, justamente para verificar se a sua versão se mantém incólume ante os “ataques” que receber. Nesse ponto, importante referir a questão trazida por Márcio Schlee Gomes a respeito da

²⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 161.

²⁴¹ VILARES, Fernanda Regina (coord); FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIRA, José Raul Gavião de et al. **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 372.

²⁴² GOLDSCHMIDT, 2018, p. 94-95.

²⁴³ CORDERO, 2000, p. 8.

²⁴⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 343.

credibilidade dos interrogatórios e depoimentos. Diz o autor que geralmente o álibi rico em detalhes, em excesso de recordações – algo incomum e que gera natural desconfiança, parecendo um plano previamente arquitetado –, em nervosismo ou com falta de memória para momentos relevantes dos fatos pode aparecer tanto na conduta de um réu preocupado e supostamente inocente, que não consegue se expressar com normalidade, quanto na daquele que, de modo frio, tenta agir como um “esgrimista”, ocultando suas verdadeiras intenções.²⁴⁵ Como bem alerta Carnelluti, embora os juristas classifiquem a testemunha conjuntamente com os documentos, na categoria das provas documento é coisa, testemunha é pessoa. Um homem com seu corpo e sua alma, com seus interesses e com suas tentações, com suas recordações e com seus ouvidos, com sua ignorância e sua cultura, com sua valentia e seu medo. Um homem que o processo coloca numa posição incômoda e perigosa, submetido a uma espécie de requisição por utilidade pública, separado do seu negócio e de sua paz, utilizado, exprimido, inquirido.²⁴⁶ Não raras vezes, observam os delegados de polícia Daniel Barcelos e Luciano Vidal, são inquiridas cinco testemunhas visuais de um mesmo sujeito, as quais o descrevem de forma distinta, variando consideravelmente sobre altura, cor e outras características físicas.²⁴⁷ Por essa razão, Carnelutti afirma que todos sabem que a prova testemunhal é a mais enganosa de todas as provas. A lei a rodeia de muitas formalidades, que desejavam prevenir perigos, e a ciência jurídica chega ao ponto de considerá-la um mal necessário.²⁴⁸ Por esse motivo, é preciso cautela e, necessariamente, o confronto do depoimento com as demais provas juntadas ao processo. Nesse sentido, Alberto Vicente Ruço, ao discorrer sobre a credibilidade da prova testemunhal, diz que se deve atentar ao grau de confiança que seu depoimento gera na mente do juiz, no sentido desse se convencer que as declarações da testemunha correspondem subjetiva e objetivamente à realidade. Subjetivamente, deve-se sempre questionar se a testemunha não tem interesse na causa, se tem relações de amizade com as partes, se tem sofrido ameaças ou se tem receio de que possa sofrer algum mal. Objetivamente, o depoimento deve ser confrontado com as regras de experiência, capacidade ou incapacidade aparentemente demonstrada para compreender o fato que narra, quer no aspecto intelectual, quer meramente no de seu posicionamento espacial em

²⁴⁵ GOMES, 2016, p.44.

²⁴⁶ CARNELUTTI, 2009, p. 66.

²⁴⁷ BARCELOS; VIDAL, 2017, p. 33.

²⁴⁸ CARNELUTTI, 2009, p. 68.

relação ao local onde os fatos ocorreram. De qualquer forma, deve-se sempre confrontar o testemunho com outros elementos de prova para averiguar seu grau de corroboração.²⁴⁹

Ao tratarmos sobre a credibilidade da prova testemunhal, melhor aferível quando há submissão ao contraditório, é preciso outorgar especial atenção também aos casos das falsas memórias. De acordo com Cristina di Gesu, apoiada nas pesquisas realizadas por Elizabeth Loftus, as distorções da memória apresentam resultados impressionantes e até mesmo assustadores. Diz Cristina que a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos²⁵⁰, assim como também pode haver modificação de fatos realmente vivenciados. Segundo a autora, a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que vivemos. As falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. O problema, diz Cristina, é desvelar o que realmente aconteceu, situação que na maioria das vezes não é tão simples, pois ou o fato não deixa vestígios, ou foi apagado pelo tempo ou, na pior das hipóteses, a prova foi mal produzida. O importante a atentar, diz a autora, é que as falsas memórias não se confundem com mentira, pois nesse caso o sujeito sabe que o evento não é verdadeiro.²⁵¹ Portanto, fica bastante claro, mais uma vez, que apenas o efetivo exercício do contraditório é que poderá relevar pontos e contradições que podem fulminar a credibilidade da prova quando o depoente estiver sob a influência de falsas memórias.

Outro meio de prova que, por dificultar a aplicação do contraditório, compromete a sua credibilidade é a figura do testemunho envelopado, hipóteses em que o relato da testemunha tem publicidade, mas os dados da testemunha são sigilosos, inclusive para o

²⁴⁹ RUÇO, 2017, p. 52.

²⁵⁰ Cita a autora a obra de Loftus (As falsas lembranças, in: Viver, mente e cérebro, p.90), que em seu texto relata dois casos estaremcedores acerca da vulnerabilidade da lembrança. O primeiro ocorreu em 1986: “*Nadean Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou uma psiquiatria porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha. Durante o tratamento, o terapeuta utilizou hipnose e outras técnicas de sugestão. Depois de algumas sessões Nadean se convenceu que tinha sido usada na infância por uma seita satânica, que a violentara, a obrigar a manter relações sexuais com animais e a forçara a assistir um assassinato de um amigo de oito anos. Quando, enfim, compreendeu que lhe estavam lhe inculcando falsas lembranças, Nadean processou o psiquiatria. Posteriormente, tudo se resolveu com o pagamento de uma indenização.*” O segundo caso: “*Um confessor auxiliou Beth Rutherford, então com vinte e dois anos, a se lembrar que entre os sete e os quatorze anos, ela havia sido violentada com regularidade pelo pai, um pastor. Encorajada pelo confessor, ela lembrou ainda que tinha ficado grávida duas vezes, e em uma ocasião, havia abortado sozinha com auxílio de um cabide. O pai teve que abandonar o ministério, mas exames médicos revelaram que a jovem ainda era virgem e nunca havia engravidado.*” As distorções da realidade, diz a autora, em ambos os casos, somente puderam ser desveladas porque existiam fatos reais contradizendo-as.

²⁵¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.133-34.

advogado do acusado. De acordo com os delegados de polícia Adriano Costa e Laudelina Inácio, como o Estado não consegue dispor de proteção eficaz às testemunhas ameaçadas, a Polícia e o Poder Judiciário tiveram que dar o famigerado “jeitinho brasileiro” para não deixar seus colaboradores desamparados, criando, então, o instituto jurídico da “testemunha envelopada”. Entendem os delegados que tal modalidade de testemunho não viola a ampla defesa do suspeito, eis que o defensor tem acesso imediato ao depoimento prestado pelo “depoente envelopado”, não tendo apenas irrestrito acesso aos dados de qualificação respectivos.²⁵² Ora, respeita-se a opinião dos autores, mas é ingenuidade pensar que tal modalidade de depoimento não prejudica o exercício da ampla defesa e do contraditório. Na prática, o acusado será retirado da sala de audiências, e o defensor não terá subsídios para questionar de forma efetiva, por exemplo, como, quando, onde e a forma com que aquela testemunha tomou conhecimento dos fatos, pois quem poderia identificar a testemunha e trazer alguma justificante não estará ali para auxiliar. Logo, entendemos inconstitucional tal modalidade de depoimento envelopado, ainda que os tribunais a tenham admitido em algumas situações.

Segundo Ricardo Gloeckner, o fato de a doutrina processual penal tratar o contraditório como um “princípio” contribui decisivamente para que as suas funções declaradas se esgotem num universo retórico e simbólico. O contraditório não é princípio, diz o autor, mas “técnica de coleta probatória”. Portanto, a oralidade consiste em seu núcleo fundamental.²⁵³

Dessa forma, o que precisa ficar evidenciado é a imprescindibilidade de que o meio de prova, que servirá como fundamento para a pronúncia, tenha sido, necessariamente, submetido ao crivo do contraditório, em obediência ao inciso LV, art. 5.º da Constituição Federal. Não se podem mais admitir pronúncias baseadas em provas colhidas sob a égide da inquirição policial. A prova preliminar deve servir apenas para desencadear a ação penal. Inaugurada para manter em curso a navegação, faz-se necessário prova sólida, firme, robusta e a oportunização ao contraditório em tempo real à produção da prova, sob pena de ser a prova considerada imprestável para fins de submeter o acusado a julgamento perante Tribunal Popular. A bem da verdade, o art. 413 do CPP teria melhor redação se exigisse que o juiz, fundamentadamente, pronunciasse o acusado, mediante prova produzida em contraditório

²⁵² COSTA, Adriano Sousa; DA SILVA, Laudelina Inácio. **Prática policial sistematizada**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 20.

²⁵³ GLOECKNER, 2018, p. 423.

judicial, quando convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Seguramente, seria um grande avanço se o projeto de Lei 156/2009 (hoje Projeto n.º 8.045 da Câmara dos Deputados) contemplasse tal redação. No entanto, é importante dizer que tal modificação, por si só, embora necessária, ainda não seria suficiente. Seria preciso mais. Necessita-se que a prova, após submetida ao contraditório, seja analisada em termos de coerência, verossimilhança e robustez e que seja cotejada com as demais provas nos autos para, justamente, verificar o seu grau de corroboração e para que, então, após o exame acurado, e transpondo a barreira da presunção de inocência, ela possa, legitimamente, confortar a decisão de pronúncia.

2.5 ESTABELECIMENTO DE UM *STANDARD* PROBATÓRIO

A ideia de buscar nos *standards* de prova uma forma de valoração probatória baseada em critérios mais objetivos, ou pelo menos determináveis, tem como intuito suprir a eventual deficiência do sistema do livre convencimento motivado. Não raras vezes, sob o mesmo processo e diante das mesmas provas juízes têm decisões totalmente divergentes. Desse modo, acreditamos que, submetendo o meio de prova à aplicação de alguns *standards*, inevitavelmente haverá mais chance de as decisões não serem tão conflitantes. Por óbvio, não se eliminará por completo a possibilidade de, ainda assim, haver valoração distinta pelo julgador diante das provas presentes nos autos, mas acredita-se que, adotando os *standards*, a discrepância diminuirá, atingindo assim uma maior segurança jurídica. Reconhecemos que compreender, como diz Rubens Casara, é um existencial da própria condição humana. Portanto, não basta pensar na valoração da prova. Antes de tudo, é imprescindível voltar a atenção para o ser que possibilita essa valoração. Sem pensar no julgador inserido em uma tradição, e no qual o inconsciente se manifesta nas discontinuidades (na fratura do sujeito), é impossível entender o que levou à formação de seu convencimento: o julgado está condicionado pelo julgador, igualmente condicionado pela tradição e pelo inconsciente. Dessa forma, ao acreditar na liberdade de formar seu convencimento a partir (e exclusivamente) das provas que constam dos autos, ou melhor, ao crer na possibilidade de escolhas racionais sem influência de fatores estranhos ao seu controle consciente, o julgador, em atitude solipsista, nega o saber inconsciente, o qual revela um saber que em grande parte ao eu da consciência.

Não existe, diz o autor, decisão controlada exclusivamente pela razão.²⁵⁴ Por isso, acreditamos que a utilização dos *standards* pode ajudar a manter mais coesão e coerência, tornando os critérios de valoração da prova mais objetivos dentro do universo de aleatoriedade em que eventualmente podem desaguar as decisões humanas. Dessa forma, e também por não ser possível conceitualmente vincular a prova de uma proposição à sua veracidade, Jordi Beltran entende que o melhor caminho seria trabalhar com *standards*. A existência de *standards* de prova, diz o autor, pressupõe o caráter gradual da corroboração de uma proposição. Portanto, a questão que se apresenta é determinar que nível de corroboração será considerado suficiente para que se aceite a proposição como provada.²⁵⁵ Nesse mesmo sentido, observou Deltan Dallagnol que nenhum conjunto probatório ou prova conduz a uma certeza absoluta, isto é, a uma probabilidade de 100% de culpa. Ainda que o julgador acredite, pelo prisma subjetivo, em probabilidade subjetiva, em nível de confiança, em 100% de chance, ele estará desconsiderando hipóteses menos plausíveis, pois sempre existe a possibilidade de as coisas terem se sucedido de forma diversa.²⁵⁶

Leonard Mlodinow afirma que os romanos aplicaram o pensamento matemático à teoria jurídica. Primeiramente, é preciso entender o contexto dessa afirmação. Considerando que a lei romana da Idade das Trevas baseava-se nas práticas das tribos germânicas, pode-se apreciar, por exemplo, as regras do testemunho. Se a defesa dissesse que a carruagem não havia tentado frear em momento algum, mas a testemunha alegasse que as marcas dos cascos mostravam que os freios tinham sido aplicados, a doutrina germânica oferecia uma prescrição muito simples: “Escolha-se um homem de cada grupo para resolver a questão com escudos e lanças”. Desse modo, ao substituírem, ou ao menos tornarem suplementar, a prática do julgamento pela batalha, os romanos buscaram na precisão da matemática uma cura para as deficiências do sistema,²⁵⁷ ainda que, provavelmente, atribuíssem o resultado à vontade divina. De qualquer forma, era a matemática que resolvia o conflito.

Todavia, a utilização simplesmente da matemática não mais nos socorre. Atrelar as condições de verificação a números não nos ajuda a resolver a questão, pelo contrário, complica. Por exemplo, é impossível dizer que um depoimento tem 50 ou 75% de probabilidade de ser verdadeiro ou falso. Como aferir isso? Perceba o alerta de Deltan

²⁵⁴ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182-83.

²⁵⁵ BELTRÁN, 2017, p. 73.

²⁵⁶ DALLAGNOL, 2015, p. 253.

²⁵⁷ MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado**: como o acaso determina nossas vidas. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 41.

Dallagnol: se considerarmos que os juízes criminais condenam um réu apenas quando existe uma probabilidade objetiva de culpa²⁵⁸ de 99,9%, significa dizer que, a cada mil condenações, um inocente será condenado. Desse modo, diz o autor, mesmo o mais exigente dos juízes não estará livre de condenar um inocente em uma série muito grande de casos em razão da ausência de segurança absoluta conferida pela prova.²⁵⁹

Nesse contexto, não é possível trabalhar com números dessa forma. Explica Michele Taruffo que, na abordagem usual ao problema de como o julgador deve determinar o valor probatório dos meios de prova, faz-se com frequência uma referência vaga e geral ao senso comum, à experiência comum, à razoabilidade ou à racionalidade, sem que se definam critérios mais específicos ou precisos. Isso não é muito, já que a discricionariedade do juiz não se limita e tampouco se controla por tais referências indeterminadas, restando aberta a via para percepções subjetivas e pessoais.²⁶⁰ Essa questão também preocupa Rui Cunha Martins, eis que para o autor a prova é indissociável de um assentimento que apresente graus. Ele coloca então o seguinte problema: em que condições e segundo que critérios um juízo ou uma teoria devem ser declarados suficientemente justificados de modo a suscitarem convicção?²⁶¹

No Brasil, José Paulo Baltazar Jr. afirma que na maioria dos países de tradição romano-germânica não há um *standard* probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara, valendo-se os juízes de critérios flexíveis de prova, com largo espaço para a discricionariedade judicial.²⁶² O estabelecimento de *standards*, diz Lênio Streck, busca evitar o poder discricionário dos juízes, que nada mais é do que acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais. Por vezes, em artigos ou livros, juízes deixam “claro” que estão julgando “de acordo com sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”.²⁶³ Nesse sentido, na opinião de Ricardo Jacobsen Gloeckner, o estabelecimento de *standards* tem como objetivo afastar o problema que a liberdade das provas e a livre convicção geram na formação da decisão judicial. Uma vez que autoriza a conclusão de que todas as provas são relativas. Ora, se o “peso” de cada prova é subjetivamente calculado pelo juiz, permite-se que a palavra da vítima ou o interrogatório do acusado tenha um “peso” maior que o da própria perícia. Eis

²⁵⁸ O autor explica que o termo “culpa” deve indicar a ocorrência de materialidade, autoria, dolo, inexistência de causas que excluam conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou mesmo punibilidade.

²⁵⁹ DALLAGNOL, 2015, p. 253.

²⁶⁰ TARUFFO, Michelle. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.135.

²⁶¹ MARTINS, 2013, p. 6.

²⁶² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (coord.); KNIJNIK, Danilo; Artur Thompsen Carpes et al. **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.155.

²⁶³ STRECK, 2017b, p. 20.

uma clara demonstração de alto decisionismo: autorizar que o juiz opte por uma hipótese e a ela adira, podendo, como já dito, decidir contra a maioria das provas coletadas, já que todas as provas têm valor “relativo” e sua convicção pode ser formada “livremente”, sem qualquer espécie de controle epistêmico. Em suma, nenhum padrão lhe é imposto, nenhuma regra o vincula, não lhe é dito, antecipadamente, qual o valor de cada prova, mas se exige que fundamente a sua decisão nos elementos contidos nos autos. De fato, diz o autor, a atuação “livre” do juiz está garantida pelo objetivo ou pela finalidade do processo penal: a descoberta da verdade real.²⁶⁴

Para superarmos esse problema, Deltan Dallagnol sugere a introdução do *standard* anglo-americano como uma alternativa aos conceitos inadequados de verdade e certeza, na indicação de um nível de convicção suficiente para uma condenação criminal. Não há como raciocinar sobre prova sem recorrer à experiência, diz o autor. É justamente a experiência que fundamenta todo o raciocínio probatório, que é indutivo.²⁶⁵

Dessa forma, de acordo com José Paulo Baltazar Jr., visto que o juiz tem a obrigação de fundamentar, mas não há padrões, modelos ou regras claras sobre como isso deve ser feito – papel cumprido pelos *standards of proof* nos países da *common law* –, a adoção de critérios que definam o grau ou nível de prova exigido em um caso específico – por exemplo, os *standards*, “além de dúvida razoável” e “por preponderância da prova” – é uma alternativa.²⁶⁶

Douglas Walton, ao explicar como os norte-americanos trabalham com os *standards* probatórios, diz que a satisfação da persuasão em diferentes níveis ocorre a depender da natureza da disputa em questão. O *standard* mais fraco, diz o autor, chama-se *scintilla of evidence*, o qual é seguido por um *standard* um pouco maior, chamado *preponderance of evidence*. Posteriormente a esse, tem-se um *standard* ainda mais robusto, conhecido como *clear and convincing evidence*. Por último, em um patamar de maior probabilidade, o *beyond a reasonable doubt*, conhecido, entre nós, como a prova “além de dúvida razoável”. O autor explica que, em um processo criminal, a parte que tem o encargo do ônus da prova deve provar o que alega com uma prova que satisfaça as alegações *beyond a reasonable doubt*, isto é, “além de dúvida razoável”. O autor deixa claro que geralmente em questões envolvendo direito civil o julgador se dá por satisfeito e forma sua convicção com o *standard preponderance of evidence*, mas, excepcionalmente, ainda há casos envolvendo o direito civil

²⁶⁴ GLOECKNER, 2018, p. 411-13.

²⁶⁵ DALLAGNOL, 2015, p. 271.

²⁶⁶ BALTAZAR JÚNIOR; KNIJNIK, 2007, p. 155.

em que pode ser exigido o *standard clear and convincing evidence*, a depender do interesse em disputa. O autor afirma ainda que o *standard preponderance of evidence* significa que o argumento oferecido é mais convincente do que o oferecido em oposição. Por último, cita que o *standard probable cause* é um *standard* de probabilidade com utilidade específica para deferimento de mandados de busca e apreensão ou para instauração do grande Júri.²⁶⁷ Seria algo similar ao nosso *judicium accusationis*, a fase antecedente ao Tribunal do Júri, propriamente dito, mas que, nos Estados Unidos, já ocorre perante um Júri, mais amplo, que analisa a possibilidade de submeter o acusado a um segundo Júri, com menos integrantes.

No mesmo sentido, Deltan Dallagnol também refere que os diferentes *standards* de prova são estipulados em graus de convicção. No entanto, diferentemente do autor anterior, sugere que essa valoração possa ser feita, inclusive, em processo penal para condenar o acusado. Para tanto, explica Dallagnol que quanto mais elevado o *standard* estabelecido pelo julgador para condenar, menos inocentes seriam condenados, mas mais culpados seriam inocentados. De outra parte, quando menos elevado o *standard* estabelecido, mais inocentes seriam condenados, mas menos culpados seriam inocentados. Por essa razão, o autor sugere uma modulação do *standard* de prova conforme os dois valores em jogo em dada situação, respeitando, é claro, um limiar mínimo.²⁶⁸ Dessa forma, para Dallagnol, tomando em consideração o valor liberdade, quanto maior a gravidade da sanção a ser aplicada, maior deveria ser o *standard*, e quanto menor a sanção a ser aplicada, menor o *standard*, embora ainda elevado.²⁶⁹ Com todo o respeito à opinião do autor, não faz o menor sentido exigir prova em maior qualidade para condenar um réu por homicídio qualificado e exigir prova em menor qualidade para condenar um réu por homicídio simples, eis que, levando em consideração o valor liberdade, é isso que ocorreria. Aliás, como já afirmado, o *standard* de prova utilizado em processos criminais nos Estados Unidos para condenar é o de prova “além

²⁶⁷ WALTON Douglas. **Burden of proof: presumption and argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 57.

²⁶⁸ Lamentavelmente, o autor parece desconhecer a realidade brasileira em que diariamente centenas de acusados são condenados com base no inquérito policial, engrossando assim a massa carcerária. Observa-se, diante da argumentação do autor, que o problema é a quantidade de culpados absolvidos em virtude do nível do *standard* exigido para condenação. Ora, isso se dá em razão da presunção de inocência. E a bem da verdade, não são tantos assim, pois a presunção de inocência já foi enfraquecida e mitigada pelos tribunais superiores, oportunizando, assim, diuturnamente, condenações com base em provas inquisitoriais, acompanhadas, na maioria das vezes, por alguma outra prova obtida durante a instrução criminal. Portanto, adotar a sugestão do autor equivaleria, praticamente, a condenar os acusados, cerceando a oportunidade de se defender no processo, pois modular o *standard*, por óbvio, por baixo, e essa é a intenção do autor, corresponderia, praticamente, a promover uma inversão do ônus da prova, e seguramente qualquer indício já seria suficiente para ensejar a condenação, como, de fato, já ocorre rotineiramente.

²⁶⁹ DALLAGNOL, 2015, p. 255-57.

de dúvida razoável”, e não qualquer outro; e ainda assim os norte-americanos já são líderes em encarceramento. Pelo visto, adotando essa modulação que o autor sugere, o resultado não seria outro senão o de ultrapassarmos os norte-americanos nesse quesito.

Jordi Ferrer Beltrán também disserta sobre a modulação de um *standard* mais ou menos exigente a depender da jurisdição ou do tipo de processo. Mas para o autor, ainda nesse caso, fica evidente que essa situação não parece se encaixar bem com a relação conceitual entre prova e verdade, ou seja, se a verdade é condição necessária para que uma proposição esteja provada, então a prova não admite graduação.²⁷⁰ Portanto, acreditamos que não é indicada a modulação do *standard* de prova a depender do bem jurídico ou do *quantum* de pena em questão. A preocupação de Deltan Dallagnol, por óbvio, é facilitar a condenação de acusados quando a formação da prova é difícil. Ora, é claro que adotar tal diretriz, inevitavelmente, resultará na punição de inocentes, eis que surgirão condenados com poucas provas. É preciso ficar claro que em nenhum sistema legal se conseguirá condenar todos os culpados ou absolver todos os inocentes. Na medida que falta é constitutiva, diz Augusto Jobim, nunca se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes. Portanto, importa indagar se, democraticamente, é preferível termos algum número de culpados absolvidos, com baixíssimo risco de inocentes condenados, ou, pendente ao autoritarismo, aceitarmos todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.²⁷¹ Pensamos, em razão disso, que o *standard* deve ser o mais alto possível, mesmo porque, de acordo com o delegado federal Élzio Vicente da Silva, o exercício do *surveillance*, isto é, a observação “por cima”, de um “ponto superior”, expressão específica de inteligência policial, proporciona cada vez mais o emprego de recursos tecnológicos que demonstram que o acompanhamento eletrônico permite, por exemplo, utilização de dados celulares, com transmissão desses dados em tempo real para o investigador, interceptações das comunicações, uso de satélites, uso de helicópteros com recursos de imageamento aéreo, uso de aeronaves não tripuladas (*drones*), uso de circuitos fechados de imagens, dentre outros, que só encontram limites nos recursos financeiros do Estado e nas regras impostas pelo Estado Democrático de Direito.²⁷² Esses recursos tecnológicos são mais que suficientes para obter a prova que a acusação pretende utilizar na busca por demonstrar a responsabilização criminal do investigado. Não se pode negar que a crescente prática desses meios ocultos de

²⁷⁰ BELTRÁN, 2017, p.73-74.

²⁷¹ AMARAL, 2014, p. 411.

²⁷² SILVA, Élzio Vicente da. **Operações de polícia judiciária: e ruptura de planos de ataque terrorista**. Barueri, SP: Novo Século, 2017, p. 174.

investigação, incluídos os agentes infiltrados, o sistema de posicionamento global, ou *Global Positioning System* (GPS), a possibilidade de localizações dos indivíduos por meio da triangulação dos sinais das antenas rádio base, entre tantas outras formas de última geração de investigação, constitui medida mais que suficiente para angariar as provas que a acusação necessita. Não precisamos modular o *standard* de prova, contentando-se com menos qualidade da prova, para promover a condenação dos acusados a depender do crime que estiverem a responder. A consequência disso, diz Geraldo Prado, seria transformar o processo penal em mera formalidade e incapacitá-lo para refutar a “verdade”, evidenciada, por exemplo, pelos métodos ocultos de investigação.²⁷³ Todavia, a jurisprudência demonstra que essa modulação já ocorre na prática, e nesse caso o *standard* não é determinado de acordo com o valor em apreço, mas sim diante da dificuldade probatória. Decisões como “a palavra da ofendida assume especial relevo probatório, sobressaindo sobre a do incriminado, porque se trata de delito praticado, no mais das vezes, na clandestinidade, indemonstrada qualquer razão para falsa inculpação”²⁷⁴ dificultam, consideravelmente, a ampla defesa nos crimes sexuais, pois nesse caso o *standard* estabelecido é tão baixo que praticamente inverte o ônus da prova ao criar para o defensor a difícil tarefa de demonstrar a inocência do acusado; prova, muitas vezes, diabólica.

É importante ressaltar que não se pretende utilizar todos os *standards* norte-americanos e aplicá-los diretamente ao nosso sistema legal. Por certo, isso causaria mais confusão do que resolveria os problemas existentes na valoração da prova. No entanto, alguns deles, de compreensão mais simples, como o *standard* da prova “além de dúvida razoável” ou a “teoria da probabilidade lógica” ou “indutiva”, seriam instrumentos a acrescentar, aptos a valorar os meios de provas existentes no processo. A intenção, na realidade, é afastar, tanto quanto possível, a discricionariedade existente na valoração da prova penal, diminuindo, assim, o máximo possível a subjetividade que inevitavelmente gravita em torno das decisões judiciais, em especial da decisão de pronúncia, tornando-as mais objetivas.

Por certo, não se pretende a exaustão da matéria, mas apenas demonstrar que os *standards* de prova podem, e devem, ser utilizados tanto na fase da pronúncia quanto em qualquer outro momento em que o juiz precise proferir decisões judiciais. Dessa forma, considerando que o presente trabalho se restringe à decisão de pronúncia, ficaremos restritos a

²⁷³ PRADO, 2014, p.74.

²⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70075506055**. Órgão Julgador: Oitava Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Julgado em 31 out. 2018.

ela e a seus reflexos ante as exigências do art. 413 do CPP. Assim, abordaremos apenas aqueles que podem vir a contribuir com a função garantidora da pronúncia.

2.5.1 Prova “além de dúvida razoável”

A dúvida, diz Nereu Giacomolli, está na raiz da certeza (*dubium, duo*) e situa-se entre dois raciocínios. O decisor se encontra numa encruzilhada e a dúvida não é integralmente eliminada.²⁷⁵ Portanto, é preciso questionar que tipo de dúvida se está a tratar? A imaginação humana é fértil e, no campo da possibilidade, nem todas as dúvidas são possíveis. Dessa forma, se há hipóteses menos prováveis que podem ser reais, diz Dallagnol, ainda que altamente improváveis, sempre haverá espaço para dúvida, ainda que seja uma dúvida que retrata a mera possibilidade de outra hipótese altamente improvável ser verdadeira.²⁷⁶ Importante, então, questionar se da prova juntada aos autos surge uma dúvida possível acerca da responsabilidade criminal do réu ou uma dúvida provável. Como já referido, o objetivo do enfrentamento dessa questão é que a prova presente no processo e que se pretende utilizar para formar convicção e fundamentar a decisão de pronúncia seja forte, robusta, para além de qualquer dúvida crível. Por essa razão, importa compreender o *standard* de prova “além de dúvida razoável” ou *beyond any reasonable doubt*.

José Paulo Baltazar Jr. afirma que o princípio da presunção de inocência é atribuído, nos países da *civil law*, ao papel desempenhado pelo *standard* da prova “além de dúvida razoável” nos países da *common law*. Diz também que esse *standard* é aplicado em casos criminais desde o século XVIII.²⁷⁷ Dessa forma, por não ser a verdade em sua totalidade alcançável, Deltan Dallagnol entende que a condenação do réu depende de elevada probabilidade da hipótese que afirma sua culpa. Portanto, o *standard* probatório que melhor exprime essa ideia é o da prova “além de uma dúvida razoável”. Cita ainda o autor casos em que a Suprema Corte Norte-americana atribuiu o conceito de dúvida razoável como:

[...] sendo menos do que uma “dúvida real substancial”, mas mais do que uma mera possível dúvida. É uma dúvida justa, honesta, gerada da evidência ou da falta da evidência; ou gerada de quaisquer inferências razoáveis ou legítimas extraídas da evidência ou da falta da evidência. Ela não é meramente uma dúvida imaginável ou fantasiosa.²⁷⁸

²⁷⁵ SILVEIRA et al., 2015, p. 42.

²⁷⁶ DALLAGNOL, 2015, p. 264.

²⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR; KNIJNIK, 2007, p.157.

²⁷⁸ DALLAGNOL, 2015, p. 267-69.

Ao definir dúvida razoável, Paulo José Baltazar Jr. retrata-a como uma dúvida que uma pessoa razoável possuiu após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. Em outras palavras, a prova acima de uma dúvida razoável é aquela que deixa você firmemente convencido da culpa do acusado e não leva você a pensar que há uma real possibilidade de ele ser inocente.²⁷⁹ Importante a menção do autor quando se refere a uma “real” possibilidade. Por óbvio, não se trata de cogitar “qualquer” possibilidade, pois, sob essa perspectiva, ante a criatividade humana, tudo é possível, mas nem tudo é provável. Portanto, a dúvida tem que ser séria, fundada, real, provável. Nesse sentido também é o posicionamento de Alberto Vicente Ruço, para quem a dúvida razoável não se trata de qualquer dúvida metódica que os fatos sempre consentem, já que a imaginação só tem limites nas leis da física e na capacidade intelectual dos agentes. Por isso, em regra, é sempre possível argumentar que as coisas podem ter ocorrido de outro modo.²⁸⁰

Douglas Walton reconhece que o termo *prova “além de dúvida razoável”* é, na maioria das vezes, incapaz de definir mais do que o próprio termo exprime. Segundo o autor, essa definição é feita normalmente para que o Júri forme sua convicção atrelada a uma certeza moral. No entanto, diz o autor que atrelar o *standard* a um estado mental de convicção não fornece grande ajuda ante a um modelo normativo de argumentação racional, o qual deve ser levado em consideração pelo Júri.²⁸¹ Portanto, para Walton, não há um único conceito que defina com exatidão e nos devidos termos a prova “além de dúvida razoável”. Basta perceber o quanto a definição trazida por Dallagnol, conferida pela Suprema Corte Norte-Americana, é extensa e detalhada. E provavelmente, ainda assim, alguns julgadores, ao analisarem se a prova examinada preenche os requisitos do que se considera como uma prova “além de dúvida razoável”, apresentarão dificuldades em sua conclusão. Mas justamente é essa a intenção. A ideia é que o julgador reflita, pense, raciocine. Uma decisão que seria tomada de forma rápida ante a um meio de prova vai exigir maior reflexão do julgador. Nesse ponto, podemos nos referir ao estudo de Daniel Kahneman, em que cita os sistemas 1 e 2, referentes à tarefa de decidir. O sistema 1, diz Kahneman, opera de forma automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. Já o sistema 2

²⁷⁹ BALTAZAR JÚNIOR; KNIJNIK, 2007, p.157.

²⁸⁰ RUÇO, 2017, p. 295.

²⁸¹ WALTON, 2014, p.57.

aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do sistema 2 são, muitas vezes, associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. O autor cita exemplos de atividades que operam em sistema 1: detectar que um objeto está mais distante que outro, ler palavras em cartazes pela rua, dirigir um veículo em uma estrada vazia, etc. Já em sistema 2, as atividades se amoldam a situações como: dizer o seu número de telefone, estacionar em uma vaga apertada, preencher um formulário de imposto, verificar a validade de um argumento lógico complexo.²⁸² Portanto, se conseguirmos que o julgador preste mais atenção no exame da prova dos autos, realizando inferências e raciocínios, elaborando hipóteses e assim submetendo a prova a “testes” ante os eventuais resultados que desses podem advir, já estaremos forçando o julgador a operar em sistema 2 e, tendo conseguido isso, já nos damos por satisfeitos. Provavelmente, as conclusões, diante da prova dos autos, não serão tão discrepantes, a depender do julgador.

Importa lembrar, segundo Douglas Walton, que o *standard* de prova “além de dúvida razoável” não é quantificável, pois não é possível aferi-lo por meio de cálculos ou computadores. Conforme refere o autor, a Suprema Corte de Nevada afirmou que qualquer tentativa de quantificar está mais propensa a criar dúvidas do que, de fato, a ajudar, eis que a prova “além de dúvida razoável” submete-se ao critério de qualidade, e não de quantidade.²⁸³

No entanto, a razão moral fundamental, explica Michele Taruffo, antes mesmo da jurídica, e que está na adoção do critério da dúvida razoável é a opção pela qual é preferível que muitos culpados sejam absolvidos ao perigo de condenar um inocente. Essa opção ética, explica a autora, acarreta várias consequências, uma das quais, precisamente, consiste em se exigir que a condenação seja fundamentada em uma prova da culpabilidade de grau particularmente elevado.²⁸⁴ No mesmo sentido, Pedro Jorge Costa afirma que a necessidade de prova para o convencimento sobre a verdade dos fatos “além de dúvida razoável” consiste em garantia epistemológica, impondo a necessidade de que a prova para a condenação tenha probabilidade maior que as alternativas excludentes. Diz o autor que não é necessário a hipótese de inocência encontrar fundamento em provas. Em caso de dúvida razoável sobre as

²⁸² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29-31.

²⁸³ WALTON, 2014, p.58.

²⁸⁴ TARUFFO, 2014, p. 295.

alegações necessárias à condenação, isto é, se os enunciados sobre as provas não trouxeram o grau de probabilidade lógica para tanto, impõe-se a absolvição.²⁸⁵

Importante atentar que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao ordenamento legal pelo decreto 4.388/2002, adota, no art. 66, item 3, o *standard beyond a reasonable doubt* ao se referir sobre a presunção de inocência e sustentar que “todo indivíduo será considerado inocente enquanto não for provada a sua culpa no Tribunal, conforme o direito aplicável. Para proferir a sentença condenatória o Tribunal deverá estar convencido da culpabilidade além de toda dúvida razoável”.

Dessa forma, Deltan Dallagnol deixa claro que uma condenação criminal pode ser proferida na presença de dúvidas, desde que essas dúvidas não sejam razoáveis. Segundo o autor, a condenação do réu depende da existência de prova acima da dúvida razoável de cada elemento essencial do crime. Apenas a dúvida razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo do *in dubio pro reo*.²⁸⁶ Foi justamente nesse sentido que decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ação penal 470, em que o ministro Luiz Fux disse: “Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver a condenação”.²⁸⁷

Percebe-se, assim, que os elementos que auxiliam na valoração das provas, como *standards* de prova, vêm sendo utilizados por outros países, inclusive em alguns julgados no Brasil. Por essa razão, é importante, a nosso ver, a compreensão dos institutos, em especial o da prova “além de dúvida razoável”, justamente para impedir o argumento falacioso e rotineiro de que o estado de inocência vem perdendo suas forças à medida que as condenações vão sendo confirmadas pelas instâncias superiores. Ora, resta lembrar a teratológica decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 126.292, de relatoria do Teori Zavascki. Por conseguinte, na linha do que foi referido por José Paulo Baltazar Jr. sobre a identidade dos conceitos entre a presunção de inocência e a prova “além de dúvida razoável”, se conseguirmos atrelar, ou tão somente aproximar ambos, o argumento de que a condenação sendo confirmada pelas instâncias superiores irá tornar, no exame da prova, a dúvida menos razoável não se sustentará, pois a prova será sempre a mesma, a que foi produzida durante a instrução processual. Desse modo, a adoção da ideia de prova “além de dúvida razoável”,

²⁸⁵ COSTA, 2015, p.166-67.

²⁸⁶ DALLAGNOL, 2015, p. 265.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470**. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 17 dez. 2012.

ainda que se tenha dificuldade de conceituação, obriga o julgador a pensar, refletir, raciocinar e também dificulta a manipulação semântica do conceito, como o Supremo Tribunal Federal fez recentemente. Logo, a nosso ver, é importante promover a aproximação entre ambos os conceitos, os quais, tecnicamente, possuem o mesmo fim, qual seja, evitar que inocentes sejam condenados, mesmo ao preço de alguns culpados serem absolvidos.

É verdade que o estatuto processual penal não determina especificamente um *standard* a ser seguido. No entanto, o inciso VI, do art. 386 do CPP ordena que o acusado seja absolvido quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, mesmo se houver fundada dúvida. Ora, ao se referir à “fundada dúvida”, poderíamos utilizar “emprestado” o conceito de dúvida razoável, visto que há semelhanças entre os termos. Desse modo, tendo ficado comprovadas autoria e materialidade, e sendo, por exemplo, trazida pela defesa alguma excludente prevista no art. 23 do CP, mesmo que não tenha ficado devidamente demonstrada, mas havendo dúvida e sendo ela fundada e razoável, impera a absolvição do réu. Essa ideia é a que melhor exprime o disposto no inciso VI do art. 386 do CPP. Já o inciso VII, do mesmo diploma, diz que o acusado deve ser absolvido quando não houver provas suficientes para condenação. A impressão que fica, pela análise sequencial da disposição dos incisos, é a de que a prova requerida para condenação está, sim, “além de dúvida razoável”, mesmo porque ainda no inciso VII cabe a absolvição. Logo, a incorporação do conceito de prova “além de dúvida razoável” ao nosso ordenamento jurídico não parece ser algo tão complicado assim. No entanto, a exigência do inciso VII acerca da suficiência de prova para condenação pode ser melhor examinada com a utilização da “teoria da probabilidade lógica” ou “indutiva”,²⁸⁸ pois o que é suficiente para alguns pode não ser para outros, e dessa maneira desaguamos no problema central de valoração da prova, que vem a ser a larga discricionariedade existente no sistema do livre convencimento motivado.

2.5.2 Probabilidade lógica

Cumprido informar que a “teoria da probabilidade lógica” não é tecnicamente um *standard*, mas uma forma de avaliar o grau de corroboração do meio de prova diante de outros meios disponíveis. Alguns autores também a chamam de “probabilidade indutiva”, “baconiana” ou ainda *evidence and inference*. Assim sendo, tendo ficado evidenciado que a

²⁸⁸ BALTAZAR JÚNIOR; KNIJNIK, 2007, p. 161.

certeza absoluta é inatingível não apenas em relação à prova, mas na ciência em geral, é preciso trabalhar com probabilidades. Afirma Deltan Dallagnol que frequentemente nos julgamentos os juízes utilizam a retórica a fim de dizer que para uma condenação “não basta mera probabilidade”, quando na realidade probabilidade é tudo o que temos.²⁸⁹ Pedro Jorge Costa diz que com a adoção da função persuasiva das provas passa-se da lógica da verdade para a da argumentação e das probabilidades.²⁹⁰ A maioria dos que aceitam a lógica probabilística, diz Karl Popper, defendem o conceito de que se chega à apreciação por meio de um “princípio de indução”, que atribui probabilidade às hipóteses induzidas.²⁹¹ James Goldschmidt também observa que os juízes, ao apreciarem as provas, são vinculados por normas da lógica e da experiência.²⁹² De acordo com Wesley Salmon, muitas das nossas crenças e opiniões, na verdade grande parte dos nossos conhecimentos, são resultados de inferências.²⁹³ Segundo Deltan Dallagnol, inferências são raciocínios. A relação probatória entre crenças justificadoras e justificadas é determinada por inferências. É por meio da inferência que se permite passar de uma crença à outra, o que não seria possível sem invocar diferentes partes de nosso conhecimento do mundo.²⁹⁴ Realizar uma inferência, diz Wesley Salmon, é uma atividade psicológica e consiste em aduzir uma conclusão a partir de provas, em chegar a certas crenças e opiniões com base em outras.²⁹⁵ É por essa razão que as inferências, conectando provas e fatos, não são desenvolvidas conforme cálculos quantitativos de probabilidade, mas sobre padrões lógicos de argumentação. Dessa forma, distintas situações podem ser analisadas de acordo com padrões lógicos que representam características típicas de cada caso. A conclusão acerca de um fato é logicamente provável como uma função dos argumentos jurídicos baseados nas provas disponíveis. Portanto, não se recorre a graus numéricos de probabilidade, tampouco a medidas quantitativas exatas do peso da prova. Entretanto, a “teoria da probabilidade lógica”, ou *evidence and inference*, parece ser muito mais eficiente como uma interpretação analítica da prova judicial.²⁹⁶

De acordo com Danilo Knijnik, o critério da “probabilidade indutiva” tem por objetivo determinar a solidez de uma afirmação. Dessa forma, explica o autor, é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização. Deve-se, então, submeter essa

²⁸⁹ DALLAGNOL, 2015, p. 256.

²⁹⁰ COSTA, 2015, p.164.

²⁹¹ POPPER, 2013, p. 232.

²⁹² GOLDSCHMIDT, 2018, p. 94.

²⁹³ SALMON, Wesley C. *Lógica*. 3. ed. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p.1-5.

²⁹⁴ DALLAGNOL, 2015, p.21.

²⁹⁵ SALMON, 2012, p.5.

²⁹⁶ TARUFFO, 2014, p.32.

generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativos por meio dos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que possam conduzir a outras conclusões.²⁹⁷ De acordo com Michele Taruffo, a “probabilidade lógica” ou “baconiana” explica que modelos lógicos de argumentação podem ser usados como meios para racionalizar as inferências em situações nas quais a credibilidade de um enunciado de fato precisa ser testada com base em alguns elementos de prova. Nessa perspectiva, segundo a autora, a questão principal é determinar quais inferências são possíveis a partir dos elementos de prova relevantes e como esses sustentam as inferências que conduzem a conclusões acerca de um fato controvertido.²⁹⁸ José Paulo Baltazar Jr. afirma que é preciso aplicar critérios qualitativos para determinar o grau de solidez de uma afirmação. Portanto, é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização, devendo-se, então, submeter essa generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativas por meio dos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que possam conduzir a outras conclusões. Em outras palavras, procura-se, diz o autor, a eliminação do convencimento judicial baseado em meras suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções ou impressões, por meio de uma prova que elimine a existência de dúvidas racionais segundo um critério qualitativo.²⁹⁹ Nesse sentido, segundo refere Paolo Tonini, é preciso que a decisão judicial, além estar fundamentada em provas, as submeta aos princípios de lógica. A produção das provas deve permitir que o juiz valora a credibilidade daqueles que prestam declarações e a idoneidade dos elementos fornecidos. O resultado de uma prova deve ser confrontado com o resultado de outra prova. O juiz deve expor, na motivação, o percurso lógico realizado na reconstrução do fato histórico, e somente por meio da motivação será possível controlar a operação do juiz.³⁰⁰

Gustavo Badaró recorda que o principal expoente da “teoria da probabilidade lógica” ou “baconiana” é Jonathan Cohen, e que o método utilizado é o baseado em *inductive probability*, determinado pela aplicação do *method of eliminative reasoning*. A probabilidade, para Cohen, coincide com o grau de solidez de uma inferência, consistente na passagem do fato “a” para o fato “b”, que, por sua vez, depende da solidez da regra geral que fundamenta tal inferência. Significa dizer, para o autor, que a fim de avaliar o grau de suporte indutivo de

²⁹⁷ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial:** paradigmas para seu possível controle. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018, p. 37.

²⁹⁸ TARUFFO, 2014, p.32.

²⁹⁹ BALTAZAR JÚNIOR; KNIJNIK, 2007, p.158-62.

³⁰⁰ TONINI, 2002, p. 49.

certa prova faz-se necessário realizar uma série de induções eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência daquela regra geral ante a interferência de outros elementos que poderiam conduzir a resultados diversos. No entanto, alerta o autor que a “probabilidade lógica” não tem por fundamento a frequência de ocorrência de um evento de uma classe mais geral, mas sim os elementos de provas que dão sustentação às diversas inferências.³⁰¹ Por essa razão, não há que confundir a “teoria da probabilidade lógica”, “indutiva” ou “baconiana” com as formas probabilísticas ou matemáticas como, por exemplo, o teorema de *Bayes*. Apenas a título de curiosidade, o teorema de *Bayes* refere-se ao exame da probabilidade quantitativa da prova. Afirma Gustavo Badaró que é um método de cálculo com base no qual, diante da necessidade de valorar a atendibilidade da hipótese sobre o fato “X”, estabelece-se a provável frequência de “X” em uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição de precedentes de “X” naquela classe. O problema desse teorema é que a probabilidade estatística despreza os elementos concretos do caso e, principalmente, as provas produzidas.³⁰²

Para que se possa compreender melhor a aplicabilidade do teorema de *Bayes*, importante referir o caso de Janet Collins, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1968. Diz Leonard Mlodinow que, em 18 de julho de 1964, Juanita Brooks fazia compras na cidade de Los Angeles quando foi subidamente empurrada por uma pessoa que não chegou a ver e então lhe subtraíram a bolsa. Assim que conseguiu erguer os olhos, viu apenas uma mulher jovem com cabelo loiro. Nesse mesmo momento, a testemunha, John Bass, viu uma mulher loira correndo e entrando em um carro amarelo com um homem negro de barba e bigode. Dias depois, um policial vislumbrou um Lincoln amarelo e notou que o casal que estava nele se encaixava na descrição feita aos policiais. Em júízo, nem a vítima nem a testemunha conseguiram determinar com segurança que se tratava do mesmo casal. Diante desse impasse, a acusação arrolou como testemunha um professor de matemática da universidade local que afirmou que o fato de os réus serem “uma mulher caucasiana com rabo de cavalo loiro, um homem negro com barba e bigode, dirigindo um carro amarelo” era suficiente para condenar o casal, eis que, multiplicando todas as probabilidades, a chance de um casal de encaixar em todas essas características era de 1/12 milhões. Todavia, Leonard Mlodinow, doutor em física pela Universidade da Califórnia, diz que houve flagrantes equívocos nesse cálculo. Por exemplo, a forma como foi calculado levou em consideração que o homem tivesse barba e,

³⁰¹ BADARÓ, 2003, p. 50-51.

³⁰² Idem, p. 42-43.

posteriormente, que o homem tivesse bigode, de forma que isso pudesse ocorrer isoladamente. No entanto, a maior parte dos homens com barba também tem bigode. À vista disso, esse cálculo já cai para 1/1 milhão, diz o físico. Outro aspecto não observado foi que a probabilidade de ser levada em consideração não é a de um casal que se encaixe na descrição dos suspeitos, mas sim a de um casal que se encaixe em todas essas características e seja o casal culpado. Logo, mesmo que a primeira probabilidade possa ser de 1/1 milhão, na segunda, em decorrência de a população da região próxima ao local do crime ser de muitos milhões, seria razoável que considerássemos haver dois ou três casais que se encaixavam na descrição. Dessa forma, a segunda probabilidade era de apenas 1/2 ou 1/3. Não superando o *standard* da prova “além de dúvida razoável”.³⁰³ Por essa razão, a Corte da Califórnia reformou a decisão porque, além de questionar aspectos técnicos dos cálculos, considerou-se que a utilização da estatística tinha “desviado” o Júri de sua verdadeira função, que era valorar a prova.³⁰⁴

Portando, não por outra razão, segundo Franco Cordero, a probabilidade estatística se trata de um mecanismo estranho ao processo penal e pode nos dirigir ao fracasso. É bem verdade que as provas cuidadosamente analisadas pelo juiz também podem desaguar no mesmo fim. Todavia, implica em um risco menor ao ser confrontado em um sistema axiológico legalmente elaborado sobre corretas bases indutivas. Por outro lado, repugna a ética judicial ver a sorte do acusado ser decidida por um cálculo de probabilidade estatística. Não é tolerável a condenação fundada em um cálculo probatório legal quando quem julga não está persuadido.³⁰⁵ No entanto, diz Gustavo Badaró, não devemos confundir a probabilidade quantitativa como modelo de valoração da prova e o emprego dela como fundamento para utilização de determinado meio de prova como, por exemplo, os exames de DNA. Nesse caso, não há um problema com a base de dados, diz o autor, por ser o DNA considerado um específico código genético encontrado em uma célula e pela possibilidade de sua repetição em face da população mundial.³⁰⁶ Na realidade, pode, eventualmente, ser de grande valia o uso da genética forense – que emprega os conhecimentos relativos de genética e técnicas da biologia molecular aliados ao rigor técnico da estatística e da genética de populações – para a elucidação de crimes, principalmente para a determinação de sua autoria e materialidade.³⁰⁷ O

³⁰³ MLODINOW, 2009, p.47-49.

³⁰⁴ BADARÓ, 2003, p.42-43.

³⁰⁵ CORDERO, 2000, p. 28.

³⁰⁶ BADARÓ, 2003, p. 44.

³⁰⁷ VELHO; GEISER; ESPINDULA, 2017, p. 241.

DNA humano, diz José Braz, está presente em todas as células nucleadas de uma grande variedade de materiais biológicos: sangue, tecidos orgânicos, esperma, saliva, urina, células epiteliais, entre outros. Desse modo, pode ser encontrado em objetos pessoais como, por exemplo, escovas de dente, escovas de cabelo, lâminas, etc.³⁰⁸ O resultado do exame genético, de acordo com Thiago Ruiz, é traduzido em probabilidades. Por meio de um procedimento estatístico, mede-se o grau de certeza do acerto proporcionado pela análise do material biológico em indicar a identidade de alguém. Um dos métodos mais utilizados é a determinação da probabilidade de coincidência, em que se calcula o número de pessoas da população cujo perfil genético é idêntico ao vestígio do suspeito. No entanto, alerta o autor que, por mais contundente que a prova genética possa parecer, ela não deve ser encarada judicialmente como valor absoluto. Isso porque o exame de DNA é de caráter subsidiário à investigação, não resultando conclusivo por si só, e porque uma coincidência de perfis genéticos não equivale à culpabilidade do suspeito. A prova genética produzida isoladamente é por demais frágil para assegurar uma condenação em sede de processo penal.³⁰⁹ Outro aspecto interessante que cabe mencionar, trazido por Leonard Mlodinow, consiste em uma outra estatística, pouco apresentada aos jurados, ligada ao fato de que os laboratórios eventualmente cometem erros, por exemplo, ao obterem e manusearem amostras, misturando-as ou trocando-as acidentalmente ou então interpretando e relatando os resultados de maneira incorreta. Todos esses erros são raros, mas não tão raros quanto o caso da pessoa aleatória que possui DNA semelhante ao da cena do crime. Em virtude da força que as estatísticas ligadas ao DNA representam para os jurados, o Tribunal de Oklahoma condenou um acusado pelo delito de estupro ainda que, segundo a afirmação de 11 testemunhas, ele se encontrava em outro local no momento do crime. Passado algum tempo, o Laboratório de Criminologia da Filadélfia admitiu ter trocado a amostra de referência do réu e da vítima, não conseguindo separar completamente o DNA de ambos no líquido que testaram. Assim, a combinação do DNA da vítima e do esturador gerou um resultado falso positivo quando comparado com o do acusado. Repetido o teste anos depois, ficou determinado o equívoco, e o acusado foi libertado.³¹⁰ De fato, percebe-se cada vez mais que não existem verdades absolutas, assim como também não existem provas absolutas, incluindo os exames de DNA.

³⁰⁸ BRAZ, 2015, p. 61.

³⁰⁹ RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, p.81-83.

³¹⁰ MLODINOW, 2009, p.45.

Tendo ficado claro que a “teoria da probabilidade lógica”, “indutiva” ou “baconiana” não se confunde com o teorema de *Bayes*, interessa agora a especificação diante de um meio de prova. Já foi dito que estabelecer um numeral não é o caminho. Portanto, compreendido que se deve trabalhar com inferências, quanto maior a quantidade de inferências razoáveis submetidas ante a prova e quanto maior o poder de resistência dessa prova, mantendo-se incólume a todas elas, maior será o grau de probabilidade da referida prova. Lembra Karl Popper que nossos sentimentos subjetivos de convicção apresentam, reconhecidamente, intensidades diversas e que o grau de confiança com o qual esperamos a concretização de uma previsão e a posterior corroboração de uma hipótese pode depender, entre outras coisas, da maneira como essa hipótese se comportou diante dos testes a que tenha sido submetida.³¹¹ Portanto, quanto maior a quantidade de inferências a que a prova foi submetida e quanto mais, diante de todas elas, a prova se mantiver hígida, maior o grau de probabilidade dessa prova. As inferências serão melhor realizadas pelo magistrado com a participação das partes em contraditório judicial, seja nos momentos de oferecimento de peças, seja quando da realização da prova – por exemplo, durante as oitivas das testemunhas e interrogatório. A todo o momento, o magistrado estará presente e raciocinando sobre o grau de solidez da prova conjuntamente com as demais provas do processo. Portanto, por mais detalhado que seja o depoimento de uma testemunha, a acusação ou a defesa podem questionar, por exemplo, de que forma a vítima faleceu. Se a testemunha que atribuiu autoria do crime ao acusado sustentar que a vítima morreu em virtude de disparos de arma de fogo, inclusive referindo que ouviu diversos estampidos, e ficar evidenciado, de acordo com o auto de necropsia, que o crime foi cometido com a utilização de arma branca, não havendo perfurações de projétil no corpo da vítima, não faz o menor sentido utilizar esse testemunho, que não resistiu ao questionamento sobre a *causa mortis*, não se mantendo sólido, portanto, como prova hábil para demonstrar autoria. Ora, se o meio que foi utilizado para cometer o crime não condiz com o que a testemunha declarou, ainda que esse meio de prova tenha sido submetido ao contraditório, não exprime a menor probabilidade de o fato ter ocorrido da forma como foi narrado pela testemunha. E adiantamos que não é admissível desprezarmos a parte que não é condizente com o descrito no laudo de necropsia e aproveitarmos a indicação de autoria. É preciso averiguar quais motivos levaram essa testemunha a depor nesse sentido. Por essa

³¹¹ POPPER, 2013, p.224.

razão, nesse caso hipotético, o testemunho deve ser afastado para o fim de indicação da autoria.

De acordo com o exemplo citado, é preciso averiguar a credibilidade da testemunha, mesmo porque, muitas vezes, apenas um relato é suficiente para o magistrado formar sua convicção. Nesse contexto, diante de uma prova testemunhal, Gustavo Badaró afirma que o juiz deverá considerar o grau de credibilidade e a reputação da testemunha, a consistência interna de sua narrativa e a plausibilidade de suas afirmações, e a coerência do testemunho com outros meios de prova. Tudo isso que o juiz deve considerar para valorar o testemunho irá determinar o grau de suporte indutivo, o qual, à luz dos elementos do caso concreto, permitirá ao juiz concluir se a testemunha está dizendo a verdade. Somente assim será possível afirmar, por exemplo, que o testemunho provavelmente é verdadeiro. Entretanto, não se poderá dizer nem quanto nem quantas vezes mais provável.³¹² De acordo com Paolo Tonini, um dos instrumentos para averiguar a credibilidade da testemunha é a utilização das “máximas de experiência”. O juiz aplica o raciocínio de tipo indutivo quando examina casos similares e formula uma “regra de experiência”, isto é, a partir de casos particulares extrai-se a existência de uma regra geral. Sucessivamente, o juiz aplica um raciocínio dedutivo, ou seja, aplica ao caso em exame a regra geral obtida anteriormente. Tonini explica que o raciocínio dedutivo encontra fundamento nas leis da lógica, elaboradas desde o tempo de Aristóteles; parte-se do geral para alcançar o particular. Já o raciocínio indutivo parte de casos particulares para o geral. Por meio da observação de vários fatos particulares, reconstrói-se uma regra geral.³¹³

Oportuno nesse ponto o alerta de Karl Popper a respeito da “corroboração” de uma teoria quando resiste a testes. Explica o autor que a apreciação que assevera a corroboração estabelece algumas relações fundamentais como, por exemplo, de compatibilidade ou incompatibilidade. Por conseguinte, não devemos nos apoiar apenas na compatibilidade para atribuir à teoria um grau positivo de corroboração. Não se pode considerar suficiente o mero fato de uma teoria ainda não ter sido falseada, eis que nada mais fácil do que elaborar qualquer número de sistemas teóricos, fazendo-os compatíveis com qualquer sistema de enunciados aceitos.³¹⁴ Trazendo para o âmbito do processo, o autor quer dizer o seguinte: não é porque nenhuma prova comprova cabalmente que o acusado é o autor do crime que essas

³¹² BADARÓ, 2003, p.52.

³¹³ TONINI, 2002, p. 55-6.

³¹⁴ POPPER, 2013, p. 233.

mesmas provas comprovam que ele não seja o autor desse crime. Nesse caso hipotético, ao final, restará a absolvição por força do princípio da presunção de inocência, e não porque as hipóteses não foram falseadas.

Dessa forma, negada a possibilidade de o juiz atingir uma verdade absoluta, então a maior aproximação possível em termos de uma elevadíssima probabilidade faz com que, segundo Gustavo Badaró, a “teoria da probabilidade lógica”, “indutiva” ou “baconiana” se mostre como a mais adequada para explicar racionalmente o raciocínio judicial na valoração da prova.³¹⁵

2.6 CONVENCIMENTO ACERCA DA MATERIALIDADE

De acordo com José Braz, em 1932, Edmond Locard, em seu *traite de criminalistique*, enunciava o referido “princípio das trocas”,³¹⁶ segundo o qual o autor do crime sempre leva consigo algo da vítima e/ou do local onde agiu, dos instrumentos e objetos utilizados, deixando nesses algo de si mesmo.³¹⁷ Diante disso, fica um tanto evidente que o trabalho dos peritos no local do crime é de substancial importância. De acordo com o inciso I, do art. 6.º do CPP, praticado, em tese, um delito contra a vida, cabe à polícia civil isolar a área e aguardar a chegada dos peritos. Esse momento é de vital importância, pois serão apreendidos, em obediência aos incisos II e III, todos os objetos e recolhidas todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Apenas examinando detalhadamente o local do crime é que surgirão provas que servirão como sustentáculo da ação penal. O conceito de local do crime, diz José Braz, compreende e engloba todos os objetos ou itens com interesse criminalístico nele existentes: pessoas, objetos, armas, instrumentos, documentos, etc.³¹⁸ Dessa forma, é preciso que a autoridade policial realize as demais determinações do art.6.º do CPP, ouvindo o ofendido e o suspeito, quando possível, e realizando os demais atos investigativos diante das necessidades do caso concreto. Tais medidas serão úteis para que o

³¹⁵ BADARÓ, 2003, p.53.

³¹⁶ Segundo o autor, esse princípio exprime a ideia de que qualquer contato entre duas superfícies implica, inevitavelmente, numa permuta de substâncias ou de efeitos. Nas expressivas palavras de Locard, realçando a virtualidade da prova material, “quaisquer que sejam seus passos, quaisquer objetos tocados por ele, o que quer que seja que ele deixe, mesmo inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele. Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras da sua calça, o sangue ou o sêmen que deixe. Tudo isso e muito mais carregam um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. Constituem *per si* uma evidência fatural. Cabe aos humanos procurá-la, estudá-la e compreendê-la.”

³¹⁷ BRAZ, 2015, p.107-12.

³¹⁸ Idem, p.110.

titular da ação penal, o Ministério Público, forme sua convicção e proponha a ação penal correspondente ao fato praticado. A importância unanimemente reconhecida ao local do crime, diz José Braz, assenta, basicamente, no pressuposto de ele conter sinais, evidências e vestígios suscetíveis de se transformarem em prova material após adequada interpretação e processamento.³¹⁹ Quando um homicídio ocorre, inicia-se um processo de trabalho que envolverá diversos procedimentos, desenvolvidos por várias instituições. O local geralmente é preservado pela Polícia Militar até a chegada da Polícia Civil, que por sua vez acionará os peritos, os quais ficarão incumbidos de recolher vestígios extrínsecos relativos ao crime e à identidade do criminoso. A equipe investigativa designada pesquisará o perfil da vítima, os prováveis motivos do crime, entrevistará testemunhas, reconstruirá uma linha do tempo com os acontecimentos pertinentes, entre outros procedimentos. Na sequência, o corpo da vítima será encaminhado ao Instituto Médico Legal para um exame dos vestígios intrínsecos.³²⁰ Francisco Silveira Benfica e Márcia Vaz afirmam que nenhum corpo será removido antes que sua localização tenha sido registrada. Todos os objetos pessoais que pertençam a um cadáver devem ser coletados e mantidos com o corpo. Quaisquer outros objetos devem ser registrados como não identificados e mantidos separadamente no primeiro instante. Tão logo seja possível, a confirmação da identidade dos cadáveres é fundamental para a investigação das mortes. Ao chegar ao Departamento Médico Legal, é preciso averiguar se a morte foi natural ou violenta. Em se tratando de morte violenta, realizar-se-á a necropsia médico-legal, sempre solicitada pela autoridade judiciária ou policial que está presidindo o inquérito. Além de determinar a causa da morte violenta, a necropsia pode fornecer subsídios para fatos que interessam à justiça, tais como a causa jurídica da morte (homicídio, suicídio, acidente), o tempo da morte, a identificação da vítima, etc. Dessa forma, os peritos responderão aos quesitos oficiais: se houve morte, qual a causa da morte, qual instrumento ou meio que produziu a morte, se foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou outro meio insidioso ou cruel.³²¹ Todas essas informações serão necessárias para que o Ministério Público possa manejar corretamente a denúncia e buscar a responsabilização criminal do acusado pelo crime cometido.

De acordo com Jordi Ferrer Beltrán, não é necessário elaborar uma argumentação detalhada para mostrar que aquilo que deve ser provado em juízo depende de suportes fáticos,

³¹⁹ Idem, p.113.

³²⁰ VELHO; GEISER; ESPINDULA, 2017, p. 125-27.

³²¹ BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 37-163.

aos quais as normas atribuem consequências jurídicas. Dessa forma, no processo dever-se-á provar a proposição que afirma a ocorrência do fato para fins de aplicação da consequência jurídica prevista pelo Direito.³²² Consequentemente, tendo o juiz o dever, de acordo com o art. 413 do CPP, de afirmar na decisão de pronúncia a existência de provas que atestem a materialidade e a autoria, deverá, em relação à materialidade, demonstrar, por meio da fundamentação, por que entende estar diante de um crime doloso contra a vida. Dessa maneira, deve haver o convencimento do magistrado em relação à materialidade, o que não significa sustentar, segundo Eugênio Pacelli, a necessidade de certeza absoluta, mas sim um convencimento superficial, mesmo que momentâneo, e não necessariamente definitivo, no entanto seguro, de estar diante de um crime doloso contra a vida.³²³ No mesmo sentido, Renato Brasileiro afirma que para o acusado ser pronunciado o juiz deverá sumariamente estar convencido da materialidade. O juiz, diz o autor, não pode permitir o julgamento de alguém pelo Júri sob a mera possibilidade de ter havido um crime doloso contra a vida.³²⁴ Também no mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que o juiz precisa demonstrar, de acordo com as provas colhidas nos autos, o motivo de seu convencimento da existência do crime. Convencer-se, como dito, não exige certeza absoluta, todavia é algo que está mais próximo da certeza do que da incerteza, eis que quem se convence de algo não pode estar simultaneamente com incerteza sobre esse mesmo algo.³²⁵ Na realidade, os autores seguem a literalidade do disposto no art. 413 do CPP, o qual exige expressamente o convencimento sobre a existência do crime doloso contra a vida, mesmo porque esse é o crime que é julgado pelo Tribunal Popular.

Convencer-se sobre a materialidade do crime doloso contra a vida equivale a dizer que é provável que se esteja diante de um homicídio, que é o crime de competência dos jurados. Nesse caso, cabe a pronúncia. Tem lugar nesse momento tudo que foi abordado sobre provas, sobre os critérios propostos pela “teoria da probabilidade lógica”, “indutiva” ou “baconiana”, e sobre a necessidade de transpor a barreira exigida com prova “além de dúvida razoável”. Todavia, se, após o exame dos autos e ante as inferências realizadas, o meio de prova não resistir aos testes a que foi submetido, a prova não proporcionará o convencimento necessário ao magistrado, e em sendo assim não superará a exigência de prova “além de dúvida razoável”. Logo, em virtude da disposição do art. 414 do CPP, caberá tão somente a

³²² BELTRÁN, 2017.

³²³ OLIVEIRA, 2008, p. 575.

³²⁴ BRASILEIRO, 2018, p. 1161.

³²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137. v.4.

impronúncia. A dúvida razoável, a nosso ver, exprime a ideia de improbabilidade de se tratar de um crime doloso contra a vida. A título de exemplo, seria o caso de, mesmo após terminado o *judicium accusationis*, não ficar claro se se está diante de um homicídio doloso ou de um praticado sob o véu da legítima defesa. Por óbvio, não cabe a pronúncia. No entanto, se for possível se estar diante de um crime contra a vida, como o art. 413 do CPP exige o convencimento quanto à materialidade, o melhor caminho seria a desclassificação. Seria o caso de não ter ficado claro, proporcionando o convencimento necessário, se se está diante de um homicídio ou de um latrocínio. O que não se pode é pronunciar alguém tão somente porque é possível se estar diante de um crime doloso contra a vida. Portanto, optando pela desclassificação, em qualquer outro rito que o acusado responder à ação penal, o mesmo poderá fazer jus às hipóteses previstas no art. 386 do CPP. Da mesma forma, ficando evidenciada a impossibilidade de se estar diante de um crime doloso contra a vida, seja porque demonstrado que o crime não existiu, seja, por exemplo, porque ficou comprovado cabalmente que o agente praticou a conduta acobertado por alguma excludente de ilicitude, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado de acordo com o art. 415 do CPP, eis que, em não havendo o crime doloso contra a vida, a competência dos jurados não chegou a se instaurar.

Em relação às qualificadoras, Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino afirma que, sendo elemento essencial do crime, parece evidente que para o juiz pronunciar o acusado pela prática de um crime de homicídio qualificado deve fazer uma afirmação positiva a respeito da tipicidade do fato juntamente com a qualificadora articulada. É muito comum, diz o autor, a proposição genérica que nada expressa – por exemplo, vingança em razão de desentendimentos anteriores.³²⁶ Ora, é preciso averiguar se, de fato, ocorreram esses desentendimentos anteriores, mesmo porque, se a resposta for afirmativa, ensejará o acréscimo da qualificadora do motivo fútil, que ocasionará a passagem de uma pena de 6 a 20 anos para uma de 12 a 30 anos, agravada ainda por ser crime hediondo, dificultando, por exemplo, a progressão de regime da pena, entre outros fatores. Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán sustenta que a identificação do suporte fático é realizada mediante dados empíricos, isto é, as características que definem o suporte fático em questão são exclusivamente empíricas. Por outro lado, utilizam-se de termos valorativos para definir o suporte fático a que se vincula a consequência jurídica. Assim, se o suporte fático genérico definido pela norma

³²⁶ AQUINO, 2004, p. 149-50.

jurídica for definido valorativamente, o que o juiz deverá determinar para proceder com a aplicação da consequência jurídica prevista é a ocorrência de um fato que mereça a valoração prevista na norma.³²⁷ Vejamos novamente o exemplo citado antes, do homicídio fútil. Pois bem, de forma empírica, muitas vezes já se constata que a vítima de fato está morta. Todavia, para que se possa atribuir a qualificadora se faz necessária a valoração, devendo-se questionar se havia desentendimentos anteriores envolvendo a vítima e o algoz, verificar a existência de boletins de ocorrência, etc. Caso não se encontrem elementos necessários e suficientes no processo que demonstrem o suporte fático para inserção da qualificadora, a única alternativa é o afastamento dessa na decisão de pronúncia. Álvaro Sangulo Borges Aquino afirma que o juiz deve fazer da pronúncia o momento de crucial equilíbrio no procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, conferindo-lhe função semelhante à desempenhada pelo despacho saneador, resolvendo todas as questões possíveis e deixando para o Tribunal do Júri tão somente aquelas matérias que sejam afetas à competência do Tribunal Popular.³²⁸ Lamentavelmente, não é esse o entendimento da jurisprudência majoritária, que insiste em sustentar afirmações do tipo: "Como se sabe, o afastamento de uma qualificadora só é cabível quando manifestamente improcedente".³²⁹ Na realidade, o entendimento deveria ser justamente o inverso, isto é, deveriam permanecer apenas as qualificadoras quando manifestamente procedentes, pois, da forma como está, na dúvida a qualificadora permanece. Diz Lênio Streck que, em uma análise preliminar, é possível dizer que esse entendimento tem o condão de fortalecer o Tribunal do Júri. Porém, a questão assume relevância na medida em que qualquer qualificadora transforma o crime em homicídio hediondo, cujas consequências gravíssimas são absolutamente diversas das que decorrem do crime de homicídio simples. Portanto, afirma Streck que, se as qualificadoras articuladas na denúncia somente devem ser afastadas quando manifestamente improcedentes, fica claro que, mesmo quando duvidosas, elas devem ser incluídas na pronúncia, para que sobre elas se manifeste e decida o Júri, juiz natural nos processos dos crimes dolosos contra a vida.³³⁰ Tal fato ocorre diuturnamente nos tribunais espalhados pelo país.

Outra circunstância relacionada às qualificadoras e que merece a ressalva diz respeito à qualificadora afastada no momento da pronúncia, mas que é incluída pela acusação na hora

³²⁷ BELTRÁN, 2017, p. 53.

³²⁸ AQUINO, 2004, p. 114.

³²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 70075179697**. Órgão Julgador: Primeiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Julgado em: 03 nov. 2017.

³³⁰ STRECK, 2002, p. 95.

dos debates. Segundo o art. 476 do CPP, encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação nos limites da pronúncia, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante. Dessa forma, buscar incluir a qualificadora afastada nesse momento é uma burla, justamente porque o referido artigo diz que a acusação deve ser nos limites da pronúncia. Se, por exemplo, já foi afastada a qualificadora do motivo fútil, não pode, sob a roupagem de agravante, ser incluída a futilidade prevista no inciso II, do art. 61 do CP. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que, uma vez afastada a qualificadora, está excluída a situação fática e, por essa razão, não pode o *Parquet* trocar o “nome jurídico” para querer agora seu reconhecimento com o título de “agravante”.³³¹ Também nessa direção, Nereu Giacomolli afirma que o afastamento das qualificadoras na decisão de pronúncia impede a sustentação dessas como agravantes, por já terem recebido um juízo negativo.³³²

Importante, também, a nosso ver, ao abordar a materialidade do crime doloso contra a vida, examinar o elemento subjetivo do tipo, pois é primordial o enfrentamento para que se possa de fato afirmar que se está diante de um crime de competência dos jurados.

2.6.1 A problemática acerca dos elementos subjetivos do tipo

A definição de ação como atividade dirigida a um fim, diz Juarez Cirino, destaca o traço que diferencia a ação de todos os demais fenômenos humanos ou naturais e permite delimitar a base real capaz de incorporar os atributos axiológicos do conceito de crime como ação tipicamente injusta e culpável. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, e a consciência do fim é sua direção inteligente – a finalidade dirige a causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor.³³³ Portanto, o dolo, segundo Juarez Cirino, é a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal.³³⁴ Figueiredo Dias, por sua vez, sustenta que se pode afirmar, quanto ao momento intelectual do dolo, que é necessário, para que o dolo do tipo se afirme, que o agente conheça, saiba, represente corretamente ou tenha consciência das circunstâncias de fato que preenchem um tipo de ilícito objetivo. Ou seja, é preciso que o agente conheça tudo que é necessário a uma correta orientação da sua

³³¹ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 1027-1028.

³³² GIACOMOLLI, 2014b, p. 92.

³³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 97-116.

³³⁴ CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 133.

consciência ética para o *desvalor* jurídico que concretamente se liga à ação intentada para o seu caráter ilícito. Em relação ao momento volitivo, diz o autor que para o dolo do tipo não basta o conhecimento, exige-se, ainda, que a prática do fato seja presidida por uma vontade dirigida a sua realização.³³⁵ Reconhece Juarez Tavares que o dolo costuma ser definido como “consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo”. Essa definição, diz o autor, adveio do finalismo e praticamente se projetou até os dias atuais. De conformidade com a teoria final de ação, o dolo tem como referência o domínio sobre a ação causal dirigida a determinado objetivo, incluindo nesse domínio a consciência acerca de todas as circunstâncias objetivas que estão consignadas pelo legislador para comporem o chamado tipo objetivo. Diz o autor, no entanto, que essa definição é válida, mas incompleta. A imputação subjetiva não pode se esgotar em uma relação puramente instrumental reduzida aos elementos que compõem a narrativa da configuração típica. Atendendo ao tema proposto na norma proibitiva, o dolo deve compreender todos os elementos que lhe dão suporte, precisamente em face da lesão ou do perigo concreto de lesão do bem jurídico³³⁶. Nesse sentido, o dolo será a consciência e a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico.³³⁷

De acordo com o inciso I, do art. 18 do CP, o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Dessa forma, é preciso reconhecer que não há como falar em materialidade do crime de homicídio doloso sem abordar o elemento subjetivo do tipo, o dolo, o *animus necandi*. Portanto, é preciso, como bem referiu Juarez Tavares, que exista a intenção, o desiderato, como objetivo final de atingir o bem jurídico protegido – a vida. É verdade, diz Alberto Vicente Ruço, que o que se passa no íntimo de cada pessoa não é suscetível de percepção direta; não é testemunhável. Portanto, salvo confissão do próprio agente, tida como correspondência à realidade apenas por meio dos indícios, necessariamente conjugados com regras de experiência, podemos chegar à afirmação do dolo, da intenção do agente, eis que toda a ação que a pessoa praticou só se mostra fisicamente possível e socialmente compreensível se tiver sido comandada por uma vontade que determinou a prática daqueles fatos concretos, revelando-se tais fatos adequados a atingir o objetivo

³³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 351-66.

³³⁶ A relação do dolo com o resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico corresponde à necessidade da intensidade do ingresso do agente na zona do ilícito. Se o que importasse fosse apenas a realização típica ou mesmo a produção do resultado, como postula a teoria jurídica em geral, não haveria necessidade, porquanto o dolo, então, se reduziria a um puro instrumento de imputação, tal qual a causalidade, embora sob plano subjetivo.

³³⁷ TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 249.

verificado.³³⁸ De acordo com Pedro Jorge Costa, o problema do conceito do dolo sempre envolveu o da prova de seus componentes empíricos. Efetivamente, as dificuldades dos elementos empíricos do dolo levaram historicamente à adoção de presunções da ocorrência do dolo; à aceitação da responsabilidade objetiva, mais ou menos disfarçada inclusive por institutos como o *versari in re illicita*; e ao alargamento do conceito de dolo, objetivando-o, mais ou menos conscientemente, como regra de imputação, sobretudo para além do dolo intencional tradicional, o de matriz romana. De qualquer forma, o autor afirma que o dolo não se prova, provam-se os elementos existentes no mundo dos fatos.³³⁹ Embora respeitemos a opinião do autor, parece-nos que é possível, sim, provar o dolo. Antônio Damásio, neurocirurgião e neurocientista, defende que a consciência ocorre no interior de um organismo, e não em público, mas que se associa a várias manifestações públicas. Essas manifestações não descrevem o processo interno de modo tão direto quanto uma sentença falada traduz um pensamento, no entanto, quando disponíveis para observação, elas são como correlatos e sinais reveladores da presença da consciência. Portanto, diz o autor, podemos observar e estabelecer uma ligação de três vias: entre determinadas manifestações externas e comportamentos específicos; manifestações internas correspondente que está apresentando e conforme elas são relatadas por esse ser humano; e as manifestações internas que nós, como observadores, podemos verificar em nós mesmos quando em circunstâncias equivalentes às do indivíduo observado. Essa ligação de três vias autoriza-nos a fazer inferências razoáveis sobre estados humanos privados a partir do comportamento externo.³⁴⁰ Nesse contexto, pode-se provar, por exemplo: documentalmente, que o acusado era associado a um clube de tiro e tinha treinamento para lidar com armas; testemunhalmente, que acusado e vítima eram inimigos; por meio da perícia médico-legal, que todos os disparos foram feitos na região da cabeça e a curta distância. Dessa forma, ainda que o acusado alegasse culpa no manuseio da arma, todas essas provas mencionadas demonstrariam que o acusado, provavelmente, aquiesceu com a realização do tipo penal.³⁴¹ Portanto, entendemos que é possível comprovar o dolo. Talvez não da mesma forma que se prova a existência de um contrato, mas, entendido que não se busca atingir a certeza absoluta sobre os fatos e analisando todas as circunstâncias trazidas, é possível provar a intenção do agente no cometimento da conduta. Por essa razão,

³³⁸ RUÇO, 2017, p. 254-55.

³³⁹ COSTA, 2015, p.153-54.

³⁴⁰ DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2015, p. 74-75.

³⁴¹ COSTA, 2015, p. 197.

Antônio Damásio afirma que a solução do problema metodológico criado para compreender o caráter privado da consciência é teorizar constantemente sobre o estado de espírito dos outros a partir de observações de comportamentos, relatos sobre estados mentais e verificação de sua correspondência com base em experiências pessoais comparáveis.³⁴² Sob essa perspectiva, a prova pericial ganha especial relevo, diz Márcio Schlee Gomes, trazendo importantes pontos de convicção para delinear a intensidade do dolo do autor do crime se, por exemplo, as lesões foram praticadas em vida ou *pós-mortem*. Todos os aspectos ganham grande relevância para o exame das mais diversas teses que serão debatidas em um processo criminal de homicídio.³⁴³ No entanto, é preciso cautela. Lembra Lênio Streck que nem todo ato de tirar a vida de alguém está inserido no título “dos crimes contra a pessoa”. O crime de latrocínio, por exemplo, previsto no art. 157 do CP, ocorre quando o autor do roubo, ao empregar violência contra a vítima, vem a matá-la. A sanção, lembra o autor, varia de 15 a 30 anos, sem prejuízo de multa.³⁴⁴ Desse modo, é importante deixar claro que a prova da ocorrência do homicídio não se dá pelo simples exame cadavérico. Isto é, nem sempre é possível distinguir, em termos de materialidade, por exemplo, e com base única e exclusivamente na perícia, se se trata de um crime doloso contra vida ou de um crime de latrocínio, ou se o crime de homicídio foi doloso ou foi culposo. Percebe-se que, em ambos os casos, haverá um laudo necroscópico indicando lesões e características importantes, mas dificilmente, e com base exclusivamente no laudo, se poderá afirmar, categoricamente, que se trata de um crime doloso ou culposo contra a vida ou, ainda, se se trata de um crime de latrocínio. Na realidade, outros elementos probatórios deverão ser examinados para uma melhor distinção como, por exemplo, algum meio de prova testemunhal ou uma mídia acostada aos autos por meio das quais se possa aferir qual era de fato o elemento subjetivo do agente no momento do cometimento do delito. Portanto, apenas pelo cotejamento das provas, e não somente pelo exame do laudo pericial, é que se formará o convencimento, ainda que momentâneo e superficial, acerca da materialidade do crime. Importa lembrar, como bem observam os delegados de polícia Daniel Barcelos e Luciano Vidal, que os elementos materiais de um delito não são imunes às percepções pessoais do profissional encarregado de identificar, catalogar e analisar os dados físicos em uma investigação criminal. As conclusões de laudos periciais são resultado de um ponto de vista sustentado cientificamente, mas não retratam uma espécie de verdade nem de

³⁴² DAMASIO, 2015, p. 75.

³⁴³ GOMES, 2016, p.37.

³⁴⁴ STRECK, 2002, p.57.

longe são absolutas, não vinculando nem o delegado de polícia ou o juiz.³⁴⁵ Por essa razão, não podemos ficar circunscritos ao laudo necroscópico e afirmar, apenas como base nele, que se trata de um crime doloso contra a vida. Seria prudente afirmar, na esteira de Pedro Jorge Costa, que o primeiro dos meios de prova é a perícia, seguida pelas provas do comportamento e do contexto em geral, que já são provas do estado mental que exige o dolo.³⁴⁶

Entendido isso, cumpre informar que o art. 413 do CPP, ao determinar que o magistrado se convença da materialidade, exige, igualmente, ainda que de forma perfunctória, que o magistrado também se convença sobre a intenção do agente no momento do cometimento da conduta, valorando as provas dos autos e determinando, de fato, se o objetivo era cometer um crime doloso contra a vida. Por isso, é preciso que o juiz sumariamente se manifeste expressamente acerca do *animus necandi*. Apenas examinando a intenção do agente se saberá se o delito cometido foi um crime de homicídio doloso ou culposo, mesmo porque é responsabilidade do magistrado zelar para que o juiz natural “correto” julgue o delito que lhe compete. Se, pela análise das provas, for provável que se trate de um crime doloso contra a vida, pronuncia-se. Em todas as outras hipóteses, a resposta é negativa.

Portanto, fica claro que, ao pronunciar, é preciso que o elemento subjetivo do tipo seja enfrentado. Todavia, esse não é o entendimento da jurisprudência dominante. E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lamentavelmente, como tantos outros tribunais, também entende não dessa forma, sustentando que o elemento subjetivo do agente deve ser analisado pelos jurados, juízes naturais da causa.

EMENTA: HOMICÍDIO TENTADO. DOLO EVENTUAL. POSSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. Tratando-se de homicídio doloso, a discussão sobre compatibilidade da forma tentada e o dolo eventual deve ser pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, como reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: "A questão trazida a desate no recurso especial é exclusivamente de direito, estando adstrita à análise da possibilidade, ou não, de desclassificação da conduta na hipótese em que não há exclusão, extreme de dúvidas, acerca da presença do elemento subjetivo dolo, ainda que na modalidade eventual. Consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal. A decisão de pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exige a certeza necessária à condenação. Eventuais dúvidas, nessa fase, devem ser solucionadas sempre à luz do princípio *in dubio pro societate*."³⁴⁷

³⁴⁵ BARCELOS; VIDAL, 2017, p. 33.

³⁴⁶ COSTA, 2015, p.170-93.

³⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70073386989**. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Julgado em: 17 maio 2017.

Ocorre que, à luz do art. 413 do CPP, o acusado deve ser pronunciado apenas se houver o convencimento do magistrado sobre a materialidade. E ficou demonstrado que para decidir sobre a materialidade é preciso enfrentar o dolo do agente. Desse modo, deixando de se analisar a presença do *animus necandi*, há, ao mesmo tempo, duas violações. A primeira, de viés constitucional, nos moldes da alínea 'd', inciso XXXVIII, art. 5.º da Constituição Federal, pois apenas os crimes dolosos contra a vida devem ser submetidos ao plenário do Júri. A segunda, de ordem legal, pois o art. 413 do CPP ordena que haja o convencimento acerca da materialidade, leia-se, convencimento de se estar diante de um crime doloso contra a vida. A razão disso, segundo Álvaro Antônio Sagulo de Aquino, é que se costuma sustentar que os juízes não podem examinar o mérito, pois estariam subtraindo do Conselho de Sentença, juiz natural da causa, sua análise. Tal afirmação é deveras equivocada de acordo com o autor. Se não há dúvida de que o Tribunal do Júri é o juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida, pois a própria Constituição Federal é expressa nesse sentido, também não há dúvida de que o juiz togado também é o juiz natural da causa. O procedimento adotado nos processos para julgamento dos crimes dolosos contra a vida é complexo, tendo em vista que é composto de duas fases distintas. Se, ao final do juízo da causa, houver alguma dúvida a respeito de quem seja o juiz natural, uma vez que nele há dois órgãos judicantes atuando, nenhum tipo de questionamento pode existir no juízo da acusação, considerando que nesse há um só juiz natural, qual seja, o juiz togado. Não se deve esquecer, diz o autor, de que o objeto da pronúncia é a proposta da denúncia. Portanto, o Tribunal do Júri, como juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida, existe se e quando o juiz togado admite sua competência na pronúncia.³⁴⁸ Dessa forma, fica claro que o Tribunal do Júri só tem competência para julgar os crimes contra a vida quando essa competência existe, isto é, quando ficar definido que é provável se estar diante de um crime doloso contra a vida. Também nesse sentido, Gustavo Badaró afirma que, em relação à materialidade delitiva para a pronúncia, a própria redação do art. 413 do CPP exige que se tenha prova plena da sua ocorrência.³⁴⁹ Assim, se pelo cotejo das provas existentes, ao final da primeira fase do rito do Júri, não ficar satisfatoriamente comprovada a materialidade de que se trata de um crime contra a vida, não estará instaurada a competência dos jurados para o julgamento da causa,

³⁴⁸ AQUINO, 2004, p. 142-43.

³⁴⁹ BADARÓ, 2003, p.393.

pois, novamente, não há prova necessária para afirmar que provavelmente se trate de um crime doloso contra a vida.

Dessa forma, acertada a decisão proferida pelo desembargador Sérgio Miguel Achutti Blattes, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao afirmar, expressamente e de forma bastante clara, que o convencimento acerca da materialidade envolve o convencimento sobre o elemento subjetivo do acusado no momento do cometimento do delito.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DESOBEDIÊNCIA, CONDUÇÃO DE VEÍCULO EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIMES CONEXOS. 1. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo pronúncia basta o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. Ainda, é no conceito de materialidade que se insere o elemento subjetivo do tipo penal, tendo em vista que fundamental ao juízo de adequação típica. Então, a decisão de pronúncia pressupõe também o exame quanto a verificação de elementos mínimos - ou de indícios suficientes - do dolo imputado na denúncia. Assim é porque se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito. A decisão de pronúncia consiste em juízo de cognição horizontal acerca do acervo probatório, adstrito à verificação da admissibilidade da acusação formulada. No âmbito do procedimento do Tribunal do Júri, a competência outorgada pela Constituição Federal ao Conselho de Sentença impõe uma restrição à cognição do juiz togado, a qual, observado o estabelecido pelo artigo 413 do Código de Processo Penal, está limitada ao convencimento da materialidade do fato e à verificação da existência de indícios suficientes de autoria ou participação. Tanto, porém, não significa que a simples existência de duas versões probatórias antagônicas imponha, automaticamente, o juízo de admissibilidade da acusação. Ao contrário, dispõe o artigo 419 do Código de Processo Penal que o juiz, quando convencido da ocorrência de crime não doloso contra a vida, encaminhará os autos ao juízo competente, desclassificando a imputação. Assim, este dispositivo, interpretado conjuntamente com o artigo 413 do CPP, indica que ao magistrado, no final da primeira fase do procedimento do júri, compete um exame de cognição horizontal também acerca do elemento subjetivo do tipo, impondo-se a pronúncia apenas quando presentes elementos indicativos suficientes do dolo. Ausentes esses elementos, ou insuficientes os indícios, é caso de desclassificação, com a remessa dos autos ao juízo singular competente. 2. No caso, as circunstâncias do fato não sustentam a hipótese acusatória de dolo, justamente porque ausentes elementos indicativos de que o réu tivesse qualquer motivo para atentar contra a vida do policial, ou que tenha agido com esse intuito sem motivação específica. Desclassificação operada.³⁵⁰

Na realidade, Nereu Giacomolli, quando então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiramente, já sustentava o entendimento de que é preciso a apreciação do elemento subjetivo no momento da pronúncia.

³⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70072728926**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Julgado em: 14 jun. 2017.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIOS TENTADOS QUALIFICADOS. PRONÚNCIA. O juízo de admissibilidade da acusação, no âmbito do procedimento do júri, depende, além da existência de indícios suficientes de autoria, também da comprovação da existência do fato, o que compreende o elemento subjetivo do tipo penal. No caso, considerado o número de golpes e as regiões do corpo atingidas (tórax), não é possível afastar o *animus necandi* em relação à tentativa de homicídio da vítima Joner. Porém, esclarecido ter sido a vítima Aline atingida por acidente no momento em que tentava intervir na briga, não tendo o auto de exame de corpo de delito sequer apontado a existência de lesões perfurantes, não há como sustentar ter o réu agido com *animus necandi* em relação a ela. Presentes indícios da existência das qualificadoras referentes ao 1.º fato denunciado (motivação torpe e uso de recurso que dificultou a defesa do ofendido), inviável a sua exclusão nessa fase processual. Pronúncia mantida em relação ao 1.º fato denunciado. RECURSO PROVIDO EM PARTE.³⁵¹

Desse modo, é equivocado o entendimento da jurisprudência de que é vedado ao magistrado examinar o elemento subjetivo do tipo penal ao proferir a decisão de pronúncia, deixando-o a cargo dos jurados, juízes naturais da causa. Entender dessa forma, além de contrariar a Constituição Federal e o art. 413 do CPP, inviabiliza a aplicação dos artigos 415 e 419 do mesmo diploma. Como compatibilizá-los? Ou seja, como saberá o magistrado se não é caso de absolvição sumária ou desclassificação? Para percorrer tais caminhos, o magistrado precisa se inteirar das provas do processo para pelo menos cogitar a absolvição sumária ou a desclassificação. Ora, ainda que se trate de um juízo de cognição horizontal, é preciso que fiquem claros, ainda que superficialmente, os elementos que convenceram o magistrado de que se trata de um crime doloso contra a vida. Nesse sentido, Adriano Sérgio Nunes Bretas afirma que primeiramente o magistrado examina a possibilidade de absolvição sumária, pois, afinal de contas, é uma das alternativas presentes no texto legal. Sendo assim, o magistrado enterra o seu aparelho psíquico na cognição dos autos, invadindo a seara probatória para examinar se é caso de absolvição sumária. Após examinar cada prova, percebe que não é caso de absolvição sumária. E agora, o que fazer? Todo o aparelho psíquico do magistrado está impregnado pelo contato com a prova. Por causa disso, afirma o autor, é possível dizer que toda pronúncia é assinada por uma caneta com respingos da prova analisada.³⁵²

É bastante claro que o juiz, ao examinar as provas, deve analisar o elemento subjetivo do agente no momento da conduta, justamente para se convencer de que está provavelmente diante de um crime doloso contra a vida. Mas a questão que pode ocasionar algum questionamento é: como compatibilizar isso com a natureza jurídica da pronúncia, a qual é uma decisão de cunho meramente declaratória que reconhece a plausibilidade da acusação?

³⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70055439905**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 07 nov. 2013.

³⁵² BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Estigma de Pilatos**. São Paulo: Juruá, 2010, p.32.

Não vemos grandes problemas. Inicialmente, durante a primeira fase do Júri, o magistrado possivelmente já terá instruído o processo, ouvindo testemunhas, examinando os laudos e, ao final, interrogando o acusado. Nesse momento, é mais do que seguro afirmar que o magistrado já tem um conhecimento prévio sobre o mérito da ação penal. Pode-se inclusive afirmar que de forma muito efêmera, superficial, mas o suficiente para se convencer e firmar a competência inicial do Júri. Terminada a primeira fase, chega o momento, como já referido, em que o magistrado precisa se aprofundar um pouco mais para verificar se não é o caso de aplicar o art. 415 ou o art. 419 do CPP. Para verificar a viabilidade de absolver sumariamente, por exemplo, em virtude de legítima defesa, é necessário verificar se o acusado operou com a intenção de se defender de uma agressão atual ou iminente, de forma moderada, a direito seu ou de outrem. Também para desclassificar é preciso se inteirar a respeito da intenção do agente. É necessário formar a convicção sobre qual resultado o agente quis ou assumiu o risco de produzir. Surgindo dúvida razoável, é caso de impronúncia em obediência ao art. 414 do CPP. No entanto, havendo prova farta, sólida, além de qualquer dúvida razoável que indique probabilidade de se tratar de um crime doloso contra a vida, é caso de pronúncia. No entanto, o magistrado deverá redigir a peça com uma linguagem comedida, sóbria, deixando de abordar o mérito, em obediência ao §1.º do art. 413 do CPP, mesmo porque o jurado receberá a cópia da pronúncia de acordo com o parágrafo único do art. 472 do CPP. Justamente para não influenciar o ânimo dos julgadores se justifica a peça de forma sucinta. Destarte, apresentando essa postura, o magistrado terá valorado a prova penal, exercido o filtro epistêmico que a pronúncia reclama e deixará de adotar a postura de pronunciar de forma automática, sistemática, utilizando como desculpa a competência constitucional outorgada pela Constituição Federal aos jurados.

2.7 SUFICIÊNCIA INDICIÁRIA DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Em relação à autoria e participação, a questão é mais complexa. O motivo é que o art. 413 do CPP refere que basta a presença de indícios suficientes para que o acusado seja pronunciado. Percebe-se que, na antiga redação, prevista no então art. 408 do mesmo diploma, exigia-se que o juiz se convencesse da existência do crime e de indícios de que o réu fosse seu autor. Com a reforma promovida pela Lei 11.689/2008, foi acrescido o adjetivo “suficiente”. A doutrina diz que tal inserção não significa que se passou a exigir mais provas em relação à autoria. Nesse sentido, Gustavo Badaró afirma que, na redação originária da

disposição do art. 408, *caput*, do CPP, havia presença do termo “indícios de autoria”. Já a nova disposição passou a exigir “indícios suficientes de autoria”. Pode parecer, diz o autor, que, em um primeiro momento, se estaria exigindo um grau maior de probabilidade de que o acusado seja o autor do delito. Todavia, tal exigência não se verifica, eis que mesmo na legislação anterior, se o juiz não se convencesse da existência da “suficiência de autoria”, deveria impronunciar o acusado.³⁵³ Hermínio Alberto Marques Porto, muito antes da alteração provocada pela Lei 11.689/2008, já dizia que, no tocante à autoria, não se exigia um convencimento absoluto, o qual devia ficar limitado à apresentação de dados que representem indícios de ser o acusado o autor dos fatos descritos na inicial. Para o autor, indícios de autoria são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente na forma descrita pela inicial penal. O indício “suficiente” de autoria oferece uma relativa relação entre um primeiro fato e um seguinte advindo da observação inicial, os quais, para que motivem a decisão de pronúncia, devem apresentar expressivo grau de probabilidade que, sem excluir dúvida, tende a se aproximar da certeza.³⁵⁴ Na mesma linha, James Tubenchlak afirma que motivar uma pronúncia, ao lado da certeza da existência do crime, exige uma prova indiciária forte, veemente, razoavelmente próxima, probabilidade da certeza de ser o réu o autor do crime.³⁵⁵ Percebe-se que ambos os autores se referiam aos “indícios suficientes” como espécie prevista no art. 239 do CPP. Entretanto, esse não é o posicionamento de Renato Brasileiro. Para o autor, a palavra “indício” é usada no estatuto processual penal com dois sentidos distintos. O primeiro como prova indireta, espécie do gênero prova, ao lado da prova direta, funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato. É exatamente nesse sentido que a palavra é usada no art. 239 do CPP. Já o segundo é como prova semiplena, elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse sentido, diz o autor, que a palavra indício é utilizada no art.413 do CPP.³⁵⁶ Portanto, com todo o respeito às opiniões de Hermínio Alberto Marques Porto e James Tubenchlak, acreditamos que, quando o art. 413 do CPP está a se referir a “indícios suficientes”, assiste razão Renato Brasileiro, que vê naquela expressão uma prova semiplena e não tão somente indiciária. Também nesse sentido, Gustavo Badaró afirma que a expressão indício, no art. 413 do CPP, não foi utilizada no sentido de prova indireta, isto é, de um fato provado que, por um raciocínio indutivo-dedutivo, permite inferir-se fato desconhecido.

³⁵³ BADARÓ, 2008, p. 75-76.

³⁵⁴ PORTO, 1980, p. 74.

³⁵⁵ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**: contradições e soluções. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59.

³⁵⁶ BRASILEIRO, 2018, p. 1161.

Nesses casos, diz o autor, o indício representa uma prova mais tênue, uma prova semiplena. Ou seja, não é necessário que exista nos autos prova capaz de convencer o juiz de que o réu é autor do delito.³⁵⁷

É justamente nesse sentido que se depreende a decisão de Nereu José Giacomolli, quando então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que ficou assentado que o art. 413 do CPP, ao exigir a presença de indícios suficientes de autoria para a decisão de pronúncia, deixou claro que não são quaisquer indícios que justificam a pronúncia, mas apenas aqueles suficientes, assim entendidos os que apontem a probabilidade de participação do réu no fato descrito na denúncia.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. PRONÚNCIA. INDÍCIOS INSUFICIENTES DE AUTORIA. 1. Após a reforma processual de 2008, com a nova redação do artigo 155 do CPP, o legislador optou por privilegiar a garantia do contraditório, dispondo que o juiz deve formar sua convicção, como regra, a partir das provas produzidas sob o crivo do contraditório judicial. Na parte final do mesmo dispositivo legal, entretanto, restou autorizada a valoração subsidiária dos elementos informativos produzidos na investigação criminal, e também das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas. A impossibilidade de repetição sob o crivo do contraditório judicial determina seja instaurado um incidente de antecipação probatória, observados o contraditório e a ampla defesa. No caso concreto, executadas as duas testemunhas que prestaram depoimentos na investigação criminal logo após a inquirição, não há dúvidas da irrepetibilidade dos depoimentos e da imprevisibilidade do ocorrido, estando, pois, autorizada a valoração desses depoimentos da decisão de pronúncia. 2. Ao juízo de pronúncia basta a comprovação da existência do fato e indícios suficientes de autoria, não sendo necessária prova plena, certeza, como nas decisões de mérito. Porém, o artigo 413 do Código de Processo Penal, ao exigir a presença de indícios suficientes de autoria para a decisão de pronúncia, deixou claro que não são quaisquer indícios que justificam a pronúncia, mas apenas aqueles suficientes, assim entendidos os que apontem a probabilidade da participação do réu no fato descrito na denúncia. Meros indícios isolados nos autos não justificam a remessa do réu a julgamento pelo Tribunal popular. No caso, a indicar a participação do acusado há nos autos apenas os depoimentos prestados pelo ofendido na fase policial, eivado de contradições. Insuficiência dos indícios de autoria. Recorrente despronunciado. RECURSO PROVIDO.³⁵⁸

Percebe-se, como veiculado no acórdão citado, que não se está a exigir certeza em relação à autoria ou participação, mesmo porque, conforme já demonstrado, a certeza absoluta é algo intangível. Requer-se somente que ocorra a pronúncia diante da presença de indícios suficientes, esses submetidos ao contraditório e às técnicas de valoração probatória próprias

³⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Reformas no processo penal**. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2008, p. 75-76.

³⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70056700446**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 05 jun. 2014.

da análise da “probabilidade lógica” ou “baconiana”, com o grau de convicção “além de dúvida razoável” que indique probabilidade de autoria ou participação.

A pronúncia só pode subsistir se for provável que o réu seja o autor do delito. Em sendo apenas possível, é forçoso reconhecer a presença de dúvida razoável e o caminho a seguir é o da impronúncia, em decorrência do disposto do art. 414 do CPP. Daniel Barcelos e Luciano Vidal explicam que possibilidade é toda forma de ter ocorrido algo, da mais remota à mais comum. Já probabilidade é uma espécie de evolução da possibilidade, de forma que aquilo que pode ter acontecido de alguma maneira (por ser possível) deve ter acontecido de outra maneira (por ser provável). Há, na probabilidade, segundo os autores, um nível mais elevado de segurança a partir de um conjunto de elementos lógicos.³⁵⁹ No mesmo sentido, Sérgio Marcos Pitombo explica que por juízo do possível compreende-se aquele que logicamente não é contraditório; entenda-se não autocontraditório. O juízo do possível emerge de forma neutra – é possível que o homem seja homicida, mas é possível que também não o seja. Já o juízo do provável é o juízo da verossimilhança. Ele se aproxima da verdade sem necessariamente ser verdadeiro. Parte de razões robustas, porém ainda não decisivas. Não bastante suficientes, senão para imputar. O juízo do provável não emerge de forma neutra – é provável que o homem seja homicida por causa dos meios de prova colhidos ou produzidos, mas talvez não o seja.³⁶⁰ No mesmo sentido dos autores anteriores, Alfredo Cunha Campos afirma que para a pronúncia não basta ser possível a autoria ou participação no sentido de determinada pessoa ser o autor ou partícipe do crime. Deve haver algo a mais. A autoria ou participação deve ser provável, enriquecida com a mera possibilidade de provas convincentes da prática da conduta criminosa por determinada pessoa.³⁶¹ Sob essa perspectiva, Nereu Giacomolli afirma que a suficiência probatória não se infere da quantidade probatória, mas de seus elementos qualitativos, de sua adequação factível à universalidade do que dos autos consta.³⁶² Vem à mente uma situação na qual um réu era acusado por várias pessoas de uma mesma família que tinham interesse em vê-lo preso, pois a presença dele no bairro, sendo integrante de órgão da segurança pública, impedia que essa família continuasse a cometer delitos na região. Em vista disso, todos os integrantes da família se dirigiram a uma delegacia de polícia e declararam que o acusado era o autor de um homicídio que estava há anos sem solução. Relataram todos, de forma detalhada, a mesma versão para a autoridade policial,

³⁵⁹ BARCELOS; VIDAL, 2017, p. 36.

³⁶⁰ PIERANGELI; PITOMBO; ZAFFARONI, 2002, p. 69.

³⁶¹ CAMPOS, 2010, p. 64.

³⁶² GIACOMOLLI, 2014a, p. 98.

inclusive com as mesmas impressões e pontos de vista. Tais depoimentos foram suficientes para que o acusado tivesse sua prisão preventiva decretada e, posteriormente, fosse pronunciado, eis que, na ocasião, o magistrado se satisfizesse meramente com o exame quantitativo da prova, em razão dos diversos depoimentos em desfavor do acusado, e não se ateuve ao exame qualitativo da prova, às circunstâncias de que provavelmente tais relatos não eram verossímeis, justamente pela perfeita sincronia que todos apresentavam e pelo fato de todos os depoentes apresentarem diversos antecedentes criminais, dentre eles, tráfico de entorpecentes e homicídios, enquanto o acusado, policial militar, não apresentava uma mácula sequer em toda a sua carreira.

Se a prova tivesse sido examinada de forma qualitativa, provavelmente isso não teria acontecido. A verdade é que, para analisar a prova de forma qualitativa, é preciso examinar todas as vertentes possíveis e não se satisfazer, em regra, com o que foi declarado unilateralmente na ocorrência policial. A título de curiosidade, os delegados de polícia Daniel Barcelos e Luciano Vidal dizem que, em regra geral, quando da investigação de um crime de homicídio, é preciso atentar à “relação pessoal” entre o autor e a vítima do delito. Dizem os autores que se considera “relação pessoal” o contato entre duas pessoas que tratam de algo em comum, ainda que em um curtíssimo espaço de tempo. Essa relação pode ter durado 10 segundos, como no caso de uma discussão de trânsito, ou 10 anos, na hipótese de ter havido uma relação familiar. O que importa é que o autor, geralmente, é conhecido da vítima, e é dessa circunstância que decorre a motivação para o crime. Dizem os autores que há, no jargão policial, a expressão que o autor do homicídio “pisou” na história de vida da vítima. Por óbvio, isso não ocorrerá na hipótese em que o autor do crime for um matador de aluguel. Mas nesse caso, não se trata de uma exceção, eis que a regra não se aplica ao autor, mas sim ao mandante.³⁶³ Portanto, trazendo esse ensinamento para o exemplo anterior, em que uma família de criminosos moveu o Poder Judiciário para prender indevidamente o policial, se o juiz, antes de decretar a prisão preventiva e posteriormente pronunciar o acusado, tivesse tido a cautela de averiguar se existia uma “relação pessoal” entre o acusado e a vítima, não teria prendido preventivamente nem pronunciado o acusado, pois, como dito, ateuve-se à quantidade de depoimentos em desfavor do acusado, realizando tão somente um exame quantitativo da prova.

³⁶³ BARCELOS; VIDAL, 2017, p. 40.

Desse modo, é preciso que se realize um exame qualitativo da prova. É preciso que se avalie cada meio de prova que aponte a autoria e que se verifique o grau de suporte indutivo de cada prova. É necessário que o meio de prova, depois de passar pelo crivo do contraditório, seja submetido a uma série de induções, eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência daquela regra geral ante as interferências de outros elementos que poderiam conduzir a resultados diversos. Transposta essa etapa, e restando incólume a prova semiplena que demonstre o provável autor do delito, tem-se preenchido o requisito exigido pelo art. 413 do CPP.

Importante ressaltar que quase tudo que foi trazido sobre a materialidade, a respeito de formar a convicção, aplica-se à autoria. Assim, transcorrida toda a instrução, seguramente o magistrado já terá tido contato com quem é imputada a autoria do delito, inclusive terá participado do interrogatório ao final da instrução, se o acusado desejar expor sua versão. Portanto, entendendo o magistrado que se está diante de um crime doloso contra a vida, é preciso se manifestar, ainda que de forma perfunctória, em relação à autoria. Importa observar que para verificar a aplicabilidade do inciso II do art. 415 do CPP o magistrado precisará se aprofundar no mérito. Dessa forma, estando provado não ser o acusado o autor do crime, deve o magistrado absolvê-lo sumariamente. No entanto, não existindo prova cabal nesse sentido, mas, da mesma forma, inexistindo prova segura que aponte o acusado como autor do crime, isto é, sendo fraca a prova e sendo apenas possível a autoria, porém não superando a dúvida razoável, é caso de impronúncia em obediência ao art. 414 do CPP. No entanto, sendo forte a prova e provocando um convencimento “além de dúvida razoável”, atingindo probabilidade de o acusado ser o autor, tem vez a pronúncia, a qual deverá ser confeccionada de forma comedida para não influenciar os jurados, atendo-se aos limites da natureza da pronúncia, que é uma decisão de cunho meramente declaratório que reconhece a plausibilidade da acusação.

Apenas dessa forma o magistrado estará respeitando a Constituição Federal, que outorgou ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, bem como o art. 413 do CPP, segundo o qual o acusado deve ser pronunciado apenas quando houver indícios suficientes que indiquem autoria ou participação. Resta lembrar que os jurados não fundamentam seus votos. Por essa razão, se requer um efetivo controle sobre a prova penal nesse momento específico que tem fez a pronúncia.

3 JURADOS

Compreender os jurados é de vital importância quando se examina a prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia, justamente porque são eles os destinatários da prova, que será criteriosamente analisada pelo magistrado na fase de intersecção ao rito do Júri. Em razão de os jurados não precisarem fundamentar o veredicto, insiste-se que o juiz deve exercer um controle firme, seguro e forte da prova que será fundamental para pronunciar o acusado.

Os que sentam nas cadeiras de jurados, diz Nereu Giacomolli, são os “homens bons”, herança da sociedade escravocrata (proprietários e os que atingiam determinada renda), para julgar os “homens maus”, os que sentam no banco dos réus.³⁶⁴ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, professora de antropologia social, estudou o Tribunal do Júri como poucos. Ao entrevistar um jurado, afirmou, em uma das ocasiões, que pelo fato de promotor e juiz ficarem perto um do outro no espaço do plenário passa-se aos jurados a impressão de que o “jogo” tem, de um lado, promotor e juiz como autoridades e, de outro, advogado e réu como comuns mortais; o advogado com um pouco mais de *status* do que o réu e os jurados como autoridades temporárias.³⁶⁵ De acordo com § 2.º do art. 425 do CPP, requisita-se a 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. Por essa razão, Lênio Streck afirma que, desde sua criação, o Júri causou polêmica no que tange a sua representatividade e, principalmente, à capacidade de os jurados decidirem questões consideradas pelos juristas como de “alta relevância técnica”, as quais os juízes de fato ou leigos não tinham capacidade para alcançar.³⁶⁶ O problema maior, a nosso ver, é que os jurados, na maioria das vezes, são funcionários públicos, e eles não se identificam com os réus acusados de homicídio, pois, em regra, esses são oriundos de camadas menos abastadas da sociedade. Como bem observou anteriormente Nereu Giacomolli, trata-se de “homens bons” julgando “homens maus”, inclusive nos dias atuais.

Quanto à obrigatoriedade da função, de acordo com art. 436 do CPP, o serviço do Júri é obrigatório e exige a participação de maiores de 18 anos e notória idoneidade. Em razão da importância e da responsabilidade do ato de julgar um semelhante por delitos que envolvem a

³⁶⁴ GIACOMOLLI, 2014b, p.94.

³⁶⁵ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo ritual e teatro, um estudo antropológico sobre o tribunal do Júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 62-63.

³⁶⁶ STRECK, 2002, p. 82-83.

vida e cujo resultado condenatório poderá resultar em várias dezenas de anos no cárcere, Nereu Giacomolli entende que a participação do cidadão no corpo de jurados deveria ser facultativa, e não obrigatória.³⁶⁷ A prática demonstra que muitos jurados, quando sorteados, criam empecilhos, inventam compromissos, justamente porque não desejam participar do julgamento de outro semelhante. As causas são diversas. Por exemplo, um jurado entrevistado por Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, acostumado a participar de julgamentos, afirmou que deixou de acreditar na validade daquilo tudo, e declarou-se “desiludido” após anos de atuação. Disse ele:

Eu não tinha mais o que fazer lá, pois não conseguia mais acreditar no sentido daquilo. De que adianta condenar aqueles pobres coitados a penas de dez, vinte ou trinta anos de reclusão? Me diga? Do que adianta isso? Além do mais, se considerarmos a maneira incorreta como a imensa maioria das provas é coletada e periciada e como são realizados os inquéritos na polícia, aí então é que não se consegue julgar mais ninguém.³⁶⁸

Além da obrigatoriedade, o art. 436 do CPP também exige que os jurados sejam idôneos. Assim, questiona Lênio Streck: o que são cidadãos de notória idoneidade? Não existe um “idoneidômetro”, explica Streck. O que acaba acontecendo é a escolha de cidadãos que fazem parte de um padrão de normalidade e aceitação pela sociedade, isto é, a normalidade instituída, em que normal vem a ser o “cidadão-não-desviante”.³⁶⁹

Percebe-se, então, que os critérios determinados para seleção dos jurados andam em descompasso com a finalidade atribuída pela Constituição Federal ao instituto do Tribunal do Júri, que deveria funcionar como verdadeiro direito fundamental do acusado. A lei e o critério de seleção dos jurados parecem caminhar em um sentido diverso, pois o cidadão julgado pelo Tribunal Popular, na forma como está instituído, tem seu julgamento muito mais atrelado ao acaso, dependendo da habilidade do promotor ou do defensor e da presença de jurados rigorosos ou indulgentes, do que de fato ao exame das provas constantes no processo. Como bem observa Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, mais do que absolver ou condenar um réu, uma sentença absolutória ou condenatória no Júri, muitas vezes, indica o vencedor e o perdedor da batalha argumentativa.³⁷⁰ Desse modo, fica claro que nem sempre a justiça é algo perseguido e alcançado nas decisões do Tribunal do Júri, pois, como já mencionado, os jurados julgam

³⁶⁷ GIACOMOLLI, 2014b, p. 95.

³⁶⁸ SCHRITZMEYER, 2012, p. 60.

³⁶⁹ STRECK, 2002, p. 82-84.

³⁷⁰ SCHRITZMEYER, 2012, p. 71.

sob íntima convicção, isto é, não é necessária a fundamentação e, dessa forma, não existe controle sobre o que foi levado em consideração para formar a convicção.

3.1 JURADOS E JULGAMENTO SOB A ÍNTIMA CONVICÇÃO

Os jurados, diz Danni Sales Silva, são marinheiros em busca de “compreensão”. É corriqueiro, segundo o autor, que, após a manifestação de uma das partes, o jurado sinta o “norte”, pressinta convencimento, sendo igualmente habitual que mude o paradigma após ouvir a parte adversa. Essa mudança de perspectiva, indo e vindo em convicções, é em que consiste a reflexão moral do julgador, que aguça o ouvido para as vozes de “dentro”.³⁷¹

É verdade que o sistema instituído para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, previsto pelo art. 406 e seguintes do CPP, diante de um processo que muitas vezes dura diversos anos, não é o mais indicado. Obrigar o jurado a decidir uma causa que tramita já há bastante tempo, sendo que geralmente a prova não será produzida na sua presença, e obrigá-lo a decidir se absolve ou condena é algo que dificulta muito a análise acurada do material probatório, sobretudo para os jurados, juízes leigos. Talvez por essa razão elegeu-se que o jurado deve decidir de acordo com sua consciência, sem a necessidade de qualquer tipo de fundamentação.

Essencialmente, os sistemas de avaliação legal das provas são três: o sistema da prova legal; o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado; e o sistema do livre convencimento ou íntima convicção. No já superado primeiro sistema, há hierarquia entre os meios de prova, cada prova tendo seu valor predefinido em lei. De acordo com Márcio Schlee Gomes, nesse sistema tinha-se como objetivo a “busca da verdade real”, dando, assim, ampla margem à arbitrariedade e, inclusive, à tortura dos acusados com a finalidade de extrair uma confissão, a qual foi, por muito tempo, considerada a “rainha das provas”.³⁷² No segundo sistema, chamado de sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, não há hierarquia entre provas, mas o juiz é obrigado a fundamentar a decisão. Nereu Giacomolli afirma que a expressão “livre convencimento” foi cunhada no Iluminismo, com o estopó de libertação do *ancien regime*, de valoração legal das provas, bem como para libertar o magistrado da intrincada malha legal.³⁷³ Por fim, no terceiro sistema, o de livre

³⁷¹ SILVA, Danni Sales. **Júri**: persuasão na tribuna. Curitiba: Juruá. 2018, p.15.

³⁷² GOMES, 2016, p.59.

³⁷³ SILVEIRA et al., 2015, p. 45.

convencimento ou íntima convicção, não há hierarquia entre provas, existe liberdade do julgador, que não precisa fundamentar a decisão. Esse último sistema é o que vigora na segunda fase do Tribunal do Júri. Os jurados decidem de forma sigilosa, sem externarem qualquer razão. Dessa forma, como dito, não há um controle de fato sobre quais meios de prova foram levados em consideração para a formação do veredicto. Isso significa, nas palavras de Nereu Giacomolli, que os jurados são instados a dizer “sim” ou “não” às perguntas feitas, sendo o resultado a condenação ou a absolvição, sem que se saiba a real motivação, da idoneidade e coerência, e sem que se saiba se a decisão está ou não baseada em fatos e circunstâncias dos autos.³⁷⁴ Nesse sentido, diz Aury Lopes Jr. que o princípio da íntima convicção é adotado no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório e sem necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. Dessa forma, segundo o autor, permite-se a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e, até mesmo, contra a prova.³⁷⁵ Decidir conforme sua consciência, segundo Lênio Streck, sem a necessidade de externar qualquer fundamento, forma uma triangulação entre subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário, pois todas passam a ser variações de um mesmo tema.³⁷⁶ Nesse contexto, o golpe fatal no Júri, afirma Aury Lopes Jr., está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica, mas de explicar o porquê da decisão e o que levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade.³⁷⁷ Basta observar que as hipóteses de apelação do resultado do Júri são limitadas, e a insurgência em relação à decisão dos jurados está prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 593 do CPP. Trata-se de uma apelação no “escuro”, de difícil aplicabilidade para a defesa, justamente pela ausência de razões que levaram os jurados a decidir. Para a acusação é mais fácil, eis que, se o processo chegou ao plenário, por óbvio há elementos que dão guarida a uma eventual decisão condenatória, então apenas uma decisão absolutória pode eventualmente ser manifestamente contrária às provas dos autos.

Como bem observado anteriormente por Aury Lopes Jr., a questão que se levanta é: por que não se obrigou ao jurado o dever de fundamentar seu voto, como no livre

³⁷⁴ SILVEIRA et al., 2015, p. 45.

³⁷⁵ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 575.

³⁷⁶ STRECK, 2017b, p. 26.

³⁷⁷ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1078.

convencimento motivado? Como já referido, acredita-se que, sendo o jurado leigo, poderia haver um descompasso entre a decisão e a fundamentação, o que ocasionaria diversos problemas e, assim, múltiplos recursos para instâncias superiores. Mas percebe-se que, inclusive no livre convencimento motivado, não estamos diante de um sistema ideal. Nesse sentido, Michele Taruffo afirma que o princípio do livre convencimento, de fato, atribuiu ao juiz o poder de valorar discricionariamente as provas e de determinar a sua eficácia, porém não indica como o juiz deve exercitar esse poder discricionário.³⁷⁸ Por essa razão, Rubens Casara defende que o livre convencimento motivado é um mito, que ocupa espaço teórico destinado a colocar um véu na tradição e no inconsciente na valoração judicial das provas no processo penal. No plano filosófico, explica o autor, esse princípio se encontra vinculado à chamada filosofia da consciência, ao esquema sujeito-objeto e à crença de que se apreende a prova para, em seguida, decidir conforme a consciência.³⁷⁹ Em outras palavras, diz o autor, a fundamentação da decisão, somente criada após a tomada da decisão, funciona como interdição do arbítrio.³⁸⁰ Assim, como se vê, não há sistema de valoração legal da prova que seja ideal, perfeito. Cada qual apresenta suas vantagens e desvantagens. No entanto, dentro dos sistemas existentes, o de livre convencimento motivado parece ser o melhor, justamente porque delimita a discricionariedade do juiz, indica o caminho tomado e permite a revisão por uma instância superior das razões invocadas pelo magistrado para decidir a questão.

Ocorre que, como já afirmado, lamentavelmente, ao jurado não é exigida a fundamentação da decisão, uma vez que decide por íntima convicção. Por isso, Vinicius Galvão entende que, no Júri, a equidade encontra amplo espaço. O juízo de certo ou errado, diz o autor, nem sempre é concorde à lei. A quantidade de conceitos abertos e qualitativos, como “motivo fútil, torpe, meio cruel ou insidioso”, também contribui para essa dificuldade.³⁸¹ E é justamente essa possibilidade de múltiplas interpretações do texto legal e também dos enunciados, somada à falta de fundamentação e à circunstância de se tratar de juízes leigos, que faz ser impossível prever o resultado de um julgamento. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer lembra um Júri em que o promotor sustentava que a vingança constituía a qualificadora da torpeza. No entanto, o defensor fez a ressalva de que apenas quando

³⁷⁸ TARUFFO, 2014, p. 294.

³⁷⁹ CASARA, 2015, p.181.

³⁸⁰ *Idem*, p. 185.

³⁸¹ GALVÃO, 2018, p. 51.

representava maldade exacerbada, pois, no caso do pai que mata o estuprador da filha, a vingança tem relevante valor moral, justificando até a diminuição da sua pena.³⁸²

A verdade é que, como os jurados não fundamentam os votos, muitas vezes o que decide o julgamento é a eloquência do bom promotor ou do experiente advogado, atores que, na maioria das vezes, são profissionais acostumados ao debate e ao ambiente de disputa do plenário. Desse modo, pertinente a observação de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer ao dizer que um promotor não se torna um grande acusador porque condena muitos réus, e que um advogado não se torna um grande defensor porque absolve outros tantos. Eles condenam ou absolvem com eficácia porque já se tornaram grandes oradores do Júri.³⁸³ No entanto, não podemos esquecer que a acusação geralmente leva vantagem nessa disputa, uma vez que os promotores, em regra, por participarem de mais julgamentos que os defensores, salvo no caso dos defensores públicos, acabam conhecendo melhor o jurado, e tal circunstância permite que saibam quais jurados melhor atendem aos anseios da acusação. Isso sem contar o fato de que, em algumas comarcas, os promotores têm acesso às consultas integradas dos jurados e, assim, possuem mais um instrumento disponível para selecioná-los. Em contrapartida, o defensor, dispõe apenas da lista com os nomes e as respectivas profissões, o que demonstra mais um desequilíbrio a favor da acusação no momento do julgamento. Por essa razão, seria interessante que a lei disponibilizasse um contato prévio com o jurado, no estilo norte-americano, em que é permitido às partes uma pequena conversa para conhecer melhor o julgador. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que, no modelo brasileiro, não existe uma entrevista prévia com os jurados para poder conhecê-los melhor e para que advogados e promotores pudessem, assim, traçar o perfil social, econômico e mesmo psicológico de cada um.³⁸⁴ Essa possibilidade seria de grande importância, pois nenhum indivíduo é igual ao outro em valores e cultura, e isso certamente influencia na tomada de decisão. Alexandre Morais da Rosa diz que conhecer o julgador, isto é, saber como ele pensa, é necessário. Segundo o autor, em tempos de acesso à internet, facilmente se pode encontrar os 25 jurados sorteados e investigar a vida pregressa, bem como saber as preferências de cada um e delinear o mapa mental dos julgadores.³⁸⁵ Dessa forma, se, por exemplo, constar na *timeline* de algum dos jurados que ele recentemente foi vítima de roubo, não seria indicado selecioná-lo para compor o Conselho de Sentença se, por acaso, o réu já tiver sido condenado por delito patrimonial, eis

³⁸² SCHRITZMEYER, 2012, p. 80.

³⁸³ Idem, 2012, p. 96.

³⁸⁴ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1053.

³⁸⁵ ROSA, 2017, p. 667.

que, seguramente, o acusador reservará um momento específico da sua fala para supervalorizar os antecedentes do acusado, e, como referido, já que os jurados julgam sob íntima convicção, não saberemos se essa circunstância foi ou não levada em consideração.

Outro problema que aflige os julgamentos sob íntima convicção é quando se dispõe de prova ilícita, ainda não enfrentada nos autos. Imaginemos que o defensor foi constituído apenas para realizar a defesa em plenário e que, no dia do julgamento, percebe uma prova ilícita que nunca foi arguida pelos defensores anteriores. De fato, nesse momento específico, não existem meios legais para fazer o jurado observar a existência de uma prova ilícita e pedir que, por essa razão, não leve em consideração essa prova na tomada de decisão. Imaginemos, por exemplo, a existência de uma prova apreendida na residência do acusado sem autorização judicial. Se essa prova estiver nos autos e a ilicitude da prova não tiver sido examinada pelos tribunais, o jurado decidirá, seguramente, também com base nessa prova. Por óbvio que, sendo a prova ilícita, ela não convalidará e poderá ser arguida em preliminar de apelação. Mas, naquele momento específico, devido à falta de fundamentação, nunca se saberá se o jurado a acolheu ou não para decidir. Se fosse permitido, ainda que de uma forma singela, a fundamentação e se o jurado apontasse aquela prova com causa de decidir, seria mais fácil para a defesa anular o veredicto. O caminho, nesse caso, seria o desentranhamento daquela prova, pois a mácula estaria no momento em que ela foi capturada. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. aponta que as provas ilícitas não são passíveis de repetição, pois o vício se vincula ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Portanto, não havendo a possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.³⁸⁶ Como bem sustenta Ricardo Gloeckner, o interesse protegido pela nulidade absoluta é de ordem pública, sendo o vício tão radical que a torna inválida, transcendendo o mero interesse das partes.³⁸⁷ A razão do desentranhamento é que não basta a declaração de ilicitude da prova e a permanência dela nos autos, pois, seguramente, os jurados a levariam em consideração, mesmo que de forma inconsciente. Alexandre Morais da Rosa afirma que, por mais que tenhamos acesso a uma prova posteriormente declarada ilícita, o conteúdo dela se faz presente no processo cognitivo, gerando o que se denomina dissonância cognitiva.³⁸⁸ Isso significa dizer que não existirá imparcialidade suficiente para decidir a causa, pois, mesmo na hipótese de o jurado

³⁸⁶ LOPES JÚNIOR, 2014, p. 608.

³⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.157.

³⁸⁸ ROSA, 2017, p. 146.

não levar a prova ilícita em consideração, poderá atribuir maior valor às outras provas justamente para compensar a ausência daquela prova que revela a “verdade”.

Portanto, por essas razões e também pelo fato de os jurados não fundamentarem o veredicto, é preciso maior atenção com as provas que fundamentam a decisão de pronúncia. Nesse contexto, Fábio Tofic Simantob entende que o problema não é o jurado, devendo as críticas serem feitas ao juiz togado no momento da decisão de pronúncia. Afirma o autor que o Júri só condena alguém que a justiça togada permitiu que fosse condenado. Daí, infeliz a assertiva de que o jurado é um mau juiz, pois pode condenar com base na prova fraca sem contraditório ou qualitativamente insuficiente. Isso, na opinião do autor, é transferir para o juiz leigo a falha que deve ser atribuída ao juiz togado. Percebe-se que, se a decisão de pronúncia fosse utilizada para evitar acusações precárias, sem bases sólidas e sem a utilização de recursos retóricos, não haveria decisões populares tão absurdas.³⁸⁹ Nesse mesmo sentido, preocupado com o caráter vil que o Tribunal Popular pode tomar, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que, muito embora seja a mais democrática das instituições, pode também, justamente em virtude disso, ser a mais arbitrária.³⁹⁰ Ora, como os jurados não fundamentam seus votos, não há controle sobre quais razões foram usadas para atingir a condenação. Tendo em vista que no plenário do Júri o processo é debatido de ‘capa a capa’, é possível que a condenação esteja lastreada em qualquer meio de prova presente nos autos ou, ainda, fora deles. Como bem observa Danny Sales Silva, no Júri não existe uma relação de subordinação estrita da consciência do jurado à lei. Há uma adequação dos ditames da lei aos interesses societários de proteção à vida.³⁹¹ A questão que se coloca é: adequação aos interesses societários de quem? Como já sustentado, aqueles que julgam (jurados), via de regra, não fazem parte da sociedade daqueles que são julgados (acusados). Assim, não fica difícil entender que os jurados, maiores de 18 anos e dotados de idoneidade, vão preferir a decisão que melhor confortar a posição social deles próprios. Por essa razão, considerando que os jurados não fundamentam os votos, é preciso que a decisão de pronúncia seja encarada como um filtro de controle epistêmico, sendo proferida apenas quando houver prova submetida ao contraditório que seja forte, robusta, corroborada por outros meios de prova, protegendo a convicção “além de dúvida razoável”.

³⁸⁹ STRECK, 2017b, p. 16-17.

³⁹⁰ OLIVEIRA, 2008, p. 565.

³⁹¹ SILVA, 2018, p. 22.

3.2 DECISÃO POR *VEREDICTO*

A ordem dos debates no plenário do Júri está prevista no art. 476 do CPP. Primeiro, a acusação, após, o assistente se houver e, por último, a defesa. Todas as atenções, nesse momento, devem estar direcionadas para o jurado, pois é para ele que todo o trabalho deve ser realizado. A bem da verdade, o julgamento no Júri, propriamente dito, já começa quando se entra no plenário de julgamento. Antes mesmo da escolha do Conselho de Sentença, os possíveis jurados, que estão aguardando o sorteio, já estão observando defensor e acusador e, assim, formando suas opiniões e preconceitos. Ruiz Ritter diz que o nome disso é dissonância pós-primeira impressão. Afirma o autor que se trata de um processo perceptivo e instantâneo, mediante o qual se inferem características psicológicas a determinada pessoa a partir da observação da conduta ou descrição e se organizam essas inferências em uma impressão una e coerente. Desse modo, considerando que existem qualidades que se sobressaem no processo perceptivo e que as primeiras informações recebidas têm mais peso que as demais, as informações posteriores a respeito de uma pessoa em geral são consideradas no contexto da informação inicial recebida, sendo essa, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela.³⁹² Dessa forma, é preciso cautela. Qualquer atitude equivocada poderá repercutir no julgamento do acusado. Ainda mais porque, sem a obrigação de fundamentar os votos, nunca se saberá, de fato, as razões que levaram o jurado a decidir. Vem à mente o caso em que um exímio defensor do interior do Estado do Rio Grande do Sul, durante sua sustentação em plenário do Júri, bateu diversas vezes à mesa e gritou para demonstrar aos jurados a sua insurgência ante as provas que, a seu ver, eram totalmente insuficientes para submeter o réu a julgamento. Ao final, o resultado foi pela condenação por 4x3. Ao se despedir dos jurados, um senhor de mais idade chegou para o defensor e falou: “Rapaz, nem meu pai nunca gritou ou bateu na mesa ao falar comigo. Eu não tinha como concordar com o senhor”. Pasmem. E, provavelmente, esse senhor foi o autor do voto que desempatou o julgamento, condenando o réu. Por essa razão, é preciso ter em mente, segundo Danni Sales Silva, que cada um dos jurados representa um conjunto de crenças e convicções decorrente da influência cultural a que foi submetido.³⁹³ Em vista disso, fica evidente que o Tribunal do Júri é um local de atenção e cuidado. Qualquer deslize pode comprometer todo o julgamento, inclusive o deslize mais insignificante, como

³⁹² RITTER, 2017, p. 137-43.

³⁹³ SILVA, 2018, p. 26.

ocorreu no exemplo citado, em que o jurado não gostou da forma como o defensor se portou em plenário.

A realidade é que, a depender do local de julgamento, os resultados também podem ser bastante diversos. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer cita que Lênio Streck investigou as comarcas de Rio Pardo, pobre e de imigração portuguesa, e a de Santa Cruz do Sul, rica e de imigração alemã. O autor confrontou o que chamou de “índole e ideologia” dos jurados e concluiu que, na primeira comarca, havia muito mais absolvições (72,32%) do que na segunda (31,23%) e que, portanto, a “índole da comunidade lusa” facilitava o esquecimento e o perdão das infrações cometidas, enquanto a “índole da comunidade germânica” revelava rigidez na observância do cumprimento de regras de conduta.³⁹⁴ Nunca devemos esquecer que o ser humano é produto do meio, conforme lembra Vinicius Galvão, sendo isso uma verdade óbvia e inescapável. Assim, as inclinações sociopolíticas, os traumas pessoais ou as aderências às correntes religiosas, culturais e filosóficas influem significativamente na nossa maneira de perceber a realidade.³⁹⁵

O prazo estipulado para os debates está previsto no art. 477 do CPP. Durante esse período, as partes defenderão seus pontos de vista e, em regra, debaterão os pontos controvertidos. O objetivo nesse momento é convencer ou persuadir o jurado a acolher a tese do orador. A persuasão, diz Danni Sales Silva, tem um caráter mais ideológico, subjetivo e intemporal: busca atingir a vontade e o sentimento do jurado por meio de argumentos plausíveis ou verossímeis, visando a obter sua adesão.³⁹⁶ Adesão é o sinalizador afetivo da crença, explica Augusto Jobim. Não há adesão sem crença. Ora, na medida em que a crença e a convicção dizem respeito exclusivamente ao sujeito, o modo doação, aprovação da convicção, ou seja, da aceitação subjetiva, dá-se pela adesão.³⁹⁷ No entanto, de acordo com Nereu Giacomolli, é preciso cautela quando predomina a argumentação (persuasão dirigida ao sentimento e emoção) sobre a demonstração (convicção baseada em provas) na íntima convicção e quando do julgamento de acordo “com a consciência” afloram veredictos sem base consistente ou em elementos inquisitoriais.³⁹⁸ Nesse sentido, Valda de Oliveira Fagundes, doutora em linguística, afirma que a argumentação leva à persuasão, e que a demonstração, por sua vez, leva à convicção. A argumentação é subjetiva, porque se dirige à

³⁹⁴ SCHRITZMEYER, 2012, p. 36-37.

³⁹⁵ GALVÃO, 2018, p. 44.

³⁹⁶ SILVA, 2018, p. 61.

³⁹⁷ AMARAL, 2014, p. 404.

³⁹⁸ GIACOMOLLI, 2014b, p. 84.

emoção, ao sentimento, baseia-se em indícios que podem levar a inferências, mas não a certezas. Já a demonstração é objetiva, porque se dirige à razão, baseia-se em fatos concretos, demonstra a coerência do raciocínio.³⁹⁹ Também no mesmo sentido, Douglas Walton entende que a retórica popular é uma argumentação destinada a persuadir um público-alvo ou leitorado, e que tem o objetivo de criar uma ligação pessoal com esse público, estabelecer um vínculo pessoal entre o argumentador e os que recebem sua mensagem. Quando essa relação emocional é bem construída, diz o autor, a pessoa a quem o argumento é dirigido é levada a confiar na pessoa que se dirige a ela, a lhe dar sua lealdade e a suspender as críticas e questões características da argumentação e do diálogo racional. Desse modo, o apelo emocional busca atingir as reações irrefletidas da pessoa na tentativa de driblar o questionamento crítico e a avaliação lógica que normalmente caracterizam o diálogo racional.⁴⁰⁰ Por essa razão, segundo Valda de Oliveira Fagundes, será eloquente aquele que persuadir o interlocutor da justeza de uma causa. A retórica como descrição das técnicas oratórias úteis à persuasão encontra no seu próprio objeto de estudo seu fundamento pragmático. Tornar o discurso mais eficaz supõe o conhecimento das propriedades do discurso.⁴⁰¹

No entanto, Douglas Walton refere que o debate forense é mais compatível com o raciocínio lógico do que a disputa argumentativa, muitas vezes, acalorada entre as partes. Isso se dá porque o resultado é decidido por uma terceira parte, a qual não está sujeita aos ataques pessoais que podem estar contidos nos argumentos. Também é verdade, diz o autor, que muitas vezes as regras do debate forense são muito permissivas, dando lugar a todo tipo de argumento falacioso. Nesses casos, como é permitido que as perguntas contenham alegações pessoais muito prejudiciais, pode ser difícil responder a questões extremamente agressivas enquanto se responde à pergunta. Às vezes, tais lances falaciosos não são apenas tolerados, mas valorizados como boa tática do debate.⁴⁰² Na realidade, para regular eventuais ânimos aflorados, cabe ao juiz-presidente, de acordo com inciso III, do art. 497 do CPP, dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes justamente com o fim de conter os oradores. Nesse sentido, conforme Nereu Giacomolli, é necessário atentar que a função do juiz-presidente não é a de mero expectador

³⁹⁹ FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A espada de Dâmocles da justiça**: o discurso no Júri. 1995. 320f. Tese (Doutorado em Linguística) - Instituto de Estudos de Linguagem, Unicamp, São Paulo, Campinas. Disponível em: <file:///C:/Users/hp%20store/Downloads/Fagundes_ValdadeOliveira_D.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 29.

⁴⁰⁰ WALTON, 2012, p. 113-14.

⁴⁰¹ FAGUNDES, 1995, p.53.

⁴⁰² WALTON, 2012, p. 6.

da movimentação dos atores no plenário, mas a de garantidor constitucional e das regras processuais, inclusive no que tange ao nível de respeito das sustentações orais com os sujeitos processuais.⁴⁰³

Deve-se ter em mente que o objetivo principal do Júri é o debate entre acusador e defensor, os quais, na maioria das vezes, digladiam na arena, utilizando argumentos e ideias no intuito de convencer ou persuadir e, assim, vencer o debate. No entanto, isso nem sempre é assim. Algumas vezes, quando a prova é “difícil” para ambos os lados, acusador e defensor realizam “acordos”, impondo limites recíprocos entre as teses que serão utilizadas em plenário. Desse modo, diz Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, mesmo quando promotor e defensor fazem um acordo, sempre momentos antes do início de uma sessão e na presença do juiz, ou seja, nos “bastidores” do Júri, isso não significa que essa sessão se tornará um “faz de conta” desinteressante, pois as sustentações orais, de qualquer forma, deverão persuadir os jurados a votar e, para tanto, elas deverão ser bem desenvolvidas ao longo de todo o julgamento. Geralmente, o promotor abre mão de sustentar eventuais qualificadoras do homicídio e o defensor não pede a absolvição por negativa de autoria ou pela ocorrência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, como legítima defesa, por exemplo.⁴⁰⁴ No entanto, como referido, tal medida é exceção. Na maioria das vezes, os debates são bastante calorosos, e deve-se ter cuidado para não incorrer em uma disputa pessoal, uma luta de egos, entre os oradores, o que, de forma lamentável, às vezes também acontece. Sob essa perspectiva, alguns oradores, ainda que de forma inconsciente, utilizam, não raras vezes, para obter êxito na disputa, as estratégias descritas por Arthur Schopenhauer em sua obra *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. A título de curiosidade, o autor explica que existem formas e artimanhas de proceder a um debate deixando de lado a razão e objetivando a vitória na discussão. Schopenhauer afirma que invocar o uso de ofensas pessoais de modo a provocar a cólera do adversário, às vezes, pode ser eficaz. Nesse contexto, segundo sustenta o autor, quando percebemos que o adversário é superior e acabará por não nos dar razão, então nos tornamos pessoalmente ofensivos, insultuosos e grosseiros. O uso das ofensas pessoais consiste em sair do objeto da discussão e passar ao contendor, atacando, de uma maneira ou de outra, a sua pessoa. Dessa forma, quando se argumenta *ad personam*, o objeto é deixado

⁴⁰³ GIACOMOLLI, 2014b, p.100.

⁴⁰⁴ SCHRITZMEYER, 2012, p. 73-74.

completamente de lado e o ataque se concentra na pessoa do adversário, tornando-se a objeção insolente, maldosa, ultrajante e grosseira.⁴⁰⁵

Na realidade, pelo menos para nós, tal forma de debate não nos parece muito inteligente. Educação, mais que obrigação, é estratégia. Ninguém gosta de pessoas grosseiras. E, como já referido, antes mesmo de começar o julgamento, propriamente dito, qualquer elemento pode ser levado em consideração pelos jurados e pode, eventualmente, ser prejudicial ao orador. Portanto, nesse caso específico, no qual Schopenhauer sugere a utilização de ofensas pessoais quando o orador não tiver razão nos argumentos, entendemos que o quadro só tenderá a piorar se conjuntamente passar a contar com a antipatia dos jurados que decidirão a causa.

Muito mais inteligente, pelo menos para nós, é arquitetar a defesa de acordo com a formação do Conselho de Sentença. Seguindo a linha exposta anteriormente por Alexandre Morais da Rosa, se traçarmos o perfil dos jurados e conseguirmos adequar a versão do réu à perspectiva do que pode ser aceito pelo Tribunal Popular, o resultado pode ser muito melhor aceito. Nesse sentido, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer observou que, dependendo de como as mortes são contadas, imaginadas e transformadas em imagens a serem julgadas, possíveis usos do poder de matar são socialmente legitimados ou não.⁴⁰⁶ De qualquer forma, sob outro contexto, Douglas Walton afirma que, muitas vezes, transmitir a impressão de ter um argumento racional pode ser uma boa estratégia, mas não sendo importante realmente tê-lo. O que importa é vencer o debate.⁴⁰⁷ Outra alternativa trazida por Schopenhauer é utilizar a ampliação indevida, por exemplo, com o objetivo de levar a afirmação do adversário para além de seus limites naturais e interpretá-la no sentido mais amplo possível, posteriormente exagerando-a, pois quanto mais geral uma afirmação se torna, mais ataques a ela se pode dirigir.⁴⁰⁸ Essa técnica trazida parece, a nosso ver, ser mais inteligente que a anterior, e, assim, não vemos problemas em utilizá-la. De fato, se o orador não tiver experiência suficiente, provavelmente deixar-se-á sucumbir. No entanto, o importante é nunca esquecer que o Tribunal do Júri é composto por juízes leigos, como lembra Vinicius Galvão. Dessa forma, não se podem usar os mesmos argumentos endereçados aos juízes togados, sob pena de se

⁴⁰⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Em 38 estratégias. Tradução Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 180.

⁴⁰⁶ SCHRITZMEYER, 2012, p. 49.

⁴⁰⁷ WALTON, 2012, p. 6-7.

⁴⁰⁸ SCHOPENHAUER, 1997, p.124.

proceder a uma má escolha e, logo em seguida, se imputar o insucesso à incapacidade dos jurados em compreenderem o que foi dito.⁴⁰⁹

Nesse contexto, é preciso outorgar atenção devida aos apartes. São os apartes, na opinião de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, as interações mais intensas entre promotores e defensores que uns concedem aos outros ao longo das respectivas sustentações orais.⁴¹⁰ Valda de Oliveira Fagundes afirma que, diante do aparte, as atitudes possíveis são: o detentor da palavra continua a falar, ignorando a solicitação do adversário, isto é, o detentor da palavra não aceita o papel de interlocutor que o outro lhe propõe e não lhe dá o direito de assumir a palavra que está em posse dele, por exemplo, fingindo-se de surdo, continuando a falar, ignorando o pedido de aparte; o locutor finge replicar, mas dirige-se a um terceiro – nesse caso, em verdade não há réplica; o interpelado explica a recusa do ato de linguagem e não concede a palavra, seja para não ser interrompido, para não quebrar a sequência do raciocínio, para impedir que o adversário, por meio de uma colocação procedente, desestruture a argumentação ou por razões de insegurança; o interpelado aceita o papel de interlocutor, podendo conceder a palavra imediatamente ou depois de algum tempo, conforme a conveniência.⁴¹¹ Importante ressaltar que atualmente o orador não pode mais negar o aparte. Se não houver concordância da parte contrária, o juiz-presidente concederá na forma do inciso XII, do art. 497 do CPP, regulamentado pela Lei 11.689/2008, que consistirá na concessão de até 3 minutos para cada aparte requerido, os quais serão acrescidos ao tempo dessa última. Por óbvio que o prazo estipulado não é absoluto. Muitas vezes, a depender do caso concreto, apartes poderão ocupar tempo muito maior e originar debates entre os oradores sem que o magistrado precise intervir. Mas quem controlará e, caso necessário, requisitará a intervenção do magistrado será o orador que estiver com a palavra. É preciso reconhecer, como afirmado por Aury Lopes Jr., que os apartes integram a própria essência dos debates no Tribunal do Júri. No entanto, quando empregados de forma abusiva ou deselegante, prejudicam o julgamento, na medida em que cerceiam a defesa ou a acusação, conforme o caso, devendo ser utilizados com prudência e educação.⁴¹² De fato, o excesso de apartes prejudica o trabalho daquele que está expondo sua tese, além de possivelmente conquistar a antipatia dos jurados. Alguns oradores usam justamente esse artifício para desestabilizar a parte contrária, que acaba deixando de lado a tese para responder às investidas por meio dos apartes. Lamentavelmente,

⁴⁰⁹ GALVÃO, 2018, p. 29.

⁴¹⁰ SCHRITZMEYER, 2012, p. 142.

⁴¹¹ FAGUNDES, 1995, p.174-75.

⁴¹² LOPES JÚNIOR, 2014, p.1058.

como dito anteriormente, nem sempre os oradores estão movidos pelo senso de justiça. Muitas vezes, o julgamento se transforma numa batalha, em uma disputa de egos, ficando totalmente em segundo plano o deslinde do processo.

É preciso também, ao lado dos apartes, se concentrar não apenas naquilo que é dito, mas também naquilo que não é dito. Sim, o jurado não capta apenas aquilo que é sustentado pelas partes. O que não é falado é muito importante. Por essa razão, é preciso ter em mente, segundo Danny Sales Silva, que, ainda que a linguagem falada no Júri seja o instrumento principal de comunicação, nós, seres humanos, temos ligações emocionais e sociais que transcendem as palavras. Dispomos de um sistema altamente complexo de linguagens não verbais que participam de elaborados intercâmbios, mesmo quando não estamos conscientes disso. A comunicação não verbal forma uma linguagem social que, de muitas maneiras, é mais rica que nossas palavras, influenciando nosso inconsciente.⁴¹³ Assim sendo, imprescindível a observação de Valda de Oliveira Fagundes ao ressaltar que o Júri é muito mais do que o exame do processo e do que o que é dito em plenário. Segundo a autora, não apenas o que é dito é importante, mas também o tom em que é dito, sendo esses fatores inseparáveis. Portanto, a neutralidade da linguagem verbal, cada vez mais, se configura apenas em um mito. Desde o início dos tempos, o homem faz uso da linguagem não apenas para se comunicar ou informar, mas para agir sobre o outro, principalmente persuadindo.⁴¹⁴ Nesse contexto, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer afirma que a comunicação em plenário vai muito além das palavras, uma vez que a linguagem verbal utilizada por advogados e promotores representa não mais que 7% do impacto que causa nos jurados. Já a sonoridade de suas vozes, diz a autora, – ênfase e inflexão, além do ritmo das falas – é mais impactante, atuando próximo a 38%. Esse número perde apenas para as *performances* corporais, que atingem a proporção de 55%.⁴¹⁵ Dessa forma, assiste razão a Danny Sales Silva ao afirmar que o orador deve analisar a prova de forma vibrante, dando-lhe alma. A apatia de um debatedor desvaloriza a mais robusta das provas.⁴¹⁶ Importante, nesse ponto, a observação de Vinicius Galvão, segundo o qual a oratória de Hitler se servia, em grande medida, de gestos, e ele geralmente só iniciava os discursos após um proposital silêncio, que aumentava ainda mais as expectativas da plateia. A partir daí, mediante rictos faciais e movimentações bruscas, todas

⁴¹³ SILVA, 2018, p.58-59.

⁴¹⁴ FAGUNDES, 1995, p. 59-63.

⁴¹⁵ SCHRITZMEYER, 2012, p. 68.

⁴¹⁶ SILVA, 2018, p.141.

previamente estudadas, ele sustentava suas falas. Pode-se dizer que sua oratória era muito mais disposta em termos de vibração e energia do que, na realidade, de conteúdo.⁴¹⁷

A verdade, como bem aponta Jacinto Coutinho, é que as soluções para alguns problemas que surgem na aplicação do direito não estão todas dentro dele. Pensar nessa autossuficiência, diz o autor, é arrogante. Como se o saber do direito pudesse ser tomado com “grau zero”, ou seja, sem que nada existisse antes dele. A realidade é que, em face da complexidade da vida, o direito tem tido cada vez menos soluções para casos concretos.⁴¹⁸

Por essa razão, a neurociência tem muito a acrescentar ao Tribunal do Júri quando o objetivo é convencer ou mesmo persuadir. Danni Sales Silva afirma que o cérebro humano precisa se emocionar para manter a atenção, absolver e aprender com o conteúdo transmitido. Dessa forma, de acordo com o autor, é importante ressaltar que, passados 50 minutos, em regra, o ouvinte perde a concentração e entra em processo de dispersão, quando não de antipatia pelo orador.⁴¹⁹ Ora, frequentemente, e com razão, defensores reclamam do exíguo prazo previsto no art. 477 do CPP, especialmente quando há vários réus sendo julgados simultaneamente, precisando todos se adequar ao limite de 2 horas e 30 minutos para expor sua defesa. Assim, considerando que 50 minutos é o tempo ideal para capturar e manter a concentração do jurado, seria aceitável, no máximo, julgamentos com até três acusados ao mesmo tempo, eis que assim todos disporiam de 150 minutos, os quais poderiam ser divididos em três partes iguais de 50 minutos para cada defensor. No entanto, mesmo que essa informação seja muito relevante, às vezes, 50 minutos não é suficiente para abordar tudo que se pretende, sobretudo nos processos muito extensos, por exemplo, com mais de 10 volumes. Nesse caso, em ocorrendo essa hipótese, pensamos que o prazo deveria ser estendido, uma vez que trabalhar com tempo exíguo diante de um processo longo prejudica, por óbvio, a plenitude de defesa e a qualidade dos trabalhos.

Cumpramos ressaltar um estudo realizado pela Faculdade de Boston, segundo o qual alguns fatores pesam diferentemente para homens e para mulheres quando o assunto é absolvição. As mulheres, por exemplo, levam em consideração, mais do que os homens, o arrependimento da vítima, a presença de familiares no julgamento, a velhice e o choro do acusado. Portanto, é possível visualizar que os estímulos externos, os que podem suscitar

⁴¹⁷ GALVÃO, 2018, p. 206.

⁴¹⁸ COUTINHO, 2018. p.193-194.

⁴¹⁹ SILVA, 2018, p. 52.

sentimentos de remorso, pena, tristeza, parecem ser mais eficazes junto às representantes do sexo feminino.⁴²⁰

Outra circunstância que entendemos ser de grande importância é proporcionar ao jurado, na mesma linha que ao magistrado, os critérios de valoração da prova para auxiliar no processo de decisão, isto é, explicar ao jurado como ele deve atribuir valor às provas. Por exemplo, como decidir entre a prova testemunhal que diz que o acusado é o autor do crime ou a outra prova testemunhal que nega a autoria. Nesse caso, não vemos óbice em demonstrar o funcionamento dos *standards*, mas com pequenas adaptações para o juiz leigo. Além de demonstrar o grau de “corroboração” de uma prova ante a outra, entendemos que para facilitar o trabalho do jurado de decidir é preciso trabalhar com os conceitos de probabilidade, possibilidade, improbabilidade e impossibilidade. Geralmente, para ficar mais didático, costuma-se realizar quatro quadros com as hipóteses citadas e, após analisar o grau de corroboração de cada prova, classificá-las a depender do resultado obtido. Dessa forma, além de capturar a atenção do jurado por meio da voz do interlocutor, utiliza-se também a visão do jurado como forma de demonstrar a tese exposta. Agindo dessa maneira, conseguirá o julgador se deixar compreender de forma mais objetiva e persuasiva. E poderá demonstrar se, diante das provas presentes nos autos, a acusação promovida pelo Ministério Público é provável, possível, improvável ou impossível de ter ocorrido. Deve-se deixar consignado que, mesmo que não fundamentem a decisão, a condenação só deve acontecer quando, pelo cotejo da prova nos autos, existir probabilidade da sua ocorrência e quando for o acusado, provavelmente, o autor de delito, projetando o convencimento “além de dúvida razoável”.

Tal medida é muito importante porque proporciona uma decisão com base nas provas dos autos. A experiência demonstra que muitas vezes as provas são deixadas de lado e julgam-se as pessoas, e não os fatos. Por essa razão, retrata Lênio Streck que costumeiramente explora-se muito a distinção informal entre direito penal do fato e direito penal do autor. Acusa-se, defende-se e julga-se o indivíduo não pelo fato criminoso que está sendo acusado, mas pelo que ele representa, de forma efetiva, na estrutura da sociedade na qual está inserido.⁴²¹ Dessa maneira, se o indivíduo possuir maus antecedentes, não tiver trabalho fixo e, na maioria das vezes, não possuir uma boa aparência, tem maiores chances de ser condenado do que um indivíduo bem inserido na sociedade, pai de família, sem antecedentes e trabalhador. Percebe-se, na realidade, que o fato é o menos importante no caso concreto.

⁴²⁰ SILVA, 2018, p. 27.

⁴²¹ STRECK, 2002, p. 101.

Todavia, Vinicius Galvão refuta a afirmação de que o Júri é mais propenso a julgar as pessoas do que os fatos. Para tanto, afirma que, nos tribunais e foros ordinários, os julgadores têm amplo acesso às certidões de antecedentes dos réus, e nem por isso se diz que nesses lugares se pratica o Direito Penal do Inimigo.⁴²² Ocorre que se olvida o autor que no Júri a situação é distinta. O magistrado togado, ao proferir qualquer decisão, deve fundamentá-la. E sendo assim, não poderá, por exemplo, condenar alguém com base exclusivamente nos seus antecedentes. Já os jurados, não precisando fundamentar suas decisões, podem condenar com base em quaisquer elementos, inclusive, única e exclusivamente, com base nos antecedentes do acusado. O problema, aponta Streck, é que os operadores do direito, ao utilizarem a (fácil) retórica do direito penal do autor no Tribunal do Júri, além de escamotear o direito penal do fato, estão, implicitamente, corroborando/justificando a desigualdade social, ainda mais se for levada em conta a composição do corpo de jurados, que, historicamente, é constituído pelas camadas dominantes da sociedade.⁴²³

Na realidade, a razão que muito contribui para o veredicto poder ser alicerçado no direito penal do autor, isto é, desatrelado a quaisquer provas, é a forma como a organização dos quesitos foi disposta. Por óbvio que o problema não é recente. A Lei 11.689/08 poderia ter corrigido o problema, mas optou por simplificar a quesitação, permitindo que o imbróglio se perpetuasse. Perceba que, se o acusado estiver respondendo à ação penal em qualquer outro rito, ao proferir a sentença criminal, o julgador deverá observar o disposto no art. 386 do CPP e, se não houver prova suficiente para condenação, o acusado deverá ser absolvido. Ocorre que, no rito do Júri, os jurados são instados a responder de forma monossilábica – entre “sim” ou “não” – aos quesitos apresentados e, por essa razão, deixam de observar o disposto no art. 386 do CPP. Atento a essa situação, Lênio Streck critica a forma como a Lei 11.689/08 estabeleceu a modalidade quesitória: materialidade; autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido. Para o autor essa simplificação da antiga fórmula de quesitação constitui uma imitação, equivocada, do Júri anglo-americano, uma vez que não leva em conta a relevante circunstância de que, naquele modelo, os jurados discutem a causa entre si, respondendo, ao final, *guilty or not guilty*. Assim, conforme o autor, criou-se uma estranha modalidade, antigarantista, de condenação *a contrario sensu*, pois os jurados não necessitam sequer seguir os requisitos do art. 386 do CPP. Essa questão, diz Streck, deveria instigar a comunidade jurídica preocupada com o caráter garantidor que deve assumir o processo penal no Estado

⁴²² GALVÃO, 2018, p. 70.

⁴²³ STRECK, 2002, p. 102.

Democrático de Direito, uma vez que, se o réu pode ser absolvido a partir de um quesito absolutamente “aberto” e “genérico”, pode, também, ser condenado do mesmo modo, o que, convenhamos, é inexplicável em um sistema jurídico que optou por colocar o Júri como direito fundamental do cidadão. Afirma o autor que especial dificuldade haverá, por exemplo, na hipótese de a defesa sustentar unicamente a tese de negativa de autoria. Uma vez que os jurados confirmem a autoria, portanto negando a tese da defesa, o juiz terá que perguntar aos jurados se “absolvem o acusado”, porque esse é um quesito obrigatório. A pergunta inevitável é: se a tese da defesa já fora derrotada e se os jurados disserem sim ao quesito obrigatório, ainda assim o julgamento é válido? Ou se estará em face de uma contradição sanável a partir do *caput* do art. 490 do CPP?⁴²⁴ A questão trazida pelo autor tem pertinência, pois é autorizado ao juiz submeter novamente à votação se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra já respondida. Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça precisou se manifestar acerca dessa questão e afirmar que, muito embora os jurados tenham reconhecido a materialidade e a autoria ou participação, ainda assim, respondendo afirmativamente o quesito genérico da absolvição, não é caso de contradição do *verdictum*.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. MATERIALIDADE E AUTORIA RECONHECIDAS. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO MINISTERIAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NULIDADE DO JULGAMENTO. VIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Em atenção à sistemática adotada com o advento da Lei n. 11.689/2008, que instituiu o quesito genérico acerca da absolvição do acusado, a jurisprudência desta Corte firmou a compreensão no sentido de que não há que se falar em contradição no reconhecimento da materialidade e autoria, seguida da absolvição do acusado, ainda que a negativa de autoria seja a única tese defensiva 2. Não obstante, também se consolidou neste Sodalício o entendimento de que, caso o órgão acusador não concorde com o veredicto, é possível a interposição do recurso de apelação, arguindo que a decisão dos jurados seria manifestamente contrária à prova dos autos, exatamente como se deu na hipótese dos autos. 3. Não há que se falar em violação à soberania dos veredictos, porquanto o Tribunal de origem, após aprofundada reanálise dos elementos constantes dos autos e considerando que a única tese defensiva era o afastamento das qualificadoras, entendeu que a decisão absolutória dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal. 4. Agravo regimental improvido.⁴²⁵

Outra circunstância digna de nota diz respeito ao salão do Júri. A experiência demonstra que os julgamentos realizados no interior do Estado, locais que ainda cultivam os

⁴²⁴ CANOTILHO et al. 2013, p. 382-83.

⁴²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgrRg no AgrResp n.º 1.317.856**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 06 dez. 2018.

plenários do Júri típicos do século passado, com mobília clássica de madeira e com um ambiente vistoso e atraente, e nos quais, já na entrada, se percebe estar diante de um local solene, típico de grandes cerimônias, invocam no jurado maior entrega e responsabilidade, ganhando, dessa forma, a acusação e também a defesa, pois cada julgamento nessas cidades menores é um evento à parte. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer refere que as mobílias, as cores do piso e das paredes, a posição das divisórias e das portas contribuem para o “clima” do julgamento. Embora a maioria dos plenários paulistanos seja materialmente desprovida de pompa, quem quer que neles entre terá a sensação de estar penetrando em um espaço incomum e solene.⁴²⁶ Portanto, pensamos que o salão do Júri deve cultivar essa característica ritualista justamente para que o jurado não perca o interesse pela função e o julgamento popular não se torne um estorvo em sua vida a cada vez que for requisitado para compor o Conselho de Sentença.

Assim, fica cada vez mais claro que, existindo tantas circunstâncias e elementos que, conjuntamente com a prova penal, podem influenciar na decisão, demonstra-se muito importante o controle epistêmico na decisão de pronúncia, pois, uma vez submetido a plenário de julgamento, o acusado estará sob sua própria sorte.

3.3 INIQUIDADE DA CONDENAÇÃO 4 X 3

As decisões no Tribunal do Júri, de acordo com o art. 489 do CPP, serão tomadas por maioria de votos. O parágrafo § 1.º, do art. 483 do CPP diz que, quando houver a resposta de mais de três jurados no mesmo sentido, interromper-se-á a votação. Como já abordado no item 1.2 desta dissertação, tal medida visa a garantir o sigilo das votações. Nesse contexto, considerando que sete jurados compõem o Conselho de Sentença, então, votando quatro jurados em um sentido ou em outro, o caso estará decidido, condenando ou absolvendo o acusado. Para a absolvição, tal percentual não parece necessitar de maiores discussões. Mas o problema surge quando esse *quorum* é para condenação.

Pierre Laplace, filósofo das probabilidades, afirma que decidir por maioria de um único voto em um tribunal numeroso indica que o caso é bastante duvidoso. Então, em caso de condenação do acusado, essa seria seguramente contrária aos princípios de humanidade, os

⁴²⁶ SCHRITZMEYER, 2012, p. 144.

quais devem proteger a inocência.⁴²⁷ Lamentavelmente, o nosso ordenamento jurídico se contenta com placar de 4x3 para condenar. Atento a esse problema, Aury Lopes Jr. declara que, quando os jurados decidem pela condenação do réu pelo placar de 4x3, está evidenciada a dúvida, em sentido processual. Dessa forma, questiona o autor: como admitir mandar alguém para cadeia com 57,14% de convencimento? Elementar que não. A sentença condenatória exige prova robusta, em alto grau de probabilidade, de convencimento, algo incompatível com um julgamento por 4x3. Todavia, isso ocorre diuturnamente no Tribunal do Júri.⁴²⁸

O projeto de Lei 156/2009 (hoje projeto n.º 8.045, da Câmara dos Deputados) modificou o número de jurados, passando para oito em vez de sete, como é hoje. A justificativa foi justamente a sustentada até aqui. O objetivo era acabar com o martírio das decisões por 4x3, as quais cada vez mais apontam na direção da injustiça. Ocorre que, de acordo com Coutinho, sob o fundamento de que se teria mais absolvições, mais absolvições, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado voltou ao número de sete jurados. No entanto, conforme aponta Jacinto, não se trata de ter mais ou menos condenações, mas de fazer justiça. Dessa forma, há de se esperar que volte o número oferecido pela comissão de oito jurados, em nome da Constituição Federal e em nome da justiça.⁴²⁹

Na realidade, se permanecer a proposta inicial com oito jurados, Pierre Laplace entende que, nesse caso, seriam necessários cinco votos para a condenação de um acusado. Portanto, a probabilidade de erro a temer quanto à justeza da decisão superaria 1/4. No entanto, se o tribunal fosse reduzido a seis membros que só pudessem condenar com uma pluralidade de quatro votos, a probabilidade do erro a temer seria inferior a 1/4. Portanto, essa redução de jurados no tribunal seria vantajosa para o acusado.⁴³⁰ De qualquer forma, o aumento do número de jurados é imprescindível, diz Aury Lopes, não apenas para dar maior representatividade ao corpo social no Conselho de Sentença, mas, principalmente, para dar máxima eficácia ao direito constitucional de defesa.⁴³¹

A realidade é que a possibilidade de erro judicial sempre existirá. Como bem observa Deltan Dallagnol, esse é um efeito colateral indesejável do sistema, fruto da imperfeição e da

⁴²⁷ LAPLACE, Pierre-Simon. **Ensaio filosófico sobre as probabilidades**. Tradução Pedro Leite de Santana Rio de Janeiro: Contraponto PUC-RJ, 2010, p.154.

⁴²⁸ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1080.

⁴²⁹ COUTINHO, 2018, p. 248-49.

⁴³⁰ LAPLACE, 2010, p. 156.

⁴³¹ LOPES JÚNIOR, 2014, p.1080.

limitação humana.⁴³² Mas nem por isso devemos nos conformar e aceitar passivamente os erros judiciais. É preciso criar instrumentos de redução dos erros. Se não é possível eliminá-los por completo, que se tomem medidas para diminuir as probabilidades do equívoco. Ora, se há resistência para formação de um Conselho de Sentença com oito jurados, que então se subtraia um e permaneçam seis jurados. Em qualquer dos casos, precisaremos de maioria de dois votos para condenar, uma vez que o empate, por óbvio, beneficiará a defesa. Portanto, considerando um *quorum* formado por seis jurados, e quatro votando pela condenação, teríamos um convencimento de aproximadamente 66,6%, o que é ainda pequeno diante do que se entende que deveria democraticamente legitimar uma condenação criminal, no entanto muito melhor do que a situação atual.

⁴³² DALLAGNOL, 2015, p. 258.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A razão de dissertar sobre a prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia decorre do fato de que o acusado, quando julgado pelo Tribunal do Júri, na perspectiva atual, se vê despojado de praticamente todos os principais direitos e garantias esculpido na Constituição Federal. Situação que não ocorreria se o processo tramitasse, por exemplo, em qualquer outro rito. É verdade, como bem sustenta Lênio Streck, que a competência instituída ao Júri deve ser entendida, a um só tempo, como garantia do cidadão e da coletividade, visto que o capítulo constitucional trata dos direitos e garantias individuais e coletivos.⁴³³ Todavia, é importante deixar claro que o Constituinte elegeu, no art. 3.º da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Sob esse fundamento, ainda que o Júri, como diz Streck, seja, também, um direito coletivo consubstanciado no direito que a sociedade possuiu em julgar os concidadãos pela prática de crimes graves,⁴³⁴ é preciso reconhecer que ofende gravemente a dignidade da pessoa humana a submissão de acusados a julgamentos populares quando não houver prova forte, robusta, sólida que indique a responsabilidade criminal do acusado.

Portanto, ainda que se trate de um importante mecanismo democrático, como diz Lênio Streck, precisamente porque permite o resgate de uma dimensão tão cara ao direito e à realização da justiça – a participação popular⁴³⁵ –, é preciso ter a consciência que a decisão popular não pode ocorrer quando não houver prova necessária e suficiente para submeter o acusado ao plenário de julgamento. Nesse contexto, ainda que seja, simultaneamente, um direito individual e um direito da sociedade, é preciso reconhecer a prevalência como direito individual em face do coletivo, pois, como dito, macula severamente a dignidade da pessoa humana submeter a julgamento indivíduos que, eventualmente, podem restar condenados e, o que é ainda pior, sem a necessidade de fundamentação por parte do Conselho de Sentença quando débil a prova do processo. Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet que o conjunto de direitos e garantias fundamentais guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana e é composto, também, pelos direitos e garantias processuais. Nesse sentido, o devido processo legal, em uma leitura mais afinada com as exigências do Estado constitucional na condição de Estado Democrático de Direito, assume a feição de um direito a um processo justo

⁴³³ CANOTILHO et al., 2013, p. 384.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ *Ibidem*.

simultaneamente voltado à realização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.⁴³⁶

O Constituinte, quando elegeu o Tribunal do Júri como direito fundamental, firmou o povo como juiz natural dos crimes dolosos contra a vida. A escolha, a nosso ver, foi acertada, pois, em um Estado Democrático de Direito, ninguém melhor que o povo para decidir se o crime que ofende o bem jurídico mais importante, a vida humana, merece reprimenda penal. Todavia, conforme Lênio Streck, isso não significa que o Tribunal do Júri não possa, ou até mesmo não deva, ser reformado com o objetivo de atender melhor às demandas democráticas dessa nova quadra da história.⁴³⁷ Aliás, o problema, diz o autor, decorre de o novo texto constitucional ainda não ter sido devidamente assimilado pelos juristas, que continuam a tratar o Júri em conformidade com o que está previsto no Código de Processo Penal de 1941, sem fazer, portanto, a imprescindível filtragem hermenêutica-constitucional.⁴³⁸

Este é o ponto. A legislação processual penal e suas sucessivas alterações, bem como a jurisprudência, têm privilegiado apenas a sociedade quando do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, utilizando, para tanto, brocardos como o *in dubio pro societate* e deixando o indivíduo em segundo plano, o qual assume o perfil de um desviante, um estorvo, um inimigo da sociedade.

O problema é que, ao dispor do Tribunal do Júri na Constituição Federal, o Constituinte elegeu seus princípios fundantes, deixando para a legislação infraconstitucional a organização e a formulação de regras mais específicas. Nesse contexto, coube ao art. 406 e seguintes do CPP, a determinação do rito, que é bifásico ou escalonado, isto é, a primeira parte ocorre diante de um juiz togado e a segunda diante dos jurados. A fase inaugural do rito do Júri merece atenção, mas não é nosso objeto principal. Já a decisão que serve de marco ao encerramento da primeira fase e que possibilita o início da segunda recebe praticamente todas as nossas críticas. É nesse momento que ocorre a decisão de pronúncia, isto é, a submissão do acusado a julgamento perante o plenário do Júri.

Ocorre que, como referido, doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que, no momento da pronúncia, vige o *in dubio pro societate* em detrimento do *in dubio pro reo*. Isso

⁴³⁶ SARLET, 2015a, p. 145, 146

⁴³⁷ De qualquer forma, diz Lênio Streck, é o povo, por meio do Conselho de Sentença, que cumpre a função de oxigenar o Judiciário, prestigiando teses inovadoras, como a inexigibilidade de conduta diversa, ou mesmo para novos contornos na legítima defesa, como o banimento da tese da legítima defesa da honra nos casos dos “homicídios passionais”.

⁴³⁸ CANOTILHO et al., 2013, p. 380-81.

significa que, em caso de dúvida, prevalecerão os interesses da sociedade, pronunciando o acusado para ser julgado perante o Tribunal do Júri. Portanto, mesmo que o magistrado não se convença sobre a materialidade e sobre a autoria ou participação, lhe será autorizado pronunciar o acusado justamente em decorrência do *in dubio pro societate*, bem como em razão de serem os jurados os competentes constitucionais para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nada mais equivocado.

É preciso reiterar que o crime doloso contra a vida só existe “se” e “quando” o magistrado afirmar, por meio da pronúncia, que se está, muito provavelmente, diante de um crime doloso contra a vida. Antes disso, não há como se entender inaugurada a competência dos jurados. Entender diferente é desrespeitar a dignidade da pessoa humana, pois é medida arbitrária e nefasta submeter o acusado a julgamento sem provas que indiquem responsabilidade criminal e, o que é ainda pior, sem haver sequer um controle efetivo da decisão, pois os jurados não necessitam fundamentar o veredicto. É esvaziar o conteúdo do Júri como direito individual e desprezar todo *judicium accusationis*, que tem como objetivo, justamente, instruir o processo para que o magistrado decida se está realmente diante de um crime doloso contra a vida.

Por essa razão, é preciso restabelecer o Tribunal do Júri como direito individual, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Relembra Ingo Sarlet, citando Karl-Heinz Lauder e Ino Augsberg, que a dignidade da pessoa humana é uma espécie de “sinal de pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível, impondo um limite, inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência por parte do Estado e de terceiros, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos.⁴³⁹ Portanto, visando a assentar o Júri como direito fundamental do acusado, abordou-se, inicialmente, os quatro pilares previstos no inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal. Objetivou-se assim, compreender no que consiste a expressão *plenitude de defesa* e a razão de instituir um natural desequilíbrio a favor do acusado. Ficou evidenciado que, em virtude de o § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal outorgar aplicação imediata a direitos e garantias fundamentais, não é necessário que haja lei, no caso concreto, que conceda à defesa, por exemplo, maior tempo para expor sua tese. Além disso, qualquer outra situação em que a defesa estiver sofrendo prejuízo pode ser solucionada sem a necessidade de invocar qualquer regulamentação legal. Em seguida, examinou-se o real

⁴³⁹ SARLET, 2015a, p. 57.

significado e os limites do termo *soberania dos veredictos*, devendo a interpretação desse princípio ser sempre realizada a favor do acusado. Portanto, demonstrou-se um tanto absurda a recente orientação que possibilita a execução provisória da pena após o acusado ser condenado em plenário de julgamento. É preciso reconhecer que a construção que a jurisprudência fez em relação à soberania dos veredictos, invertendo totalmente a sua essência, que na realidade consiste na impossibilidade de o tribunal substituir a decisão do Conselho de Sentença, não permite a possibilidade de execução provisória da pena, mesmo porque tal situação viola a presunção de inocência. Prosseguindo, examinou-se que o estabelecimento do sigilo das votações tem o objetivo de proteger o jurado, de evitar que ele seja vítima de pressões ou influências ao decidir e, como objetivo final, garantir que o acusado, no plenário do Júri, tenha um julgamento justo e imparcial. Ao final, destinou-se um espaço para analisar de forma mais detalhada a competência dos jurados para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, pois, como já referido, não há melhores juízes em um Estado Democrático de Direito do que o povo. Ficou demonstrado que, em virtude de os jurados não fundamentarem seus votos, seria necessário realizar um controle prévio sobre a prova presente nos autos. Por essa razão, foi preciso trabalhar com a prova penal e as condições em que essa poderia ser admitida no processo. Na problemática inicial, questionava-se de que forma o art. 413 do CPP interagiria com os direitos individuais, consubstanciados na competência constitucional prevista na alínea “d”, inciso XXXVIII do art. 5.º da Constituição Federal, e o princípio do contraditório, previsto no inciso LV do art. 5.º da Constituição Federal. Em outras palavras, questionava-se se era necessário assegurar o contraditório diante da prova que fundamentava a pronúncia e submetia o acusado a julgamento popular diante do Tribunal do Júri. A resposta não é tão simples, sobretudo porque, tendo o Constituinte determinado a competência dos jurados para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência que caberia aos jurados decidir sobre todas as questões atinentes ao Júri. Portanto, uma das hipóteses iniciais cogitadas indicava que, por ser a pronúncia uma decisão declaratória de admissibilidade, poderia ser despicienda a necessidade de assegurar o contraditório na decisão que submete o acusado a julgamento. Mas, ao mesmo tempo, se verificava que não havia meios de assegurar o cumprimento do contraditório na decisão final, pois, como se sabe, os jurados não fundamentam seu veredicto. Em virtude disso, poderia o acusado ser condenado por prova que não foi submetida ao contraditório. Isso seria inadmissível em um Estado Democrático de Direito, mormente porque ficou devidamente demonstrado, ao longo deste trabalho, que o que

atribui o conceito de prova a uma prova é justamente a aplicabilidade do contraditório. Por tal razão, a hipótese que prevaleceu é a de que o momento de assegurar a observância do contraditório dever ser justamente na decisão de pronúncia, funcionando assim como um filtro de controle epistêmico.

Ocorre que essa não é a forma como doutrina e jurisprudência majoritária encaram a situação. Em razão da competência outorgada aos jurados, muitos magistrados deixam de examinar a prova de forma mais acurada e realizam tão somente a admissibilidade, sem ingressar no mérito, pois sustentam que é vedado, sob pena de invadir a seara destinada aos jurados. No entanto, para atender à determinação constitucional da competência dos jurados, é preciso que o magistrado examine as provas justamente para se convencer de que está diante de um crime doloso contra a vida. Portanto, é necessário, não de forma definitiva ou vertical, mas sim horizontal ou superficial, examinar o mérito, mesmo porque é preciso se convencer de se estar diante de um crime doloso contra a vida. Só assim se estará respeitando a alínea “d”, do inciso XXXVIII, do art. 5.º da Constituição Federal, compatibilizado com o art. 413 do CPP. Consignou-se, ainda, que é preciso, antes de optar pela pronúncia, verificar se não é o caso de aplicar o art. 415 ou o art. 419 do CPP. Como saber se não é caso de absolvição sumária ou desclassificação se o magistrado não examinar o mérito da ação penal? Então, ficou evidenciado que, em relação à materialidade, não há como sustentar que o magistrado não deve ter contato com o mérito, uma vez que, durante a instrução, muito provavelmente o magistrado já terá tido contato com o mérito da ação penal, ao presenciar, por exemplo, a colheita dos depoimentos e o interrogatório. Também se observou, em relação à materialidade, que deverá o magistrado se questionar acerca da intenção do agente, isto é, sobre o elemento subjetivo do acusado no momento do cometimento da conduta. É preciso aferir se o acusado obrou com dolo na conduta, pois, como já dito, é necessário decidir se havia dolo na conduta de ceifar a vida humana ou apenas lesionar a vítima. Nesse último caso, será hipótese de desclassificação, e isso só é possível examinando o mérito da ação. Na esteira de Juarez Tavares, o dolo pode ser decomposto em dois segmentos: um intelectualivo (consciência) e outro volitivo (vontade). Com base nesses segmentos, pode ser construída sua estrutura.⁴⁴⁰ Dessa forma, de modo bastante sucinto, se, pelo cotejamento das provas, ficar evidenciado que é muito provável o acusado ter operado com dolo na conduta de ceifar a vida humana, estar-se-ia, portanto, diante de um crime doloso contra a vida, devendo então o

⁴⁴⁰ TAVARES, 2018, p. 266.

magistrado pronunciar o acusado. No entanto, não sendo a prova segura, apenas sendo possível, por meio das provas examinadas, se estar diante de um crime doloso contra a vida, então não é caso de pronúncia. Melhor caminho seria a desclassificação, mesmo porque, assim agindo, o acusado ainda terá a sua disposição as hipóteses do art. 386 do CPP. No caso de, pelo exame das provas, ficar evidenciado ser improvável se estar diante de um crime doloso contra a vida, é preciso reconhecer a presença de dúvida razoável e, sendo assim, deve ter vez a impronúncia; é o que ordena o art. 414 do CPP. Por último, havendo prova farta no sentido que afaste a hipótese de ter ocorrido um crime contra a vida, sendo, portanto, impossível a sua ocorrência, é exigida a absolvição sumária do acusado. Apenas dessa forma o acusado terá seus direitos e garantias assegurados, como bem ordena a Constituição Federal.

Em relação à autoria e participação, tal ponto merece um pouco mais de atenção, em razão de o dispositivo admitir expressamente a presença de “indícios suficientes” para a pronúncia. Diante disso, surgiram algumas interpretações no sentido de que qualquer elemento indicando a autoria e participação – por exemplo, informes provenientes dos autos do inquérito policial – seria suficiente para contemplar o que exige o dispositivo. É bem verdade que a redação do art. 155 do CPP muito contribuiu para esse entendimento, permitindo que o magistrado formasse sua convicção com base em quaisquer meios de prova, inclusive com base nos elementos informativos colhidos na investigação, desde que corroborados por outros meios de prova produzidos durante a instrução. No caso das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, o dispositivo permitiu, inclusive, que o magistrado formasse sua convicção exclusivamente com base neles, isto é, sem a necessidade de respeitar o contraditório. Ocorre que, tendo o contraditório sido erigido como direito individual, previsto no inciso LV, do art. 5.º da Constituição Federal, ficou claro que a ressalva presente no art. 155 do CPP não obedece à Constituição Federal. Sendo assim, demonstrou-se inadmissível que o magistrado se utilizasse de provas que não observaram o contraditório para afirmar a suficiência sobre a autoria ou participação. Retoma-se, neste ponto, a ideia de que atenta contra a dignidade da pessoa humana submeter o acusado, com base em elementos unilaterais, a julgamento perante o Tribunal do Júri, que não fundamenta seu veredicto. Isto é, prevalecendo o Júri como garantia individual, é preciso admitir que apenas provas que tenham observado o contraditório servem para fundamentar uma decisão de pronúncia, pois, se houver condenação, espera-se que tenha tido como fundamento justamente essas provas.

Ficou também demonstrado que, embora o art. 413 do CPP se satisfaça com indícios de autoria e participação, exige-se, da mesma forma que na materialidade, o exame quanto ao

mérito, uma vez que é preciso analisar se não é caso de aplicar o inciso II do art. 415 do CPP. E isso só é possível analisando o mérito. Logo, não é facultado ao magistrado sonegar esse controle sobre a prova penal valendo-se de argumentos como *in dubio pro societate* ou que são os jurados os competentes constitucionais para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cabendo a eles decidir sobre todas essas questões. Dessa forma, a mesma linha aplicada à materialidade aplica-se também à autoria e participação. Assim, só pode haver pronúncia se, pela análise das provas, for provável que o acusado seja autor ou partícipe. Do contrário, sendo apenas possível, melhor caminho é a impronúncia, pois não se pode admitir que o acusado vá a julgamento, diante dos jurados, que não fundamentam os votos, apenas porque é possível que ele seja o autor do crime. É preciso reconhecer que a acusação não se desincumbiu do seu ônus em demonstrar satisfatoriamente a autoria e, por essa razão, deve ser observado o disposto no art. 414 do CPP. Da mesma forma, se ficar comprovada a absoluta impossibilidade de o acusado ser autor ou partícipe, é preciso que ele seja absolvido sumariamente. Só assim será respeitada o Tribunal do Júri terá o sentido de direito individual que a Constituição Federal buscou instituir.

Ficou ainda demonstrado que tão somente oportunizar o contraditório, embora necessário, se mostrou insuficiente. Exige-se mais. Não se pode permitir que o magistrado ingresse na seara probatória, sob pena de perder sua imparcialidade. Além disso, visando a diminuir a discricionariedade existente no sistema do livre convencimento motivado, mostrou-se que se poderia trabalhar com *standards* probatórios, justamente para tentar averiguar até que ponto uma hipótese mostra-se capaz de ser corroborada, isto é, manter-se incólume, resistindo aos “testes” a que for submetida. Dessa forma, a prova poderá ser “testada” e valorada ante os atores do processo. Especificamente, trabalhou-se com os critérios da “teoria da probabilidade lógica” ou “indutiva”, que consistem em analisar, por meio de sucessivas inferências, o grau de resistência de cada meio de prova ante as demais, justamente para avaliar o seu grau de “corroboração”, projetando, assim, diante do resultado, um convencimento do juiz “além de dúvida razoável”. Essa é a intenção. Não há fórmula preconcebida de valoração probatória, mas sim instrumentos que, a depender do caso concreto, auxiliarão o magistrado a decidir e fundamentar o porquê de, neste caso específico, outorgar maior “peso” a uma prova em detrimento de outra. Percebeu-se que assim agindo afastaríamos aquelas provas que não satisfizessem a um critério qualitativo mínimo. Sob essa perspectiva, respeitaríamos a intenção do Constituinte ao conferir o Tribunal do Júri, primordialmente, como verdadeiro direito fundamental do acusado. Percebeu-se, igualmente,

a vantagem em se adotar o *standard* de prova “além de dúvida razoável” como equivalente ao da presunção de inocência, justamente para evitar decisões e interpretações que diminuam ou restrinjam seu valor e conteúdo – por exemplo, a posição já referida segundo a qual os tribunais passaram a afirmar que a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição não fere a presunção de inocência, autorizando, assim, a execução provisória da pena. Ora, adotando ambas as expressões como equivalentes, não interessa o grau de jurisdição em que estiver a discussão da causa, a dúvida será sempre a mesma. Se existir uma dúvida razoável em primeiro grau de jurisdição, ela persistirá em qualquer grau. Isso impossibilita os tribunais de adotarem entendimentos absurdos como o citado.

Importante ressaltar, como já dito, que a utilização dos *standards* reduz a margem de discricionariedade do juiz, presente também no livre convencimento motivado, pois obriga que a prova seja “testada” diante das outras provas presentes nos autos. Assim, por exemplo, se uma prova é divorciada de todas as outras provas dos autos, não pode o magistrado, a seu bel-prazer, invocar aquela prova para pronunciar o acusado, escondendo-se atrás da afirmação de que cabe aos jurados decidir a questão.

Compreendido isso, diante da natureza da decisão de pronúncia, que vem a ser uma decisão declaratória de admissibilidade da acusação que não aborda o mérito, melhor diríamos então que, na intersecção das fases do *judiciam accusationis* e *judicium causae*, o magistrado examina o mérito de forma superficial, suficientemente para reconhecer a admissibilidade da acusação e se convencer sobre a materialidade e sobre os indícios suficientes de autoria e participação. Dessa forma, vislumbrando ser caso de pronúncia, emite uma decisão declaratória admitindo a acusação, de forma sucinta, deixando, no entanto, de emitir qualquer juízo de mérito, justamente para não influenciar o ânimo dos jurados. É importante ressaltar que a competência constitucional dos jurados só se inaugura “se” e “quando” o magistrado declarar que está convencido de que se trata de um crime doloso contra a vida. Antes disso, há tão somente uma expectativa que pode muito bem vir a não se concretizar. Resta, no entanto, deixar evidenciado que, ao elaborar a decisão declaratória de admissibilidade da acusação de forma sóbria, superficial, deixando de citar o mérito, justamente para não influenciar os jurados, deve o magistrado observar o inciso LV, do art. 5.º da Constituição Federal como condição de validade de prova.

Os jurados, por serem os destinatários da prova, também receberam nossa atenção. Considerando que julgam sob a íntima convicção, seria necessário que tivessem acesso apenas às provas submetidas ao contraditório e aos critérios qualitativos de prova propostos pelos

standards. Demonstrou-se que tal exigência se faz necessária não apenas por serem juízes leigos, mas também por serem mais suscetíveis à persuasão e à influência na tomada de decisão do que os magistrados togados. Descobriu-se, por meio da neurolinguística, melhores formas de se comunicar com os jurados, e que é preciso encontrar e estabelecer meios didáticos para melhorar o entendimento deles sobre a prova penal. Para tanto, sustentou-se que é preciso trabalhar, também com os jurados, as noções sobre *standard* probatório. Tal medida facilita a compreensão do jurado, pois permite a ele enxergar a forma de raciocínio seguida pelo orador, ao invés de o julgamento se limitar à oratória e a debates.

Em ato contínuo, abordou-se também o critério de decisão por maioria de votos. Ficou evidenciado que tal forma de decidir está ultrapassada, permitindo injustiças, pois admite-se que o acusado, por um único voto, seja condenado a uma pena, muitas vezes, altíssima, sem, de fato, sabermos qual a razão que levou o jurado a votar nesse sentido. Portanto, ficou demonstrada a necessidade de formulação em número par do Conselho de Sentença, para que então, se o acusado restar condenado, tenha sido por votação qualificada, isto é, diferença de no mínimo dois votos.

Por fim, mostrou-se que as disposições referentes ao Júri, na legislação ordinária, bem como na jurisprudência dominante, precisam se alinhar com a Constituição Federal, pois, quando o Constituinte inseriu o Tribunal do Júri entre os direitos e garantias fundamentais como direito individual e coletivo, objetivava tornar o julgamento dos crimes dolosos contra a vida verdadeiro direito fundamental do acusado, e não privilegiar a sociedade, de forma solipsista, deixando o indivíduo em segundo plano, como se fosse um inimigo da sociedade, sem dignidade. Importante sempre atentar, e para tanto utilizamos novamente a lição de Ingo Sarlet, que a dignidade inerente a toda e qualquer pessoa humana socorre, inclusive, o maior dos criminosos⁴⁴¹ e se consubstancia na qualidade intrínseca e distintiva que faz do ser humano merecedor de respeito por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo ato degradante e desumano.⁴⁴²

Dessa forma, demonstrou-se que a prova necessária e suficiente para fundamentar a decisão de pronúncia ante a Constituição Federal é a prova necessariamente submetida ao contraditório e aos critérios de valoração probatória, próprios dos *standards*, justamente para lhe aferir a suficiência. Só assim se estará obedecendo à Constituição Federal e se promoverá

⁴⁴¹ SARLET, 2015a, p. 53.

⁴⁴² SARLET, *idem*, p. 70-71.

o julgamento de forma democrática conforme se espera em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim. **A política da prova e cultura punitivista: a governabilidade inquisitória do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Reformas no processo penal**. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo: RT, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (coord.); KNIJNIK, Danilo; Artur Thompsen Carpes et al. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARCELOS, Daniel; VIDAL, Luciano. **Homicídios**. Métodos de investigação. Técnicas de entrevista e interrogatório. São Paulo: Chiado, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

BENFICA, Francisco Silveira. VAZ, Márcia. **Medicina legal**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 470**. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 17 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgResp n.º 1.317.856**. Órgão Julgador: Quinta Turma Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp n.º 1.740.921**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.770**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 234.758/SP**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 19 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n.º 1.509.504/SP**. Órgão julgador: Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 27 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. n.º 1.540.151/MT**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 08 set. 2015.

BRASILEIRO, Renato. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BRAZ, José. **Ciência, tecnologia e investigação criminal**: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático. Coimbra: Almedina, 2015.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Estigma de pilatos**. São Paulo: Juruá, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgos. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. revisada, atualizada e reformulada até a E.C. 70/12. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Misérias do Processo Penal**. 3. ed. Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**: reformas, continuísmos e perspectivas práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Código de processo penal**. Comentários consolidados e críticas jurisprudenciais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II, Santa Fe de Bogotá/Colômbia: Temis S.A., 2000.

COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. **Prática policial sistematizada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. Coleção Ciências Criminais Contemporâneas. São Paulo: Atlas, 2015. v.3.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória, 2018.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAMASIO, Antônio. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução Laura Teixeira Motta. Rev. técnica Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampliada e revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A espada de Dâmocles da justiça**: o discurso no Júri. 1995. 320f. Tese (Doutorado em Linguística) - Instituto de Estudos de Linguagem, Unicamp, São Paulo, Campinas. Disponível em: <file:///C:/Users/hp%20store/Downloads/Fagundes_ValdadeOliveira_D.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

FARIELLO, Luiza. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FELIX, Yuri; LEONEL Juliano de Oliveira. **Tribunal do Júri**. Aspectos processuais. Prática Forense. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRI, Enrico. **Discursos penais de acusação**. São Paulo: Edijur, 2018.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GALVÃO, Vinicius Alcântara. **O Júri e sua retórica**: a lógica do discurso. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu. J. **Prisão, liberdades e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014a.

_____. **Reformas (?) Do processo penal:** considerações críticas. São Paulo: Atlas, 2014b.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal:** uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Nulidades no Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.157.

_____. **Autoritarismo e Processo Penal.** Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal.** Tradução Mauro Fonseca Andrade; Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

_____. **A prova indiciária no crime de homicídio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço.** Tradução Ênio Paulo Gianchini. 2. ed. Ampliada. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo** (org. e intr.). Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JÚNIOR, Salah H.; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **In dubio pro hell.** Profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acessado em: 15 ago. 2018.

_____. **Os standards do convencimento judicial:** paradigmas para seu possível controle. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018, p. 37.

KNIJNIK, Danilo (coord); CARPES, Artur Thompsen. et al. **Prova judiciária:** estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAPLACE, Pierre-Simon. **Ensaio filosófico sobre as probabilidades**. Tradução Pedro Leite de Santana. Rio de Janeiro: Contraponto PUC-RJ, 2010.

LOPES FILHO, Mario Rocha. **Tribunal do Júri e alguns variáveis potenciais de influência**. Porto Alegre: Núria Fabres, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri**. Considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

_____. **Elementos de direito processual penal**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. The brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas**. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processo**. São Paulo: Atlas, 1999.

MUCCIO, Hedejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

NASSIF, Aramis. **O Júri objetivo II**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIERANGELI, José Henrique (coord); PITOMBO, Sérgio Marcos; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmico**. A quebra na cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Estudos Jurídicos**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Costa; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70073386989**. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Julgado em: 17 maio 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70076166420**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Desembargador Rinez da Trindade. Julgado em: 11 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime n.º 70075506055**. Órgão Julgador: Oitava Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Julgado em 31 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Correição Parcial n.º 70080029580**. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães. Julgado em: 18 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 70075179697**. Órgão Julgador: Primeiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto. Julgado em: 03 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70055439905**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 07 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70056700446**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em: 05 jun. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito n.º 70072728926**. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Julgado em: 14 jun. 2017.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. rev., atual. e ampliada. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. Coimbra: Almedina, 2017.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Em 38 estratégias. Tradução Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo ritual e teatro, um estudo antropológico sobre o tribunal do Júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SILVA, Danni Sales. **Júri: persuasão na tribuna**. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, Élzio Vicente da. **Operações de polícia judiciária: e ruptura de planos de ataque terrorista**. Barueri, SP: Novo Século, 2017.

SILVEIRA, Edson Damas da et al. **Prova penal**. Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SIMANTO, Fábio Tofic. Em defesa do Tribunal Popular. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 19, n. 224, jul. São Paulo, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Hermenêutica e jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**. Decido conforme minha consciência. 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

TARUFFO, Michelle. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**: contradições e soluções. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELHO, Jesus Antônio; GEISER, Gustavo Caminoto; ESPINDULA, Alberi. **Ciências Forenses**: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna. 3. ed. Campinas: Millennium, 2017.

VILARES, Fernanda Regina (coord); FERNANDES, Antonio Scarance et al. **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALTON, Douglas N. **Lógica informal**: manual de argumentação crítica. 2. ed. Tradução Ana Lúcia R. Franco; Carlos A. L. Salum. Revisão Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Burden of proof**: presumption and argumentation. New York, Cambridge: University Press, 2014.

WUNDERLICH Alexandre et al. **Política Criminal Contemporânea**: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Doctrina penal nazi**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017a.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017b.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad