

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANA CAROLINA FILIPPON STEIN

O JUÍZO DA PRONÚNCIA E SEUS DILEMAS PROBATÓRIOS:

A (im)possibilidade de coexistência entre indícios suficientes de autoria, presunção de inocência e *in dubio pro societate*.

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANA CAROLINA FILIPPON STEIN

O JUÍZO DA PRONÚNCIA E SEUS DILEMAS PROBATÓRIOS:

A (im)possibilidade de coexistência entre indícios suficientes de autoria, presunção de inocência e *in dubio pro societate*.

Porto Alegre

2017

Ficha Catalográfica

S819j Stein, Ana Carolina Filippon

O juízo da pronúncia e seus dilemas probatórios : A (im)possibilidade de coexistência entre indícios suficientes de autoria, presunção de inocência e in dubio pro societate / Ana Carolina Filippon Stein . – 2017.
163 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Direito Processual Penal. 2. Presunção de inocência. 3. In dubio pro societate. 4. Decisão de pronúncia. 5. Prova. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecário responsável: Marcelo Votto Texeira CRB-10/1974

ANA CAROLINA FILIPPON STEIN

O JUÍZO DA PRONÚNCIA E SEUS DILEMAS PROBATÓRIOS:

A (im)possibilidade de coexistência entre indícios suficientes de autoria, presunção de inocência e in dubio pro societate.

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

2017

ANA CAROLINA FILIPPON STEIN

O JUÍZO DA PRONÚNCIA E SEUS DILEMAS PROBATÓRIOS:

A (im)possibilidade de coexistência entre indícios suficientes de autoria, presunção de inocência e in dubio pro societate.

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.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

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

Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr

Prof. Dr. Thiago Allisson C. de Jesus

Prof. Dr. André Machado Maya

Aos meus pais, Marlene e Remi (in memoriam), ao final de tudo, vocês sempre tiveram razão. Com todo meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ah, essa tal dissertação de mestrado! Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Um sonho realizado. A conquista do meu Everest, literalmente. Não foi fácil mudar o rumo das coisas depois de tanto tempo, mas ir atrás do objetivo, estudar e trabalhar com o que se acredita, vale qualquer desafio. Mas não se superam obstáculos, tampouco se cresce, sozinho. Contar com a melhor, mais parceira e mais amorosa e confiante das equipes, foi essencial. A vocês, nenhuma palavra será suficiente para demonstrar minha gratidão. Obrigada por existirem na minha vida!

Humberto Wildner, meu amor, meu parceiro, meu porto seguro há 24 anos. Tu, mais que ninguém, sabe o custo emocional desta caminhada. Só tenho uma coisa para te dizer: *que o meu melhor lugar do mundo é dentro do teu abraço, pois dentro do teu abraço é sempre quente. Tudo que sofri, dentro do teu abraço se dissolveu, e tudo o que eu espero e sonho, dentro do teu abraço eu encontro. Dentro do nosso abraço tudo o mais já está dito. O rosto contra o peito, dois corpos num amasso. Os corações batendo juntos em descompasso.* Te amo Betão, essa conquista é nossa! (obrigada Jota Quest pela “nossa” música).

Mãe, Marlene Stein, dona Chica! Essa conquista eu divido contigo, quem sempre me ouviu e apoiou, e identificou, lá pelos meus 04 anos de idade, que eu seria uma advogada de defesa. Obrigada por me ouvir até hoje. Te amo muito! Cao, Carlos Stein, meu irmão, minha referência, meu exemplo. Obrigada por estar sempre por perto e reforçar que não existe idade para se concretizar os objetivos. Yula Poletto Dias, minha cunhada-irmã, obrigada pelo carinho, também por estar sempre por perto, e por ter colocado no meu colo as duas pessoas que mudaram meu referencial de vida e padrão de amar, o Tom, Antonio Stein, e a princesa Olívia. É por eles que eu vou lutar sempre, por liberdade, por respeito às regras do jogo, por democracia. Amo vocês demais, minha melhor família!

Gurias Alice Hirt, Daniela Sonalio, Deisi Sartori, Miriane Tagliari e Tatiana Azambuja, vocês sabem que não foi fácil, mas vocês nunca me deixaram desistir. Obrigada pelas palavras de incentivo, pelos puxões de orelha, por acreditarem em mim, por comemorarem e chorarem comigo. Vocês são a melhor “ORGCRIM” a que alguém pode pertencer, com prisão perpétua decretada dentro do meu coração! Amo muito!

Larissa Urruth, Ruiz Ritter e Sarah Putin, vocês sabem bem que se não fosse por vocês, esse mestrado não estaria acontecendo. Obrigada por tudo!!! Obrigada Lari por não soltar nunca o meu braço carinhoso e por todas as trocas que aconteceram e por todas que virão, e pelo churras no seu Ted! Obrigada Ruiz por avisar para não fazer o trabalho sobre o Jacobs na especialização e pelo incentivo em todos os momentos! Obrigada Sarah por ser minha psico off line!!!! Obrigada pelas araras, pelo homem que saiu outro da caverna de Platão, pelas gêmeas más, pelas gargalhadas e pelas intermináveis interpretações buscando uma conclusão que nunca teremos. Obrigada por essa parceria de vida! Amo vocês!

Lê, Letícia Burgel e Dr. Pertille ou simplesmente, Kiridu, Marcelo Pertille, meus presentes do mestrado! Vocês fizeram a diferença na minha caminhada. Obrigada pelas trocas, pelos ensinamentos, pelos almoços, pelos cupcakes e pela divisão do energético. Obrigada pelos olhares de cumplicidade quando a coisa ficava feia, pela torcida e pelo apoio. Estaremos sempre juntos. Amo vocês!

Henrique Saibro, Juliana Brizola e Pedro Pavanatto, através de vocês eu agradeço a todos os nossos colegas! Obrigada por ter feito parte da melhor das turmas, Mestrado PPGCCRIM 2016! Como cresci e aprendi com vocês. Vocês são os melhores. Só fera nessa turma! Vidas longa ao sucesso de todos!

Fátima Paludo, minha mestra! Contigo aprendi a maior de todas as lições que um advogado criminalista deve levar para a vida: a defesa tem que ser efetiva, plena, esgotada! O resultado faz parte do jogo. Obrigada pelo carinho e pelas lições, sempre! Fernando Elias José, meu “analista de Bagé”. Obrigada pelos “joelhaços”, pelo carinho e pela amizade que formamos. Obrigada principalmente pela tua competência profissional! Se não fosse isso, eu não teria chegado até aqui, “sã e salva”.

Ao meu orientador, professor Nereu Giacomolli, meu mais profundo e sincero agradecimento. Obrigada por acreditar em mim, pela paciência, por deixar eu usufruir do seu saber, por ouvir, por me conduzir, pelos ensinamentos, críticas, trocas, alertas e oportunidades. Obrigada pelo incentivo e por fazer aflorar em mim, meu potencial acadêmico, o qual ainda tem muito que crescer, seguindo o norte de seus ensinamentos. O senhor foi “O” orientador! Muito obrigada! Muito obrigada! Muito obrigada!

Aos professores Aury Lopes Junior, Fábio Roberto D'Ávila e Clarice Beatriz Sohngen por serem meu referencial de docência. A todos os professores do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais, por nos oportunizarem um programa de excelência.

À professora Ruth Gauer, por ser um exemplo de determinação na condução do PPGCCRIM. Por ser uma mulher admirável, cuja porta de seu gabinete sempre esteve aberta a nós, seus alunos, fosse para um oi ou trocar uma ideia. Aliás, obrigada por nos introduzir na História das Ideias e nos fazer ver um mundo para além do Direito. Obrigada por nos fazer pensar! Obrigada!

Marcia Lopes, meu, nosso anjo da guarda no PPGCCRIM! Sem você, Marcinha querida, o que era para ser difícil, seria quase impossível! Obrigada pela paciência, pelos ouvidos, pelo olhar de compaixão (hehehe), pelo café e pelos papos. Obrigada pela amizade! Love you, my angel!

Patrícia Oliveira (minha Dona Paty), Uillian Vargas e Andrews Bianchi, quem disse que o crime não compensa, não tinha ideia do que essa equipe do PPGCCRIM produziu em mim, ao entrar na minha vida! Obrigada pelo carinho, pelas risadas, pela ajuda com a informática (ufa!), obrigada por fazerem parte desta caminhada que começou com a especialização em Ciências Penais. Amo essa amizade! Vocês são tudo de bom!!!!

A todos os meus amigos queridos, citados ou não (muito difícil listar todos), que de alguma forma, colaboraram para que esse sonho se realizasse. Meu mais sincero muito obrigada! André Maya, Álvaro Antanavicius Fernandes, Brunna Laporte, Christian Tombini, Gustavo Noronha de Ávila, Lou Pacheco, Marcos Eberhardt, Marcelo Bertoluci, Daniel Leonhardt, minha parceira e amiga querida Gabriela John dos Santos, meu time Cível do Juizado Especial Cível do Alto Petrópolis, meus parceiros de Comissão de Direitos Humanos da OABRS, Carolina Scarton, Nathalia Schneider, Vinicius Vasconcellos, Laura Albuquerque, Daniela Eilberg, Professor Fauzi Choukr e demais colegas do IBRASPP, e todos os profissionais os quais pelas mãos passei no curso da minha carreira, e que de alguma forma ajudaram a forjar a profissional que me tornei. Aos meus mentores pela proteção.

A todos, minha gratidão e homenagem.

Viver é acalantar sonhos e esperanças, fazendo da fé a nossa inspiração maior. É buscar nas pequenas coisas, um grande motivo para ser feliz!

Mario Quintana

CONTINUE EM FRENTE...

And love is not the easy thing
Is the only baggage that you can bring
Is all that you can't leave behind
And if the darkness is to keep us apart
And if the daylight feels like it's a long way
off
And if your glass heart should crack
And for a second you turn back
Oh, no, be strong! Walk on!
What you got, they can't steal it
No, they can't even feel it
You're packing a suitcase for a place
None of us has been
A place that has to be believed to be seen
You could have flown away
A singing bird in an open cage
Who will only fly, only fly for freedom
Walk on! What you got, they can't deny it
Can't sell it, or buy it
Walk on! You stay safe tonight
And I know it aches
How your heart it breaks
You can only take so much
Home! Hard to know what it is
If you never had one
Home! I can't say where it is
But I know I'm going Home!
(Walk On, U2)

RESUMO

No presente trabalho, inserido na área de concentração Sistema Penal e Violência e na linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, buscou-se analisar, através de um olhar constitucional do processo penal brasileiro, perpassando-se os institutos estudados, pelo filtro da garantia do estado de inocência dos acusados em procedimento processual penal, a questão probatória afeita à decisão de pronúncia, quando esta permite uma fundamentação com a afirmação de indícios suficientes de autoria, em superação da dúvida *pro reo*, pela dúvida *pro societate*. O problema posto em discussão se propôs a trabalhar o princípio da presunção de inocência e seu alcance de observância dentro do processo penal pátrio, bem como o adágio do *in dubio pro societate*, a fim de permitir um aprofundamento do dilema probatório contido na decisão de pronúncia, qual seja, se indícios suficientes de autoria possuem força para superar a presunção de inocência em face de um julgamento pró-sociedade, ou não, ante um processo penal que se denomina democrático. Trabalhadas, ainda, as diferenças pontuais entre indícios e provas, e atos de investigação e atos de prova, com a finalidade de propiciar um afastamento entre tais institutos e demarcar seus momentos de atuação dentro da persecução penal. Ao final, apresentados e analisados dados de pesquisa documental realizada, a qual identificou vícios em discursos exarados na decisão de pronúncia, os quais acabam por afirmar um certo argumento de autoridade contido em tais documentos, e que podem acabar por influenciar os jurados quando da formação de sua convicção. A conclusão à qual se chegou foi a de que não há um processo penal democrático sem a real observância do princípio da presunção de inocência, a qual deve se impor em momentos decisórios, superados institutos técnicos que colidem com a mesma.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. In dubio pro Societate. Indícios. Prova. Decisão de Pronúncia.

ABSTRACT

The present work is grounded on Penal System and Violence area, in the line of research on Contemporary Criminal Justice Systems of the Postgraduate Program in Criminal Sciences of PUCRS, and aims at analyzing the probative issue concerning the judge's decision to pursue, when it allows sufficient evidence to justify, in overcoming the *dubio pro reo*, by the *dubio pro societate*. It is assumed a constitutional view of Brazilian criminal procedure of the principles studied, by the filter of the presumption of innocence guarantee in criminal proceedings. The problem under discussion is the principle of presumption of innocence and its scope of observance within Brazilian criminal proceedings, as well as the adage of the *in dubio pro societate*, in order to allow a deeper evidentiary dilemma contained in the judge's decision to pursue, that is, whether sufficient evidence has the force to overcome the presumption of innocence in face of a pro-societal judgment, or not, in a criminal justice system, which is claimed to be democratic. We also worked on the specific differences between indication and evidence, as well as on differences between investigative acts and evidence acts, with the purpose of fostering a separation between these precepts and demarcating their moments of action within criminal prosecution. Finally, we presented and analyzed documentary research data, identifying vices in speeches of judge's decision to pursue, which affirm a certain argument from authority contained in such documents, and which may end up influencing the jurors' beliefs. We concluded that there is no democratic criminal procedure without the actual observance of the principle of presumption of innocence, which must be imposed at decisive moments, surpassing any other technical principles colliding with it.

Key words: Criminal Procedure. Presumption of innocence. *In dubio pro societate*. Evidence. Proof. Decision to pursue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO SOCIETATE:	17
1.1 A LOCALIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: COMO NORMA DE TRATAMENTO, NORMA PROBATÓRIA E NORMA DE JUÍZO (IN DUBIO PRO REO)	27
1.2 A DÚVIDA NO MOMENTO DA PRONÚNCIA E O IN DUBIO PRO SOCIETATE:	43
1.3 DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE PRESENTE NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E O ATIVISMO JUDICIAL POR TRÁS DO IN DUBIO PRO SOCIETATE:.....	51
2 EXIGÊNCIAS PROBATÓRIAS DA DECISÃO DE PRONÚNCIA:	58
2.1 DIFERENÇAS PONTUAIS ENTRE INDÍCIOS E PROVAS:.....	67
2.2 DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO E ATOS DE PROVA:.....	81
2.3 O FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E A DECISÃO DE PRONÚNCIA: PREVALECIMENTO DE INDÍCIOS SOBRE PROVAS (?):.....	89
3 CONFORMAÇÃO ATUAL E CRÍTICA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.	102
3.1 DA (IN)OBSERVÂNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A RECEPÇÃO DOS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA, COM VISTAS A UM JULGAMENTO PRÓ-SOCIEDADE	103
3.2 DO DISCURSO IMPLÍCITO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SEU ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO:.....	117
3.3 JÚRI E JURADOS: A DETURPAÇÃO DA FUNÇÃO DE JULGAR:	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
REFERÊNCIAS	152
APÊNDICE	162

INTRODUÇÃO

O ambiente social brasileiro, tão intolerante com o que diz respeito ao crime e acolhedor de premissas de cunho punitivista, sob a crença de que o incremento de punição fará surgir uma sociedade melhor, mais disciplinada e responsável, faz com que discussões acerca de temas de processo penal e de direitos humanos a ele inerentes, mereçam estudos constantes, discussões e falas recorrentes, com a finalidade de se (tentar ao menos) criar uma nova cultura, de estabelecer como base que o jogo processual penal precisa ser disputado dentro de regras claras, objetivas, com a observância dos direitos fundamentais a ele inerentes, com o objetivo de sedimentar uma consciência cidadã e democrática nos membros de nossa sociedade.

Trabalhar com o instituto do Tribunal do Júri, partindo da análise da observância da garantia da presunção de inocência foi uma escolha que nasceu da experiência vivida ao longo de seis anos de atuação como defensora dativa nas Varas do Júri de Porto Alegre. A tentativa de aproximar a prática do processo da teoria, buscando uma melhor compreensão doutrinária, não só sob o viés processual, mas pelo próprio histórico de fundação da instituição Júri, dos mecanismos procedimentais utilizados ao longo de tal persecução, instigaram o trabalho e a cada dia que se passou ao longo da pesquisa, se mostrou mais necessário.

Nossa estruturação legal de Tribunal do Júri data de 1822, com conceitos importados do continente europeu, e desde o início do Séc. XX poucas mudanças ocorreram no instituto. De lá pra cá a sociedade brasileira passou por diversas mudanças, culturais e políticas, e desde a Constituição Cidadã de 1988, vem tentando afirmar sua democracia, contudo, com um movimento de afastamento de premissas de direitos humanos afeitas ao processo penal, mormente no que diz respeito à garantia da presunção de inocência. Não há uma compreensão por parte da sociedade do significado do “estado de inocência”, e isto, por si só, já macula a premissa básica do júri, qual seja, a de julgamento de um membro da sociedade, por seus pares, em cometido um delito doloso contra vida.

Entretanto, no presente trabalho, não houve a opção de estudo da postura dos jurados em si. Escolhemos a direção de questionar a conduta do ator técnico – magistrado - no momento decisório da pronúncia, quando decide remeter o acusado a júri popular, e sobre a

influência que tal decisão, da maneira como é estruturada com o manejo dos requisitos processuais inclusos, em relação aos jurados. A linha de pesquisa adotada segue os sistemas processuais penais contemporâneos, dentro da área de concentração de estudo dos Sistemas Processuais e Violência do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

O problema proposto enfrentará qual é o real limite probatório da decisão de pronúncia, isto é, até que ponto indícios suficientes de autoria pós instrução processual poderão romper com a presunção de inocência sob o argumento de decisão *pro societate*. (?)

Tal análise nos propiciou ter como objetivo geral o de trabalhar a temática processual disponível no âmbito dos processos de competência do Tribunal do Júri, bem como os objetivos específicos de analisar a questão probatória envolvida no curso da persecução penal até o momento da decisão de pronúncia, a (in)observância do direito fundamental à presunção de inocência do acusado pelo magistrado prolator da decisão (*in dubio pro reo*) e a criação e aplicação sem qualquer critério do adágio do *in dubio pro societate*.

As hipóteses preliminares propostas indicam dois caminhos cujas direções são diversas, a depender da premissa de partida adotada. Um no sentido de que indícios suficientes de autoria, da forma como são analisados e captados *na e para* a decisão de pronúncia não maculam o princípio da presunção de inocência, uma vez que este momento processual contaria com um interesse social embutido (*in dubio pro societate*), com a remessa do acusado a julgamento por um Conselho de Sentença, em havendo dúvida quanto a autoria, em face da competência constitucional dos jurados para apreciação dos delitos dolosos contra a vida.

A outra hipótese afasta por completo o interesse social nesta fase (*in dubio pro societate*), afirmando a garantia da presunção de inocência em caso de dúvida quanto à autoria do acusado, devendo o magistrado observar e aplicar o *in dubio pro reo*, neste momento decisório, o que não colidiria com a competência constitucional do Tribunal do Júri.

A metodologia utilizada para trabalhar o problema e buscar a resposta mais adequada a ele, levando em consideração o ambiente social brasileiro (processual penal e político), se pautou pela leitura de doutrina técnica e crítica sobre os temas abordados, tanto nacional quanto estrangeira, quais sejam eles o processo penal e o princípio da presunção de inocência, bem como doutrinas de cunho sociológico e sobre linguagem e discurso no Direito.

Realizada, também, uma pesquisa documental em acórdãos das Câmaras Criminais competentes para o julgamento de Recursos em Sentido Estrito do Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, decorrentes das decisões de pronúncia proferidas pelos magistrados das 1ª e 2ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre. Com a finalidade de enriquecer o trabalho e analisar os discursos, ainda que de forma breve, exarados nas decisões de primeiro grau, buscou-se, através do resultado dos acórdãos, as decisões proferidas em sede de primeiro grau, as quais deram origem aos recursos em sentido estrito. Foram acessados ao todo 265 acórdãos e 247 decisões de pronúncia (tentou-se o acesso às decisões faltantes, contudo as mesmas não foram localizadas a tempo pelo cartório da Vara do Júri correspondente).

Entendemos a relevância do trabalho realizado para o âmbito do processo penal como significativa, uma vez que os dados coletados podem oportunizar debates e aprofundamento de estudos para proposição de mudanças legislativas no instituto do Tribunal do Júri, buscando sua maior adequação ao processo penal contemporâneo, com vistas a reforçar seu procedimento oral, acusatório e democrático. Toda e qualquer mudança no Tribunal do Júri causará impacto social, seja pelo reforço da competência constitucional dos jurados, retirando qualquer carga de indução dos argumentos de autoridade através dos documentos que lhes são alcançados, como é o caso da decisão de pronúncia e seu posterior acórdão confirmatório, bem como no sentido de atribuir e reclamar uma maior responsabilidade do membro da sociedade que ali está a julgar o seu par, seja de um conhecimento histórico maior sobre direitos humanos, seja por precisar criar uma maior empatia com relação ao seu semelhante, entendendo que o processo penal pode, e irá, em algum momento, atingir a todos. Neste momento, fará diferença um maior entendimento sobre presunção de inocência, direitos fundamentais e democracia. Só se afirma um ambiente democrático com respeito às garantias fundamentais conferidas no texto constitucional.

Neste contexto, o primeiro capítulo da dissertação abordará o princípio da presunção de inocência, sua contextualização histórica não só no Brasil, mas também em âmbito internacional. Abordaremos sua localização, aporte e observância dentro do processo penal brasileiro, e de forma mais específica no momento decisório da pronúncia. Enfrentaremos o adágio do *in dubio pro societate*, e tentaremos estabelecer sua “criação” e sua conexão com o procedimento do júri. No decorrer do capítulo enfrentaremos a dúvida no

momento da pronúncia, e as opções do magistrado em face do *in dubio pro reo* e do *in dubio pro societate*. Ao final, buscaremos um ponto de ligação entre o ativismo judicial e a aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia.

No segundo capítulo serão trabalhadas as exigências probatórias no momento da decisão de pronúncia. Serão estabelecidas diferenças pontuais entre o que se entende por prova e indícios; serão analisadas as diferenças entre os atos de investigação e os atos de prova para ao final ser considerada a possibilidade ou não de prevalecimento de indícios sobre provas na pronúncia.

No terceiro e último capítulo serão apresentados os dados colhidos com a pesquisa, bem como a interpretação dos mesmos, no tocante a (in)observância da presunção de inocência nos momentos decisórios da pronúncia e seu acórdão confirmatório. Serão analisados os discursos que emergem das referidas decisões, a reforçar o argumento de autoridade implícito nos documentos, os quais chegam às mãos dos jurados, sem que a eles se possa fazer qualquer tipo de menção. Por fim, será feita abordagem sobre o ato de julgar, colocando frente a frente o jurado e o acusado, contextualizando-os dentro do ambiente social ao qual pertencem.

A proposta do presente trabalho, conforme já referido, é abrir as discussões sobre o rito do júri, mormente no que diz respeito à decisão de pronúncia e todo o conteúdo que a cerca, seja ele de cunho processual penal, probatório (endoprocessual), seja de cunho social (extraprocessual). O confronto entre a prática e a doutrina processual penal contemporânea e crítica foi o mote buscado para proporcional tal debate.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO SOCIETATE:

Inocência e culpa são conceitos que se apresentam desde que a humanidade começou a estabelecer relações sociais. Conforme a convivência entre os homens foi se estruturando e regras foram sendo estabelecidas, tais premissas foram se moldando de acordo com o ambiente social. O surgimento das religiões em muito colaborou para o reforço do binômio culpa/pecado em contraponto com a inocência daqueles que agiam conforme os dogmas impostos.

Por muitos séculos, Estado e Religião caminharam juntos, estabelecendo regras de natureza punitiva, alimentando a divisão entre o bem/bom/inocente e mal/pecador/culpado para aqueles que as infringiam.¹ Tanto assim o é, que os primeiros “crimes” capitulados eram aqueles que constavam das nominadas tábuas da lei. E as punições transitavam da pena de morte para os crimes mais graves, passando por humilhação pública, demarcando no meio social, quem eram os “bons” e quem eram os “maus”.

¹ “O período comicial abrange desde a fundação de Roma até o último século da República. Esse longo período pode ser claramente dividido em duas fases: a *cognitio* e a *anquisitio*, procedimento penal surgido com a República e na qual os cidadãos romanos iniciaram não apenas uma participação direta no julgamento das causas penais mas, principalmente, uma estruturação de garantias aos imputados. A fase da *cognitio*, pela perspectiva do direito penal, caracterizou-se pela estreita relação entre religião e direito na definição de crimes, esclarecendo que nesta época não se procurava punir infratores, mas principalmente “purificar a cidade”. (ZANOIDE DE MORAES. Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010. p. 5) No mesmo sentido, de fatores culturais e crenças influenciarem mecanismos de punição, expõe Geraldo Prado: “Sem embargo das polêmicas conhecidas, a partir da observação de das práticas em vigor no século passado, na Papua-Nova Guiné, as pesquisas de Jared-Diamond parecem confirmar as hipóteses de Bronislaw Malinowski sobre como as sociedades arcaicas, a tradição e os mitos têm peso significativo no arbitramento de castigos. Não há como destacar a contribuição dos elementos tradicionais e das crenças na organização de nossas respostas penais, encaradas como técnicas de responsabilização. E a verdade é que mesmo em sociedades tidas como avançadas e com longa experiência em estudos acerca da punição à luz de regras estritamente jurídicas, como foi o caso da Alemanha, entre 1933 e 1945, cederam ao impulso de retorno ao arcaísmo como forma de punir comportamentos indesejáveis”. (PRADO. Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal**: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/?s=geraldo+prado+08%2F10%2F2016>>. Acesso em: nov. 2017. No mesmo sentido: “Las influencias religiosas sobre el derecho penal y el derecho procesal penal son por todos conocidas – aunque no siempre aceptadas -. El proceso, se ha visto tremendamente influenciado en sus formas de persecución como camino para la consolidación de la concentración de poder. Desde el derecho penal substantivo, el paralelismo pecado y delito es bien conocido. El delito parece culturalmente pecaminoso porque, justamente, se origina en el pecado. Es el concepto de pecado el que da origen al delito y no la ley. La ley, en su origen pré-moderno, es la formulación escrita de un concepto cultural. Posiblemente, lo que para la religión fue inaceptable – el pecado- fue plasmado luego en la ley”. (VEGEZZI, Santiago: El prematuro abandono cultural del principio de inocência através de la conjunción entre religión, pecado y delito: um paradigma vigente. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, B, p. 757-767; 2005).

O processo penal emerge neste ambiente, e os adjetivos de inocente ou culpado passam a ser manejados conforme a vontade dos seus julgadores. Naqueles tempos, agir contra certos preceitos, e até contestar a autoridade do governante (*v.g. o rei*) eram fatos geradores de processo, onde o acusado tinha pouca ou nenhuma chance de defesa, ou o que se dirá, qualquer tipo de presunção de sua inocência. Uma mentira, oriunda de intriga, dependendo de quem a contava, virava verdade e prova da culpa do cidadão acusado².

A presunção da inocência de acusados começa a tomar corpo (ainda que não com tal denominação) quando iniciam os questionamentos acerca da dúvida quanto a autoria do delito. Segundo FENNOL³, “en la Edad Media fue mencionado em la literatura jurídica com a expresión in dubio pro reo, y pocos siglos después se construyó el estándar “mas allá de toda duda razonable” em Old Bailey de Londres (finales del.s.XVIII)”, como instrução para os jurados assentado na premissa da certeza moral do Direito Canônico.

Importante referir, que independente da época e sistema processual penal adotado, ao seu lado sempre estiveram os interesses da sociedade. O bem punir, o afastamento dos “pecadores” do seio social, sempre impactaram no senso comum, e criaram a falsa ideia de

² “Per troppi secoli ha avuto il sopravvento una mentalità inquisitoria, che ha confuso i poteri strumentali necessari per l’esercizio della giurisdizione con i poteri finali nei quali essa si realizza. L’esempio tipico è la tortura, il cui uso portava ad una inevitabile infiltrazione di aspetti sanzionatori nella stessa attività istruttoria. La funzione principale della tortura finì anzi per diventare non tanto accettare la verità, quanto ottenere il pentimento del reo, attraverso la sofferenza del corpo che lo avrebbe aiutato a vincere il peccato: in base ad una concezione religiosa di origine cattolica, secondo la quale la confessione doveva servire soprattutto a far partecipare l’imputato al giudizio su se stesso, perché si emendasse e salvasse l’anima. No mesmo sentido: p. 79: Ove i processo non corrispondesse, próprio como strumento di indagine, allo stato della cultura e delle conoscenze dell’ambiente sociale in cui opera, finirebbe col trasformare in accertamento ufficiale una ricostruzione dei fatti priva di qualsiasi credibilità”. (ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli Editore, 1979. p. 32.)

³ “...como instrucción para jurados asentada em el estándar de la certeza moral de Derecho canónico. Antes Ulpiano había dicho, allá por el siglo III d.C., que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente, y de ahí surgió la frase atribuída a Maimónides (s.XII), de que es mejor absolver mil culpables que condenar a muerte a un inocente, aserto que há sido repetido muchas veces sin la referencia a la muerte y com diferente número de culpables. Mucho más remotamente, la Ley I del Código de Hammurabi había dicho literalmente que los acusadores de asesinato habrían de ser condenados a muerte si no consiguen probar la acusación”. (FENOLL, Jordi Nieva. **Revista Para El Analisis Del Derecho – InDret**. La razón de ser de la presunción de inocência Barcelona. 01/2016. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: mar. 2017). No mesmo sentido: “Esse princípio fundamental de civilidade – presunção de inocência – representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de um culpado. Cita Hobbes. Leviatano, p. 260: Todas as punições de súditos inocentes, sejam elas grandes ou pequenas, são contrárias à lei da natureza, pois a punição se dá só pela transgressão da lei, e por isso não pode existir pena para um inocente (FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª. Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Thomson Reuters. 2013. p. 505 e ss)

que o processo penal, ou a punição de culpados, serviria de instrumento de pacificação e segurança social⁴.

Até a Revolução Francesa, nunca havia se falado em “presunção de inocência”. O que se tinha, frente às bases do direito romano, era a menção da presunção de culpa e o direito penal do inimigo, institutos tão bem trabalhados ao longo dos séculos, e reforçados (aperfeiçoados (?)) no período inquisitorial, que até hoje relutam em abandonar o (in)consciente da população, legislador e operadores do direito.

Se havia um aprendizado necessário de se retirar do contexto histórico da Inquisição, era justamente a “lição do que não deveria ser um sistema processual penal minimamente equilibrado e justo”. Assim pensaram os iluministas⁵, dentre os quais não estavam só os “homens “da lei”, mas também os filósofos, historiadores, juristas, que buscavam não só a imediata substituição do processo inquisitorial”, insurgindo-se, ainda, “contra o predomínio do poder central em todos os campos e o seu total descomprometimento com os interesses e necessidades da população”⁶.

⁴ “O direito processual tem, pois, uma faceta prescritiva e não somente descritiva da realidade dos sistemas penais, porque busca expressar o resultado da transição das simples práticas de responsabilização para um modelo em que tais práticas são racionalizadas conforme a orientação de contenção e legitimação do poder punitivo. O viés epistemológico do direito processual penal, que é defendido no plano das teses tanto por teóricos críticos de variadas correntes como por defensores da teoria do garantismo, é de natureza engajada: com ênfase, este viés repele o apelo a crenças no lugar da demonstração quer da responsabilidade individual, quer da capacidade do sistema penal de cumprir missões para as quais não é sequer o instrumento adequado” (PRADO, Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal**: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Disponível em <<http://emporioidireito.com.br/?s=geraldoprado+08%2F10%2F2016>>. Acesso em: mar. 2017).

⁵ “No âmbito da Europa continental, o estado de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2015, p. 100). No mesmo sentido: “No Século XVII, em ambiente europeu, ocorreram rupturas significativas, a exemplo da separação da Igreja e do Estado, com a diferenciação entre o poder divino e o poder temporal, com a dessacralização da política (123). La Rochefoucauld, veterano da Fronda e pessoalmente envolvido nas suas consequências, conclui que se o presente século XVII produziu menos acontecimentos extraordinários do que os séculos anteriores, conseguiu no entanto ultrapassá-los pelo excesso de seus crimes (104); o pessimismo do século XVII, com a imagem do homem pecador e criminoso foi revertida no século XVIII, com o racionalismo e o reforço da imagem do homem otimista, em busca da felicidade. Neste contexto surgem os iluministas e sua ideologia de colocar o homem com um ser bom, em evolução e no centro das discussões do Estado”. (BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Volume 1. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70. 1977.pgs. 104-181).

⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p. 70.

Neste contexto, quando o ser humano deixa de ser visto como “inimigo” do Estado, e passa a ser destinatário de seu poder, reinventa-se a maneira de enxergar o processo penal⁷. Se de um lado o Estado passa a ser o titular do exercício do poder de punir, tomando para a si a competência exclusiva para a aplicação da pena, de outro passa a ter o dever de proteção e regência da sociedade, imprimindo mecanismos aptos a contribuir para a sua estabilidade e evolução. Oriundo de tais pensamentos é que o princípio da presunção de inocência surge expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na efervescência dos mandamentos de liberdade, igualdade e fraternidade gerados com a Revolução Francesa.

O artigo 9º da referida declaração, assim dispôs: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e (estado de inocência), se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (abuso de autoridade)⁸. Tal redação expôs de forma clara a intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, com a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados⁹.

A grande revolução residiu na expressa menção da garantia, a qual passou a considerar a necessidade da persecução penal partir do estado de inocência do investigado/acusado¹⁰, rompendo de forma radical com o passado, estabelecendo uma nova ordem, olhando para frente, sedimentando o abandono do ser pelo devir.

Inverteu-se, com isso, o eixo do processo penal praticado até então, quando este deixou de ser mera sequência de fatos para amparar a convicção já formada do inquisidor, o

⁷. “O pessimismo do século XVII, com a imagem do homem pecador e criminoso foi revertida no século XVIII, com o racionalismo e o reforço da imagem do homem otimista, em busca da felicidade. Neste contexto surgem os iluministas e sua ideologia de colocar o homem com um ser bom, em evolução e no centro das discussões do Estado”. (BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Volume 1. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70. 1977.pgs. 104-181).

⁸ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1789/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: nov. 2017.

⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p.77;

¹⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p. 77;

qual passou a iniciar da ideia de presunção de inocência do acusado. Quando se parte da concepção de inocência, fica-se frente a frente com a verdadeira persecução, “(...) isto é, uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos do processo(...)”¹¹.

Contudo, os ideais iluministas não sobreviveram a Napoleão Bonaparte. A radical mudança pela qual passou o processo penal, tendo como premissa de partida a inocência do acusado, provocou desconforto nas correntes políticas da época, criando grande resistência na sua manutenção. Como consequência natural de tal significativa ruptura, que de certa forma exporia o Estado e suas fragilidades ao desempenhar o poder punitivo, o retorno à zona de conforto dos sistemas processuais pré-revolução foi a escolha.

Ignorada em parte pela fase napoleônica, em que pese a adoção de um sistema misto, a presunção de inocência não passou da porta da fase investigativa. “O aumento da criminalidade interna e o risco de subversões políticas, perigosíssimas a um Estado em guerra com seus vizinhos”¹², não demonstravam um ambiente acolhedor a um novo tipo de processo penal, mormente um que retirava do acusado a condição de “inimigo do Estado.”

Deixando a França e Napoleão para trás, melhor sorte não alcançou a presunção de inocência com o passar dos séculos. Alvo de fortes críticas doutrinárias ao longo do tempo, as mais duras e significativas partiram da Escola Positiva Italiana (fim do séc. XIX e início do XX) capitaneada por Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, que a consideraram vazia, “absurda, e ilógica” e da Escola Técnico-Jurídica Italiana de Vincenzo Manzini, Alfredo Rocco e Arturo

¹¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p.78; No mesmo sentido: “O estado de inocência, na concretização garantística, restou comprometido, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade) em razão do novo paradigma processual”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. p. 100).

¹² “O conceito de presunção de inocência, por sua natureza, é incompatível com qualquer procedimento penal concebido e orientado para finalidades político-persecutórias marginalizantes e subservientes a um Estado que vê o indivíduo (criminoso ou não) como inimigo público. Isto porque todo modelo penal assim desenhado vai se projetar na esfera processual penal por meio da presunção de culpa”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p.105).

Rocco (séc. XX), que a estigmatizou como “um estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês, grosseiramente paradoxal e irracional”¹³.

Com o cenário mundial envolto em guerras e regimes totalitários (II Guerra Mundial, Nazismo e Fascismo, v.g.), normal que o ambiente processual penal se voltasse para sua face mais autoritária, a garantir o poder estatal e qualificar de inimigos do Estado os cidadãos.

Conforme MANZINI, maestro da Scuola Positiva¹⁴ (cujo movimento do positivismo jurídico que lhe deu base surge na Alemanha nazista, no início do sec. XX), na Itália de Mussolini, afirmava que “a presunção de inocência era inaceitável no processo penal, pois por sua visão técnica, não seria nem “presunção” nem se trataria de “inocência” (...)” afirmava que não se podia falar de inocência porque o processo penal não declara se alguém é ou não inocente, mas se ele é ou não culpado pelo crime do qual é acusado”¹⁵.

Vale referir que as Escolas Positiva ou Técnica-Jurídica italiana (e aqui se reforçam alguns de seus conceitos, em face das fortes influências em nosso ordenamento processual penal), rejeitou todo e qualquer “conteúdo filosófico, moral ou ético para a formação do sistema criminal, sem atentar, contudo, que não existe ciência jurídica neutra” e alheia à convergência social e política da comunidade na qual nasce e para a qual se destina, onde a área processual penal é a mais sujeita aos referidos influxos¹⁶.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4º Ed. Revista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, 2014, p. 507;

¹⁴ “Para a Scuola Positiva, que teve como expoente Cesare Lombroso, *o crime estava inserido no próprio homem, todo crime revelava um desvio atávico da personalidade do indivíduo, sua potencial periculosidade legitimava a aplicação de punição*. Por óbvio que uma garantia, a propor que todo homem nascia inocente até que se provasse o contrário se mostrava mais que inoportuna, uma vez que a lógica comum na época, era da presunção de culpabilidade, o cidadão já nascia com potencial de cometimento de delitos, bastando tão somente aguardar o momento do desvio para a aplicação da punição”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p129).

¹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p. 133; No mesmo sentido: “Manzini considera que o interesse fundamental que determina o processo penal é o de chegar à punibilidade do culpado, ou seja, de tornar realizável a pretensão punitiva do Estado contra o imputado, enquanto resulte ser culpado” (KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 24, no.281. Abril 2016)

¹⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. P.121.

A discussão entre criminalidade e meio ambiente social remonta há muitos séculos, e na sua base sempre estiveram presentes, sendo catalogados como instrumentos de política pública de segurança, o direito penal e o processo penal. A resposta esperada, a qual surge de decisões em procedimentos penais, é um fenômeno compreensível, se considerado que o processo é uma afirmação pública dos valores dominantes em uma sociedade¹⁷, contudo, tal premissa se baseia em duplo equívoco, de que a criminalidade, política e comum, é um problema exclusivamente policial e judicial e que uma legislação repressiva é um instrumento que vai combatê-la eficazmente.

Ao repelir a presunção de inocência do processo penal, MANZINI utilizou-se do argumento de que não é ofício do processo penal proclamar a inocência do imputado, mas simplesmente constatar se concorrem ou não as condições para permitir a realização da pretensão punitiva do Estado. Portanto, no processo penal ao qual se submetia o acusado, só dois resultados se mostravam possíveis, ou seria declarado culpado, ou não culpado. Nunca inocente¹⁸.

A presunção de inocência, depois de banida sob fortes ataques, vai ressurgir com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em meio a um mundo devastado pela Segunda Guerra Mundial, e ainda em choque pela banalização do mal orquestrada pelo regime nazista.

A união das nações para a criação de uma instituição (Organização das Nações Unidas - ONU) que organizasse sob diretrizes, aplicasse, auxiliasse na implementação e fiscalizasse uma nova ordem de direitos humanos, com alcance mundial, fez que com que fossem resgatados os ideais iluministas do sec. XVIII. Nesta ressurreição dos direitos humanos, com o intuito de nunca mais se permitir a ocorrência do mal em seu estado mais puro e cruel, como os vivenciados com a segunda guerra mundial e os regimes totalitários (nazismo e fascismo), retorna com força e amparo, a presunção de inocência.

¹⁷ “Il processo penale viene indicato, anche al di là del suo tipico, quale banco di prova della saldezza delle istituzioni democratiche. Il fenomeno è comprensibile: non solo per l’aspetto strutturale, che al processo compete, di pubblica riaffermazione dei valori dominante, ma soprattutto per l’assenza di una risposta politica adeguata ai problemi di fondo”. (ILUMINATTI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p 1)

¹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio De Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. p. 129.

O art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem/ONU (1948) assim dispôs: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.”

No ano de 1950, em Roma, a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, preconizou em seu art. 6.2, que ‘o estado de inocência é um princípio basilar de construção e desenvolvimento das garantias processuais’, ao dispor que: “toda a pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até que a sua culpabilidade não tenha sido legalmente estabelecida”¹⁹.

De posse do status de direito humano fundamental, a presunção de inocência, vai aportar na legislação brasileira, por ocasião da Constituição Federal de 1988. Contudo, sua expressa presença no inc. LVII do art. 5º da Carta Magna, pouco refletiu e reflete no processo penal brasileiro, mormente quando se tem presente que o Código de Processo Penal Pátrio de 1941, editado com fortes influências fascistas da escola técnico-jurídica italiana, capitaneada por Manzini, tem na sua essência o Código Rocco de 1930 (Código de Processo Penal Italiano), que repeliu por completo a “absurda” presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado, liquidando-a como uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos.²⁰

A reforçar a influência inquisitória no nosso processo penal está a própria redação do princípio-garantia, sob o status de direito fundamental, no capítulo que a Constituição Federal dedica aos direitos e garantias fundamentais, quando expressamente prevê: ‘que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Nota-se que não há a menção da palavra inocente na construção do princípio, sequer é seguida a linguagem posta na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), texto que deu origem à inserção da garantia em nosso ordenamento constitucional.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas. p. 100.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais -Thomson Reuters –2010. p. 507 citando *relazione ministeriale sul progetto preliminare del Codice di Procedura Penale, lavori preparatori del Codice Penale e del Codice de Procedura Penale, Roma, 1929. Vol. VIII, p. 22.*

O consenso jus-político que se criou na admissão das expressões não culpado e presumidamente inocente como sinônimas, não pode prosperar quando se pretende um processo penal democrático, edificado com base em um sistema acusatório, e não mais inquisitório, onde presentes as garantias fundamentais previstas na constituição, extensivas a todos os acusados.

Entretanto, inafastável o viés autoritário do processo penal brasileiro, que paira sobre toda a sociedade, contando cada vez mais com incrementos punitivos a justificar o poder estatal no contexto processo-pena, autoridade esta reclamada pela própria população frente ao aumento desmedido da criminalidade.

Vive-se a ficção de quanto mais o Estado tiver o poder de punir, sem vistas à defesa com as regras do jogo previamente definidas e observadas, melhor e mais se estará punindo, e menos criminalidade se terá. Volta-se, todavia, com tais argumentos, a reforçar o sistema inquisitório, e seus pilares, quais sejam, um juiz ativo (ferindo o conceito de imparcialidade) a presunção de não culpabilidade e o direito penal do inimigo.

No ensinamento de ILUMINATTI, na Itália no ano de 1979, em momentos de grave crise política e social, os direitos às liberdades individuais estão destinados a serem sacrificados quase como uma exigência/consequência tácita do conflito social em curso²¹. Sem uma visão clara dos limites e riscos de uma persecução penal realizada ao abandono das garantias fundamentais, se tem um quadro/imagem bastante distorcido dos problemas processuais.

De volta ao Brasil, dentro de tal contextualização fática e sob as influências fascistas anteriores à confecção do código de processo penal de 1940 é que emerge uma das hipóteses de surgimento do adágio do *In Dubio pro Societate* no ambiente jurídico penal brasileiro. Ao encarar os réus em processo criminal como inimigos da sociedade, e conferir ao processo penal “status” (ou afirmar o mito) de instrumento de repressão e controle social²², passamos a criar personagens (juízes como órgãos de segurança pública e predestinados a dar a resposta esperada à sociedade) e princípios que não guardam origem em qualquer diploma

²¹ ILUMINATTI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p 4.

²² CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Críticas: Conceitos Fundamentais**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013. p. 583.

legal ou construção doutrinária, sendo desconhecida a sua fonte, como é o caso do chamado “princípio do in dubio pro societate”.

As decisões envolvendo o referido ‘princípio’ (como é tratado pela jurisprudência pátria) iniciaram na seara dos processos de competência do Tribunal do Júri, no momento da prolação da decisão de pronúncia, onde, frente à competência constitucional dos jurados para as causas envolvendo crimes dolosos contra a vida, o magistrado, ao analisar a materialidade e indícios suficientes de autoria, em havendo qualquer dúvida, remete os autos a julgamento perante o tribunal popular, reforçando que neste momento processual, a dúvida vale em favor da sociedade (?) o que, por fim, acaba por afastar por completo e sem justificativa palpável, a presunção de inocência de momento decisório nos autos do processo penal (in dubio pro reo).

A sua origem exata é ainda desconhecida, sendo possível afirmar, em tese, que possa ter surgido sob os ventos inquisitivos da doutrina inspiradora do Código de Processo Penal de 1941²³. Naquela época, não só a lei processual penal como também a doutrina

²³ “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joiado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (...)É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.(...) O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos (...);O ESPÍRITO DO CÓDIGO XVIII – Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais” (BRASIL. Exposição de motivos do CPP de 1941. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/tag/exposicao-de-motivos-do-cpp/>>. Artigo DICA # AMR: A ratio da exposição de motivos “Francisco Campos” do Novo CPP. ROSA, Alexandre Moraes.07.03.2017). (grifo nosso).

brasileira sorviam da fonte jurídico-fascista italiana, capitaneada por Manzini²⁴, como é possível perceber da leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941:

O JURI: XIV: Como atestam os aplausos recebidos, de vários pontos do país, pelo Governo da República, e é notório, têm sido excelentes os resultados desse Decreto-Lei **que veio afeioar o tribunal popular à finalidade precípua da defesa social. A aplicação da justiça penal pelo júri deixou de ser uma abdicação, para ser uma delegação do Estado, controlada e orientada no sentido do superior interesse da sociedade.** Privado de sua antiga soberania, que redundava, na prática, numa sistemática indulgência para com os criminosos, o júri está, agora, integrado na consciência de suas graves responsabilidades e reabilitado na confiança geral.²⁵

Grande preocupação reside no fato de tal recurso estar sendo utilizado pelos magistrados em momentos processuais onde o norte a ser observado deveria ser a presunção de inocência, e a dúvida quanto à autoria e materialidade do delito deveria obrar em favor do Réu, e não em favor da sociedade, o que só amplifica o viés inquisitório do procedimento penal, pois, onde a dúvida for relevada em favor do social, seria o mesmo que afirmar as premissas de Manzini, quando aduz que o processo penal se presta para provar a culpa ou a não culpa, e não a inocência do acusado.

Ao receber uma denúncia ou na análise de uma revisão criminal, a dúvida não pode operar em favor da sociedade, uma vez que se trata de momentos processuais decisórios, onde a presunção de inocência se faz presente, seja observada como norma de tratamento, norma probatória ou norma de juízo. O *in dubio pro societate*, em que pese já firmado no processo penal como “princípio”, por parte de julgadores e acusadores e doutrina acrítica, não pode se sobrepor a um direito humano fundamental, previsto na Constituição Federal, o que é o caso da presunção de inocência.

1.1 A LOCALIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: COMO NORMA DE TRATAMENTO, NORMA PROBATÓRIA E NORMA DE JUÍZO (IN DUBIO PRO REO)

²⁴ MANZINI, Vincenzo. 1872-1957. Obras mais conhecidas: "Trattato di diritto penale italiano" e "Trattato di diritto processuale penale italiano"(1928/1930).

²⁵ BRASIL. Exposição de motivos do CPP de 1941. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/tag/exposicao-de-motivos-do-cpp/>>. **Artigo DICA # AMR: A ratio da exposição de motivos “Francisco Campos” do Novo CPP.** ROSA, Alexandre Moraes.07.03.2017.

Ao assumir o processo penal contemporâneo sua *instrumentalidade constitucional*²⁶ sendo um *caminho necessário para alcançar-se a pena, e principalmente um caminho que condiciona o exercício do poder de penar à estrita observância*²⁷ das regras do jogo do devido processo penal, nos parece que presunção de inocência deva ser o princípio a ser observado durante todo o processo, sendo enfrentada durante a persecução penal seja como norma de tratamento, como norma probatória e, ainda, norma de juízo (*in dubio pro reo*).²⁸

Antes de adentrar na tricotomia idealizada por ILUMINATTI, quando da publicação do paradigmático trabalho sobre presunção de inocência, na Itália pós-fascista, é necessário identificar como ponto de partida a função que o processo penal desenvolve, de acordo com a visão da dissertação. Tal premissa é importante, pois conforme a finalidade identificada para o processo penal, a presunção de inocência pode se afirmar de forma diferente no curso da persecução penal, e, em alguns casos, permitir a sua mitigação sem que com isso se esteja ferindo a principiologia humanista que é o berço da garantia.

A título de exemplo, se entendermos que a finalidade do processo penal é ser instrumento de política criminal, com vistas a garantir a paz e segurança social, para além da jurídica, estaremos a valorar o direito à segurança sobre a concretização de um direito humano fundamental, afirmador do direito à liberdade dos cidadãos, e com isto justificar-se-á a inversão do eixo processual, com a prevalência do direito social à segurança sobre a garantia

²⁶ “(...) a instrumentalidade do processo penal aqui é tratada conforme corrente doutrinária brasileira capitaneada pelo professor Aury Lopes Jr em conjunto com os ensinamentos de J. Goldschmidt, os quais entendem que “é somente a partir da consciência da Constituição é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio de sua instrumentalidade constitucional”. (LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. São Paulo: Ed. Saraiva. 2015. p.29). Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. No mesmo sentido: “A instrumentalidade garantista é, na feliz constatação de Aury Lopes Jr, o fundamento de existência do processo penal. O processo penal é um instrumento voltado, primordialmente, à realização dos direitos fundamentais. A instrumentalidade garantista é, por evidente, uma opção política, uma estratégia de superação do ranço autoritário que acompanha o processo penal brasileiro”. (CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica: Conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2013. p. 236-237).

²⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p.53.

²⁸ “O Direito processual penal está estruturado com base na presunção de inocência. A presunção de Inocência é um princípio estruturante doo processo penal. O devido processo legal é formula vazia se a lei resultar em uma liberdade do poder de punir que o torne incontrolável”.(PRADO. Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis**. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/?s=geraldo+prado+08%2F10%2F2016O>>. Acesso em: nov. 2017).

de ser tratado como inocente, observada ao acusado no processo penal, o que justificaria o abandono do *in dubio pro reo* pelo *in dubio pro societate*.²⁹

Por outro lado, ao entender o processo como relação jurídica (GOLDSCHMIDT)³⁰, o manejo das cargas probatórias restringirá à presunção de inocência a uma pré-ocupação por parte do juiz em considerar a inocência do acusado durante o processo, limitado à instrução probatória pelas partes. Neste contexto, ao restringir a aplicação do princípio da presunção de inocência às cargas/chances probatórias, quanto mais subsídios a acusação informar nos autos, ainda que meros indícios sem consistência probatória para uma condenação, poderão ser vistos como suficientes para a aplicação de sanção ao acusado.

Dessa forma, o trabalho parte do processo penal como instrumento de efetivação de garantias constitucionais³¹ reclamando assim, uma onipresença do princípio da presunção de inocência durante toda a persecução penal, partindo da premissa do estado de inocência do

²⁹ No sentido de processo como implementação de políticas de Estado: “El proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan” (DAMASKA. Mirjan R. **Las Caras De La Justicia Y El Poder Del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editora Juridica de Chile. 1986. p. 253 e ss). No sentido crítico: “Argumento recorrente em matéria penal é de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto), serem sacrificados, frente “a supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 63) No mesmo sentido: “De todos os mitos que interagem no universo processual penal, há um sempre presente em regimes autoritários que se apresentam como Estados de direito: o de que o processo penal é um instrumento de segurança pública/pacificação social. O discurso utilitarista processual compreende uma visão de mundo em que o processo penal é concebido como mero instrumento de repressão e controle social, enquanto o juiz criminal figura como órgão de segurança pública ao lado das instituições policiais e do Ministério Público”. (CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2013. p. 593.)

³⁰ “Foi Golschmidt quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances que, bem aproveitadas”, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 91-92).

³¹ “Nossa opção é pela leitura constitucional, e dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ação) é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 59.)

acusado, reforçando o ônus probatório que recai sobre a acusação³², buscando não só tutelar o direito do imputado, mas a eficiência da jurisdição penal³³.

O princípio da presunção de inocência é reconhecido pela melhor doutrina processual penal como pilar estruturador do processo penal. FERRAJOLI a nominou como “princípio fundamental de civilidade”³⁴. Referiu, ainda, a reforçar a importância de sua presença em estados democráticos, que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também uma garantia de segurança, e por que não, de defesa social. Outro italiano a sustentar a importância de tal direito humano, CARRARA elevou a garantia a postulado fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as outras garantias do processo³⁵.

Na mesma seara, o ilustre jurista GOLDSCHMIDT³⁶, afirma que “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. Ao prosseguir com sua exposição, faz referência à alternância entre os princípios sustentadores do Estado de Direito, reforçando a ideia de evolução do Direito em consonância com o progresso da sociedade. “El predominio de uno u

³² “La distinzione tra le due figure (dell’imputato al colpevole), secondo logica, dovrebbe essere una semplice conseguenza intuitiva derivante dall’esistenza stessa del processo penale (fino a a che il processo rappresenta l’unico mezzo attraverso il quale possono essere irrogate le sanzioni previste dalla legge, la funzione ad esso peculiare è appunto quella di verificar la sussistenza della colpevolezza. Tale distinzione finisce con l’esigenza di tenerla ben chiara e si transforma di conseguenza in un valore politicamente significativo”. (ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p. 31).

³³ “Quando ci si trova al punto di dover risolvere problemi elementari, collegati con l’esigenza basilare che al reato segua l’accertamento giudiziale (non importa se positivo o negativo) delle responsabilità, diventa molto difficile spostare il discorso sulla qualità della giustizia che viene amministrata. Anche a volersi limitare ad una logica puramente efficientistica, non c’è dubbio che il processo attuale sia quanto di meno funzionale si potesse escogitare.; e, al tempo stesso assai carente sul piano delle garanzie dell’accusato. Il fatto è che solo tenendo nella debita considerazione i diritti della persona si può veramente raggiungere l’efficienza, se quello che preme non è fare giustizia somaria ma conseguire un risultato civile ed accettabile”. (ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p. 33.)

³⁴. “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da iminidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Trata-se, como afirmou Luigi Lucchini, de um corolário lógico do fim racional consignado ao processo” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais -Thomson Reuters, 2010. p. 505).

³⁵: “Do postulado da presunção de inocência Carrara também deriva, além do ônus acusatório da prova, a estrita adesão às competências, a tempestiva contestação da acusação, a temperança na custódia preventiva, a crítica imparcial na valoração dos indícios” (CARRARA, Francesco. **Il diritto penale e la procedura penale** (1873) apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais -Thomson Reuters, 2010. P. 507/577.)

³⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**, vol. II. Problemas Jurídicos Y Políticos Del Proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. p. 109.

outro de estos principios opuestos em el Derecho vigente, nos és tampoco mas que um transito del Derecho del passado al Derecho del futuro”.

A doutrina processual penal contemporânea brasileira de igual forma comunga da importância atribuída à garantia do estado de inocência e luta pela sua observância. LOPES JR³⁷ afirma que a presunção de inocência é princípio reitor do processo penal, sendo que, em última análise, pode-se verificar a qualidade de um sistema penal através do seu nível de observância.

A opção constitucional pela tutela dos direitos fundamentais nos parece que coloca toda temática legal em um caminho sem volta, principalmente a estrutura processual penal daí derivada, que há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos e, naturalmente, não só os de defesa, mas, ainda, por exemplo, os de ação e segurança³⁸.

A doutrina dos direitos fundamentais os afirma não só como direitos individuais, mas também como direitos com dimensão objetiva, que ultrapassam a perspectiva subjetiva, exigindo também do Estado uma postura ativa com relação a observância e imposição dos mesmos. Neste sentido se manifesta SARLET³⁹, para quem os direitos fundamentais

³⁷ LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p.226-227: No mesmo sentido: o “Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto da condição humana”. (CARVALHO. Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich(coordenação). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.51.) “É um princípio político que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais que o hospedam e governam”. (BELLAVISTA, Girolamo. **Studi Sul Processo Penale**. Editore Giuffrè. Milano. 1976. v. IV, p. 83-93: citado em CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais de processo Penal. 6º. São Paulo: Edição. Saraiva. 2014. P. 188). “Não se pode limitar o princípio constitucional, de natureza política...pois trata-se de uma regra chave do processo penal, verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos bens segurança social e direito à liberdade”. “A presunção de inocência trata-se da única presunção admissível no processo penal”. (KARAM, Maria Lucia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa**. Lumen Juris. 2009. v.5. p. 4):”. É o princípio reitor do processo penal garantista”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. LOPES JR. Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6º. Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 70): “O princípio da Presunção de Inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria”. (BADARÓ. Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4º. Edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2016. p. 63).

³⁸ PRADO. Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2005. p. 84.

³⁹. “Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva (...), ocorrendo, ao fim deste caminho, a irradiação dos direitos fundamentais, culminando no fenômeno da constitucionalização do

passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. Bom para o direito, excelente para o processo penal, que sendo atingido por princípios humanistas, começa seu processo de depuração das suas matrizes autoritárias e inquisitórias.

O processo penal nunca participou tanto do dia-a-dia da sociedade, e esta, por sua vez, nunca se interessou tanto por ele. As facilidades de propagação das notícias, através das mais diversas mídias, fizeram com que a população passasse a discutir o processo criminal, como se folhetim fosse, deixando emergir seus anseios mais primitivos por vingança privada e julgamentos públicos. A contrário sensu, nossa preocupação deveria residir no nosso título de civilidade, ou, nas palavras de CARNELUTTI⁴⁰, para merecermos o título de cidadãos civilizados devemos sentir exatamente o contrário, pois somente quando dissermos, sinceramente, “sou como ele”, tornar-nos-emos dignos de viver em civilização. Ou, em interpretação livre, o cidadão só se interessará pela presunção de inocência, quando dela precisar.

Indissociável, portanto, o processo penal do contexto social, e, no momento em que o direito humano à presunção de inocência é considerado como “princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal”⁴¹, identifica-se o grave problema da sua não observância a gerar consequências não só processuais como sociais.

Ao dizer que o referido princípio-garantia deveria ser observado de forma concreta e objetiva em processos penais, reforça-se o ideal de que “direta ou indiretamente, o tema dos direitos fundamentais sempre atinge o processo penal, e, em sentido contrário, não

direito.” (SARLET. Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2010. p. 308-309.)

⁴⁰ “Um pouco em todos os tempos, mas na época atual cada vez mais, interessa o processo penal à opinião pública. Mas posto que a atitude do público acerca dos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha em um tempo a multidão frente aos gladiadores que combatiam no circo, e tem, todavia, em certos países do mundo, frente às corridas de touros, o processo penal não é, infelizmente, outra coisa além de uma escola de incivilidade. O processo penal é uma pedra de toque da civilidade não só porque o delito, com tintas mais ou menos fortes, é o drama da inimizade e da discórdia, senão porque representa a relação entre quem o cometeu, ou se diz que cometeu, e aqueles que assistem a ele”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Ed. São Paulo: Minelli. 2ª. edição. 2006.p. 8.)

⁴¹ GIACOMOLLI. Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. p 94.

há instituto processual penal relevante que não tenha a sua gênese ou não esteja teleologicamente vinculado à Constituição”⁴².

O norte que a persecução penal não deveria perder é o fato de que todos nascem inocentes⁴³. Só ocorre o afastamento momentâneo deste estado de inocência, quando sobre o acusado em processo penal, recai condenação definitiva. A inocência deve ser afastada, fato a fato, por sentença penal irrecorrível, e não pode, em absoluto, permear outros momentos da vida do acusado, que não digam respeito aos fatos a ele imputados e confirmados. Se não, não estaríamos frente a um processo penal, e sim a um procedimento de expiação de pecados, onde uma vez pecador, pecador sempre, por pensamentos e palavras, e não como alguém que cometeu crime previsto em lei.

A não observância por parte do ente político, do estado de inocência, gera insegurança, não só àqueles que são submetidos ao processo, mas também a toda a coletividade. Quando iniciada a persecução penal sem ter a inocência como ponto de partida, corre-se o risco de que quem investiga, e quem posteriormente acusa e julga buscar produzir provas que amparem o seu prévio juízo, ignorando toda e qualquer outra que afaste a presunção de culpa já estabelecida.

Ademais, a conexão entre o Estado, detentor do poder de punir, e as garantias conferidas aos réus no processo penal (limitadoras do poder estatal) é que dá a real dimensão de quão instável pode ser tornar o bem estar social em havendo desequilíbrio de ambos os lados: primeiro por parte do Estado, em reiteradamente não fazer valer o peso das garantias que em teoria oferece aos réus; e como resultado desta ação negativa do ente político, através de seus órgãos, dos réus em demonstrarem desprezo e descrença no sistema processual penal.

Os direitos fundamentais conferidos pela lei máxima, a quem responde um processo penal, são as primeiras e mais importantes regras do jogo processual, onde uma vez

⁴² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010, p.225.

⁴³. “Em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional e convencional. Assim, estado de inocência, na perspectiva de essência do ser, com características indubitadas, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente”. (GIACOMOLLI. Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. p. 103.)

não observadas, tem o poder de interromper a partida, sendo descartada a caminhada até ali. Se tais regras não estiverem bem postas, parte-se para um enfrentamento sem limites estabelecidos, na escuridão do caminho. E, neste contexto surge o medo de responder a um processo, o temor do cidadão frente ao ente político, a sua hipossuficiência e vulnerabilidade em lidar com sua inocência e liberdade.

A sensação de medo não pode ser alimentada em existindo elementos para o seu combate. Não pode um cidadão ter medo de responder a um processo penal, pela certeza criada de que suas garantias não serão observadas, deixando de serem aplicadas por desídia, ou desconhecimento. O medo, como conceito amplo, é parceiro do ser humano desde sempre, “existem e sempre existiram, em todas as épocas, três razões para se ter medo. Uma delas era (é e continuará a ser) a ignorância: não saber o que vai acontecer em seguida, o quanto somos vulneráveis a infortúnios, que tipo de infortúnios serão esses e de onde provêm”⁴⁴. Neste contexto, não poderia haver medo de se responder a um processo penal por ignorância, pois o autor do fato sabe o que seu agir provocou, ou não provocou; se deve haver responsabilização ou não. É, ou melhor, deveria ser, de seu total conhecimento as consequências. Porém, se submetido a feito penal esvaziado de garantias, sem poder contar com uma estável estrutura estatal a lhe dar segurança para enfrentar a perseguição, o medo do desconhecido surge, e com ele o sentimento de descrença nas instituições e leis ganha corpo.

Assim, nasce a segunda razão para o medo: “a impotência: suspeita-se que não há nada ou quase nada a fazer para evitar um infortúnio ou se desviar dele quando vier”⁴⁵. O acusado, quando se depara com o processo, já descrente, com medo, ciente de que a presunção de sua inocência não existe, que a carga de abstração dela a coloca muito longe de seu alcance, vê-se completamente impotente para realizar a sua defesa, acabando por acatar o que acontecer, readaptando sua vida nos termos exatos do processo ao qual responde.

Por fim, suportará a terceira razão que leva o ser humano a ter medo: “a humilhação”.

A humilhação é um derivado das outras duas: a ameaça apavorante à nossa autoestima e autoconfiança quando se revela que não fizemos tudo que poderia ser

⁴⁴ BAUMAN, Zigmunt. DONSKIS. Leonidas. **Cegueira Moral**. A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2013. p. 118.

⁴⁵ *Idem*. p. 118.

feito, que nossa própria desatenção aos sinais, nossa indevida procrastinação, preguiça ou falta de vontade são em grande parte responsáveis pela devastação do infortúnio.⁴⁶

Em não sendo concreta e observada a garantia da presunção de inocência nos autos, mesmo que o réu faça tudo que está ao seu alcance para demonstrar a ausência de sua culpa, muitas vezes os fatores externos (mídia) e a não observância do princípio lhe atropelarão, atingindo de sobremaneira sua autoestima.

Por outro lado, tal humilhação como causa de medo, no que toca à garantia da presunção de inocência, foi criada e é incentivada pela inércia da doutrina em cobrar uma concretude maior do princípio. A sua não observância de forma contumaz serve para sustentar e aumentar o temor das pessoas em face do processo penal. E tudo isto, ao fim e ao cabo, são fato geradores de insegurança e instabilidade social.

Apropriada, neste contexto, a crítica de ROSA:

cabe relevar que o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a Inocência como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias⁴⁷!

Ao enfrentar a presunção de inocência como norma de tratamento, diretamente relacionada ao imputado, como uma “garantia de que o cidadão será tratado na persecução

⁴⁶ BAUMAN, Zigmunt. DONSKIS, Leonidas. Cegueira Moral. A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2013. P. 118.

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da in **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 99; No mesmo sentido: DOTTI, René Ariel. O mito da Presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n 136, p. 9, mar 2004: Conforme discorre ROSA: “Enfim, até que ponto a “Inocência” pode ser levada? Como isso funciona depois de mais de 20 anos de Constituição? Articular a resposta parece ser o desafio. Presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor, é uma tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pelos condicionamentos que o lugar estabelecido para o juiz, na estrutura, impõe. (...) e o mito, uma vez instalado, reproduz um efeito alienante por parte dos atores jurídicos, caso não se o desvele como tal, isto é, como uma não realidade que sustenta a realidade. Por outras palavras, não é a causa do princípio que esta ausente, mas sua explicação que se encontra permeada pela falta, pelo inexplicável onticamente, valendo a descrição de Pessoa: “O mito é o nada que é tudo”. Apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre normas de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não saber lidar com princípios, quando em choque com regras, confundidas corriqueiramente com normas”. (ROSA, Alexandre Morais da. O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. In PRADO. Geraldo (Coord); MALAN, Diogo (Coord). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009. P. 1-13).

penal como inocente, garante-se que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após seu trânsito em julgado”⁴⁸.

Há uma imposição de se reconhecer esta inocência, desde o início do processo até seu trânsito em julgado.

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente) que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador; externamente, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu⁴⁹.

⁴⁸ ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010. P. 425-427; no mesmo sentido: “La presunzione di non colpevolezza è tanto regola probatória di giudizio, quanto regola di trattamento dell’imputat”. (DALIA. Andrea Antonio. FERRAJOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 4°. Edizione. Milano, Ed. Cedam. 2001.p. 236).

⁴⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 10°. Edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 230. No mesmo sentido: “il giudice che considera l’imputato non colpevole nel corso del processo, e più, in generale, del procedimento penale, riconosce l’utilità del diritto di difesa e assicura il contraddittorio nella formazione della prova. Seguono os debates em solo italiano: Il comma 2 dell’art. 27 della costituzione recita che l’imputato non è considerato colpevole fino alla sentenza definitiva di condanna. Questo significa che fino alla sentenza definitiva di condanna il soggetto si considera innocente, principio di presunzione di non colpevolezza. La presunzione di non colpevolezza è diversa dalla presunzione di innocenza, quest’ultima è contenuta nella convenzione europea dei diritti dell’uomo e altri atti convenzionali che il nostro paese ha stipulato, per questo facciamo riferimento al PRINCIPIO DI INNOCENZA. Quindi anche il soggetto condannato in primo grado, o in grado di appello, ma non con una sentenza definitiva, non si considera colpevole. Ma alcuni autori ritengono che questo non significa che se non è colpevole bisogna considerarlo innocente. Dalla presunzione di innocenza si possono distinguere tre diverse dimensioni, di regole. La presunzione di innocenza nel nostro ordinamento è - UNA REGOLA DI TRATTAMENTO : il soggetto va trattato da tutti come una persona innocente. Dovrebbe iniziare il sistema giudiziario per primo a trattarlo come innocente. Le sentenze di condanna non definitive non si eseguono, ma la sua libertà personale di muoversi all’interno del territorio dello Stato è garantita” (DALIA. Andrea Antonio. FERRAJOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 4°. Edizione. Milano: Ed. Cedam. 2001.p. 236). Nota própria: Importante mencionar, que a Comunidade Europeia, se encontra em tratativas para criar diretrizes únicas para os seus países membros, em questões penais e processuais penais. A crítica da Unione delle Camere Penali Italiane em relação às possíveis diretrizes impostas, diz justamente com as diferenças de legislações, culturas e doutrinas que envolvem os países membros da Comunidade. Pontua o artigo nominado “Una diluente proposta in tema de presunzione d’innocenza” quando traz, entre outras discussões, o tímido enfrentamento da garantia da presunção de inocência pela diretiva, ao não confrontar o desequilíbrio da eficiência do processo penal em detrimento da não observância da garantia, e ainda, não obrou para a troca da presunção de culpabilidade pela presunção de inocência no texto constitucional. Uma conclusão lógica emerge de todo o exposto: que as doutrinas e as legislações com influência europeia, que tem como base a civil law, possuem ainda hoje uma forte resistência de se desvincularem da matriz do Estado detentor do direito de punir – aqui no sentido de manter a estabilidade política e social – bem como da inteligência de que o sistema inquisitorial traz à sociedade uma maior segurança jurídica e resposta aos seus anseios contra o crescimento da criminalidade. Como bem refere a crítica da Câmara Penal Italiana, sequer a diretiva europeia menciona a presunção de inocência como um dever de tratamento, deixando aberta tal lacuna para o prosseguimento do entendimento de presunção de culpabilidade. “Nulla si dice in ordine alla presunzione d’innocenza come regola di trattamento, sub specie di rispetto della libertà personale dell’imputato nel corso del processo. Si tratta di una grave lacuna che merita di essere stigmatizzata. Volendo fornire una valutazione complessiva della proposta di direttiva,

Reconhecer a presunção de inocência como norma de tratamento depende de um raciocínio lógico⁵⁰, qual seja, para aplicação de uma pena ao acusado, reconhecendo a sua culpabilidade pelo delito acusado, necessário que tal tenha ocorrido conforme disposto na lei, caso contrário, em não logrando êxito a acusação em demonstrar, através de provas claras e firmes, as suas acusações, o acusado não pode ser considerado culpado, nem, por óbvio, ser exposto a uma sanção.

Neste contexto, GIACOMOLLI⁵¹, ao trabalhar o referido princípio nominando-o de “Estado de Inocência” e insere na ideologia do processo penal constitucional, observador dos direitos fundamentais do acusado e reforçando a garantia como norma de tratamento. “A manutenção do status de inocente, mesmo durante a investigação e o desenvolvimento do processo, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória”, é algo que se impõe ao considerar a presunção de inocência como norma de tratamento.

A melhor doutrina⁵² transita pela presunção de inocência, ao trata-la como norma de tratamento, pelas mais diversas ocasiões em que a mesma não só pode, como deve ser

l'aggettivo più appropriato è deludente”. (Disponível em: < <http://www.camerepenali.it/news/5757/La-proposta-di-direttiva-sulla-presunzione-di-innocenza-una-delusione!.html>>, out 2014.)

⁵⁰. “Il riconoscimento della presunzione d’innocenza, come regola di trattamento, ha la consequenzialità di una dimostrazione matematica. Se condizione necessaria per l’inflizione della pena è una condanna pronunciata nei modi di legge, è evidente che senza un simile atto – e fino a quel momento – il cittadino non può in nessun caso essere considerato colpevole, né può essere sottoposto a sanzione”.(ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p.77)

⁵¹. “A garantia da presunção de inocência produz seus efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado ou imputado. Veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos os que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas da autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes”. (GIACOMOLLI. Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. p102-106).

⁵². “Em termos lógico-sistêmicos, o procedimento não seria mais uma sequência de atos para se demonstrar aquilo que o inquiridor já tinha em sua mente como certo, desde o início da persecução. Partindo-se da concepção de inocência, a persecução deveria ser uma efetiva “persecução”, isto é, uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos no processo. “Investigar” não mais significaria “confirmar” aquilo que antes já se tinha como certo ou conveniente para o julgador. “Cognição” não significaria mais “desígnio político/religioso” a ser realizado pelo processo. Por “meio de prova confiável” não mais se aceitaria a “manipulação” dos termos e da vontade de quem pudesse e quisesse colaborar na demonstração dos fatos ocorridos. E, por fim, como um novo “processo” não se aceitaria mais o sigilo ao imputado, a ausência de defesa e de contraditório, passou-se a assegurar o respeito à integridade física, moral e religiosa do investigado/acusado, a imparcialidade do juiz e o direito ao recurso”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 78) No mesmo

enfrentada, como é o caso das provas cautelares e prisão. Tais elementos não serão enfrentados por não serem objeto do presente trabalho, cuja análise do instituto se limitará à presunção de inocência no momento da decisão de pronúncia, nos processos sob a competência do Tribunal do Júri. Entretanto, é da essência do trabalho ora posto que a presunção de inocência esteja presente e reclamada a sua observância em todas as fases da persecução penal.

A garantia do estado de inocência como norma probatória se faz presente como norte em doutrinas como a espanhola. ILLUMINATI também reforça a sua observância como norma probatória, de forma mais incisiva até que como norma de tratamento. A doutrina brasileira que trata do princípio como uma pré-ocupação de inocência pelo juiz ante o manejo das cargas probatórias no processo, também fortalece este modo de observância da garantia no curso da persecução penal. Mais recentemente, a Suprema Corte Brasileira, em julgamento do HC 126.292/SP, mitigou o alcance da observância da garantia, alterando a interpretação do conceito de trânsito em julgado como disposto na Constituição, analisando a presunção de inocência como norma probatória.

Conforme explana ILLUMINATI⁵³, todo aquele que litiga em juízo tem, por força de lei, que cumprir com seu ônus probatório, sob pena de não ver valer seu direito. Tal

sentido: “Em suma, a presunção de inocência pressupõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões. Interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto aos atores processuais, e externamente ao processo a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu”. (LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 230). “O status de condenado tem o seu termo a quo apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em decorrência do princípio da presunção de inocência, que resguarda o réu, vigorosamente, durante toda a apuração do fato considerado como infração penal”. (CERNICCHIARO. Luiz Vicente. **Direito penal na Constituição**. 2a. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.. Parte 1. 1991. P. 91). “Até a decisão final, é sempre possível admitir a hipótese de absolvição. E se absolvição ocorre por força de se ter afirmado a inocência do arguido, este te-lo-á sido sempre, antes do processo e durante o processo. Este pensamento parece ser suficiente para que o tratamento preferível durante o processo seja de inocência e não de culpabilidade”. (MOURA. José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa. V. 11. N 42. P. 31-47. abr-jun 1990.).

⁵³ “(...) chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, ônus probandi incumbit ei qui dicit. Ma quando si traduce questo concetto in critério di decisione per il giudice, ci si avvede che esso necessita di una maggiore articolazione. L’onere della prova, dunque, non grava integralmente su chi vuol far valere un diritto in giudizio, ma viene ripartito fra i soggetti del processo. Si tratta di stabilire in quale maniera avvenga la ripartizione. Resta comunque da tener presente che al riferimento all’onere della prova, per qualificarla la posizione soggettiva delle parti, in sé e per sé non serve, se non si specificano chiaramente i critéri (obiettivi) di ripartizione del rischio. L’onere della prova è stato così ricollegato alla tutela degli interessi sostanziali delle parti private, per trovarla sua ragione di essere, anche come regola di giudizio nell’autonomia e nell’autoresponsabilità delle parti medesime. Sembra però francamente intollerabile consentire

regramento é facilmente compreendido se frente a um processo civil, onde o ônus da prova funciona como regra de juízo, ocasião em que o juiz analisará as provas conforme produzidas pelas partes, levando em consideração a autonomia do interesse privado. Entretanto, transpor para o processo penal de forma automática o enfrentamento do ônus probatório, conforme o processo civil, não é comando que se mostra possível, visto que inegável a diferenciação do potencial de ônus probatório atribuído ao Estado, detentor do direito de punir.

Aduz, ainda, que no processo penal, deve ser observada a teoria do ônus substancial da prova estruturada pelos alemães, quando, ainda que a repartição do ônus probatório seja feito entre as partes, por determinação legal, esta terá que explicitar quais os requisitos para provar o *case* apresentado pela acusação. O que importa não é qual a evidência que tem de ser fornecida, mas sim, qual fato deve ser provado.⁵⁴ O ônus substancial da prova, dentro do contexto processual penal, recai somente sobre a acusação, quem deverá suportar o fracasso de qualquer dos elementos de prova carreados aos autos.⁵⁵ O juiz, portanto, em caso de dúvida, deverá dar por demonstrado o caso penal, resolvendo a dúvida em favor do réu.

Seguindo com a mesma linha argumentativa, MORAES afirma que a presunção de inocência também se apresenta como norma probatória nos autos do processo, e diz respeito a quem deve provar, por qual meio de prova deve ser provado e o principal, o que deve ser provado. O ônus probatório no âmbito do processo penal recai sobre a acusação pública, a qual deverá buscar demonstrar de forma efetiva a concretização dos elementos probatórios, os quais afirmarão a acusação inicial contra o réu. Tal conceito tornar-se visível quando a premissa de partida da persecução penal é o estado de inocência do acusado.⁵⁶

alla pubblica acusa (parte attrice) di avvalersi della “semplificazione analítica della fattispecie” in danno dell’imputato, di riuscire cioè ad ottenere la condanna anche in mancanza della prova di tutti gli elemnti del reato. In ogni caso, se di onere della prova si vuol parlare nel processo penale, è chiaro che i critério di ripartizione non possono non avere caratteristiche peculiar e diverse, in conformità com la natura di questo tipo de processo”. (ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p. 97-104.)

⁵⁴. Seguindo nos ensinamentos de ILLUMINATI: “Col termine di onere “sostanziale” di prova si vuole precisare che la regola di giudizio prescinde dalla ripartizione della prova fra le parti, ma determina il modo nel quale la fattispecie deve essere provata (che cosa deve essere provato). In caso di dubbio, il giudice dovrà dare atto che la prova non è stata raggiunta, senza che il risultato possa addebitarsi alla mancata o insufficiente attività delle parti”. (ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato*. Zanichelli Editore. 1979. P 105).

⁵⁵ *Idem*, p. 105: “Coerentemente, si è affermato che l’onere sostanziale di prova grava interamente sulla pubblica acusa, la quale dovrà sopportare le conseguenze della fallita prova di qualsiasi elemento, sai esso costitutivo, impeditivo o estintivo. (aqui cita BETTIOL, *La regola in dubio pro reo*)”;

⁵⁶ “Em termos lógico-sistêmicos, o procedimento não seria mais uma sequência de atos para se demonstrar aquilo que o inquiridor já tinha em sua mente como certo, desde o início da persecução. Partindo-se da

Na linha da doutrina que afirma a garantia não como uma presunção, mas sim como uma *pré-ocupação de inocência*, AMARAL⁵⁷ faz uma inter-relação entre as categorias

concepção de inocência, a persecução deveria ser uma efetiva “persecução”, isto é, uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos no processo. “Investigar” não mais significaria “confirmar” aquilo que antes já se tinha como certo ou conveniente para o julgador. “Cognição” não significaria mais “desígnio político/religioso” a ser realizado pelo processo. Por “meio de prova confiável” não mais se aceitaria a “manipulação” dos termos e da vontade de quem pudesse e quisesse colaborar na demonstração dos fatos ocorridos. E, por fim, como um novo “processo” não se aceitaria mais o sigilo ao imputado, a ausência de defesa e de contraditório, passou-se a assegurar o respeito à integridade física, moral e religiosa do investigado/acusado, a imparcialidade do juiz e o direito ao recurso”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 78). No mesmo sentido: VEGAS TORRES, Jaime. **La Presunción De Inocencia y El Escenario de La Prueba Penal: El derecho a la presunción de inocencia impide la condena sin pruebas**. Disponível em <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/5691/2006_La%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20escenario%20de%20la%20prueba%20penal.pdf?sequence=1>. “Sin embargo, una de las cuestiones de las que no se ha ocupado demasiado la doctrina todavía es acerca de la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia. En algunas Constituciones se la ha configurado como un derecho fundamental²³, pero en la práctica judicial y doctrinal se la ha solidado observar como una regla de carga de la prueba. Y últimamente se está abriendo camino la opción que la considera como un estándar de prueba. Habiendo concluido ya la necesidad en el proceso penal de la presunción de inocencia, resta calificarla jurídicamente, lo que ayudará a determinar su auténtica utilidad y función en el proceso”. (FENNOL, Jordi Nieva. La razon de ser de la presunción de inocencia. **Revista para El análisis del Derecho INDRET**. Barcelona, Enero 2016. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/1203_es.pdf>). “Parece que no entanto a doutrina italiana continuou a ser sensível à iniludível contradição, que resulta da manutenção da presunção de inocencia quando exatamente se esta a proceder contra alguém. Assim, BETTIOL (Scritti Giuridici, T II, Padova, Cedam. 1966. p. 307 e seg) é levado a eliminar da presunção de inocência todo conteúdo prestável que não se confine ao <in dubio>, à problemática da prova e do ônus da prova”. (MOURA. José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa. V. 11. N 42. P. 31-47. Abr-jun 1990). “Partindo-se da inocência do acusado e não da sua culpabilidade, cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência, ou seja, no processo penal é da acusação o encargo de provar”. (GIACOMOLLI. Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 106). “La presunción de inocencia es un autentico derecho subjetivo que, junto com los demás complementarios tiene su fuente legal em la própria Constitución. E um derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que esta investida toda persona física acusada de um delito y consistente em desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación, viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar”. (VICENTE MARTINEZ, Rosario. Culpabilidad. Presunción de Inocencia y delitos de sospecha. **Revista del Poder Judicial**. Madrid. N. 33. P. 439-463. Mar 1994) “Em um processo penal orientado pela presunção de inocência, é evidentemente inadequado falar em ônus da prova, especialmente em relação à defesa, pois se o acusado é considerado inocente, até que se comprove legalmente a sua culpabilidade, é claro que o encargo de demonstrar os fatos incumbe integralmente à acusação”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo. n. 23. P. 3. Nov. 1994).

⁵⁷ Ensina AMARAL: “Na disputa sobre o verossímil, na contraposição das hipóteses trazidas, é sobre a dúvida que se fala e, conseqüentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final. Vê-se ainda mais claramente com a implicação trazida pela carga da prova. A presunção de inocência funciona desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um estabilizador de expectativas (citando Rui Cunha Martins em O Ponto Cego do Direito, The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.pp. 51 e ss.) que, na mesma medida que 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. A seu modo, a presunção de inocência não aventa apenas uma norma de tratamento –

da pré-ocupação de inocência e da carga da prova. Ao nominar a garantia como pré-ocupação de inocência, coloca para o juiz a obrigação de ao final, ao decidir, ocupar-se da inocência do acusado ante o cumprimento do ônus probatório que recai sobre a acusação estatal.

A Suprema Corte Brasileira, em julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, no início do ano de 2016, reduziu o alcance de observância da garantia da presunção de inocência ao atribuir interpretação diversa da já consagrada no texto constitucional, para o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, autorizando a execução provisória da pena, após decisão em segunda instância. Tal posicionamento causou espécie na comunidade jurídica, mormente ante o enfrentamento do princípio da presunção de inocência, com alcance somente como norma probatória.

Neste contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal entendeu que a garantia vai sendo minimizada no curso da persecução penal, pela produção de provas a comprovarem a culpabilidade do acusado ao longo do procedimento, isto é, cada vez que uma prova é apresentada contra o réu, na sustentação da tese acusatória, o direito do acusado a ter observada a sua presunção de inocência vai sendo minimizado.

Frente a doutrina até então estudada, não é possível concordar em relegar o princípio da presunção de inocência somente ao momento da análise da prova no curso do processo.⁵⁸ Aceitar tal posicionamento seria superar o estado de inocência do acusado (norma

daí se extrai como regra processual (como correlato lógico atinente ao fato de que o processado é inocente) a carga da prova atribuída à acusação”. (AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-ocupação de Inocência no Processo Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. N. 62. Pp. 85-115, jan-jun 2013.) No mesmo sentido: “Se ha solido decir que la presunción de inocencia es una regla de carga de la prueba, cuando parece obvio, después de todo que se dijo anteriormente, que no lo es. En el proceso penal se aplica la presunción de inocencia (...) En cualquier caso, ahora la presunción de inocencia es algo que condiciona toda la labor judicial de principio a fin, especialmente en el aspecto probatorio”. (FENNOL, Jordi Nieva. **La Duda Em El Proceso Penal**. Madrid: Marcial Pons Editoras Juridicas y Sociales, 2013. P. 68.) “A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere a carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado. A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do in dubio pro reo)”. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª. Edição. São Paulo: editora Saraiva. p. 229.)

⁵⁸ Em recente decisão monocrática, datada de 22/08/2017, em medica cautelar em Habeas Corpus, o Ministro Relator Gilmar Mendes determinou a suspensão do cumprimento da pena após decisão de segunda instância. Há um movimento na Suprema Corte Brasileira, no sentido de alterar o anterior entendimento, com relação a execução provisória da pena. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MHC 146.815/MG**: Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para suspender até o julgamento do mérito deste writ, o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal 10352-75.2012.4.01.3801, da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG. Comunique-se com urgência ao STJ (Relator do HC 408.932/MG), ao TRF da 1ª Região (Apelação Criminal 0010352-75.2012.4.01.3801/MG) e ao Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG (Ação Penal 10352-75.2012.4.01.3801) Publique-se.

de tratamento) e o *in dubio pro reo* (norma de juízo). A tripartição da garantia em norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo nos parece meramente dogmática e teórica. Na prática, tais conceitos se fundem, obrigando a observância do princípio durante todo o desenvolvimento da persecução, partindo o processo do estado de inocência do imputado, culminando com a sua afirmação ou afastamento com o trânsito em julgado de decisão processual, seja ela absolutória (mantendo o estado de inocência do acusado), ou condenatória (afastando por completo a presunção de inocência do réu)⁵⁹.

Ao apresentar-se como norma de juízo, a presunção de inocência cumpre com o requisito de estar disposta na lei no caso, na constituição federal (princípio da legalidade), e acolhe ao princípio do *in dubio pro reo*. Em restando qualquer dúvida, nos momentos decisórios durante a persecução, o magistrado deve fazer valer a garantia humanista partindo da premissa de que não restando o fato imputado devidamente provado contra o acusado,

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**: 5. “Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa(...)”. No sentido crítico: “A essa altura do estágio civilizatório, Constitucional e Democrático, a Presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto seguir Eros – neste momento histórico da condição humana. O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como presunção, exige uma pré-ocupação neste sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de trata-lo como inocente. É a presunção de inocência um dever de tratamento no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena, equiparar a situação fática e jurídica do condenado”. (LOPES JR. Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7x1 jurídico. **Coluna Limite Penal**. Conj. 04 de março de 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?>>. Acesso em: nov. 2017.)

pairando dúvidas sobre o mesmo, o mesmo deve ser absolvido, mantendo, com isso, seu “estado de inocência”⁶⁰.

A observância da garantia da presunção de inocência, como norma de juízo, surge nos momentos decisórios, ocasião onde o magistrado deverá externar a sua convicção. Superada a presunção de inocência como norma probatória, com o cumprimento do ônus da prova pelas partes, mormente a acusação, é o momento onde o juiz manifestará a sua certeza ou dúvida perante o conjunto probatório formado nos autos. Em demonstrada a suficiência probatória por parte da acusação, restará superado o “estado de inocência” do acusado, culminando com a sua condenação.

Caso contrário, em não sendo suficientes as provas produzidas pela acusação, a confirmar os fatos e autoria narrados com a peça inicial, restando dúvida com relação a eles, não há outra saída para o magistrado que não afirmar a presunção de inocência do acusado, aplicando o princípio do *in dubio pro reo*⁶¹.

1.2 A DÚVIDA NO MOMENTO DA PRONÚNCIA E O IN DUBIO PRO SOCIETATE:

⁶⁰:“Tra quelli che possiamo considerare principi generali del nuovo processo penale non vanno dimenticate talune “regole di giudizio” che il legislatore delegante impone di statuire per determinare i contenuti della decisione in presenza di date situazioni, ed in particolare per offrire sviluppi coerenti alla presunzione d’innocenza della clássica tradizione processuale liberaldemocratica(...)È quasta, una vera e propria regola de giudizio, in forza della quale il giudice è tenuto a pronunciare una sentenza che consacri, nella sua formula, l’innocenza dell’imputato (...) nel nuovo sistema, in virtu della ulteriore regola di giudizio, la pronuncia dell’innocenza risulta d’obbligo pure nel caso in cui si abbiamo bensì delle prove carico, ma insufficienti o contraddittorie(...)”. (CHIAVARIO, Mario. **La Riforma del processo penale**. Appunti sul nuovo codice. Seconda Edizione ampliata a aggiornata. Torino: UTET. 1990, p. 35.) No mesmo sentido: “O grau de potencialidade do estado de inocência afasta qualquer juízo condenatório lastreado em supedâneo probatório insuficiente. A prova é suficiente para dar suporte a um juízo condenatório quando afastar a dúvida razoável acerca de existência do crime, de todos os seus elementos, da autoria, ademais de fornecer um conjunto sólido acerca da satisfação da pretensão acusatória, de atribuir razão ao direcionamento afirmado pela acusação na imputação”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. 2ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas. p. 108.)

⁶¹ “A presunção de inocência como “norma de juízo” incide em toda a decisão, no instante de se analisar o material probatório já produzido para a formação da convicção judicial. Ela se manifesta tanto nas decisões de mérito, quanto nas demais decisões proferidas no curso persecutório. Somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido. A presunção de inocência como norma de juízo tem conotação subjetiva, porquanto repousa em essência na determinação da suficiência da atividade probatória, para reverter o estado de inocência constitucional e conferido ao cidadão antes e durante a persecução penal”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010, p 468.)

O rito de competência dos processos afeitos ao Tribunal do Júri é considerado bifásico, composto de uma instrução preliminar realizada sem a presença dos julgadores leigos, e uma segunda fase, que inicia com a confirmação da decisão de pronúncia, findando com o julgamento em plenário. A pronúncia encerra a primeira fase do rito, acolhendo ou não a pretensão acusatória, sendo proferida por um magistrado.

A natureza jurídica da pronúncia e ser uma decisão interlocutória mista, visto que não encerra o processo penal⁶², tão somente limita a acusação que será sustentada perante os jurados quando em plenário de julgamento. No contexto da referida decisão, como não demanda fundamentação aprofundada, sequer maior análise de prova para remessa do acusado a julgamento perante o tribunal popular, poderia parecer sem propósito a exigência da presença do filtro da presunção de inocência no ato jurisdicional, afinal, ao verificar de forma singela se presentes indícios suficientes de autoria e materialidade, não estaria se afastando o estado de inocência do réu, ao encaminhá-lo a plenário de júri, até porque a competência dos julgadores leigos é conferida pela Constituição Federal.

Em um ambiente processual penal ideal, limitado pelas diretrizes constitucionais, estaria correta a premissa. Mas nos moldes de desenvolvimento do processo penal pátrio, não há como afastar o flerte do magistrado, quando da pronúncia, com a presunção de culpa do réu. Mesmo sendo limitada a sua cognição ao enfrentar, pela lei, autoria suficiente e materialidade para submeter o réu a julgamento perante os jurados, teria o juiz a obrigação de manter tanto uma postura positiva (tratando o réu efetivamente como inocente) quanto negativa (não considerando o réu culpado)⁶³, e como se daria a demonstração de tal eficácia

⁶² LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p.1008. No mesmo sentido: “A decisão pela qual o magistrado resolve, no curso do processo, uma questão incidente é chamada de interlocutória. Esta é a natureza jurídica da decisão de pronúncia: decisão interlocutória mista não terminativa”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011. p. 154). “Na tipologia dos atos judiciais, a pronúncia deve ser encarada como decisão interlocutória, vez que sua finalidade não é a de encerrar a relação jurídica processual”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 93). “A pronúncia é uma decisão interlocutória, de cunho processual, que considera viável a acusação e determina que o acusado seja submetido a julgamento pelo júri popular”. (BADARÓ. Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4º. Edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2016. p. 665). “A pronúncia é a decisão que apenas verifica a admissibilidade da pretensão acusatória, tal como feito quando do recebimento da denúncia, mas, e não é demasia dizer, trata-se de verdadeiro re-recebimento da denúncia, agora qualificada pela instrução judicializada”. (NASSIF, Aramis. **O Novo Júri Brasileiro**. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2009. p. 56.)

⁶³ LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p.228.

(?), senão afirmando a presunção de inocência, seja como norma de tratamento, seja como norma de juízo, neste momento decisório.

O magistrado, após encerrada a instrução probatória (art. 413 CPP), fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Parece-nos que neste momento, a fim de não subtrair a competência constitucional dos jurados, a lei comete uma imprecisão técnica, ao afirmar encerrada a instrução⁶⁴, pois, uma vez finalizada a instrução probatória, entende-se que uma decisão não pode servir para confirmar/delimitar uma acusação, contentando-se com indícios suficientes de autoria.

Finalizada a instrução, o que é necessário para uma decisão confirmatória (pronúncia) ou condenatória (sentença), seria a prova da autoria, qualquer definição com carga menor que prova, esbarra em dúvida acerca dos fatos, e tal momento decisório, por reclamar a observância da garantia da presunção de inocência na sua modalidade norma de juízo, deveria fazer com que o magistrado impronunciasse o acusado, pois *in dubio pro reo*.

Consistentes são as críticas com relação à linguagem empregada pelos juízes quando da prolação da decisão de pronúncia. Inegável o exercício para se manterem afastados da análise do mérito probatório, contudo, não há como fazer menção a indícios suficientes de autoria, sem adentrar no exame das provas produzidas nos autos. Como demonstrar a suposta autoria do crime com relação ao acusado sem enfrentar os depoimentos prestados nos autos? Sem confrontar a tese pessoal com alguma perícia ou reconhecimento ou acareação? Como transitar superficialmente por todos esses dados sem “adentrar” ao mérito? Isto não seria um problema propriamente dito, se a decisão de pronúncia, ao substituir o libelo crime acusatório⁶⁵, se limitasse ao conhecimento dos atores processuais e réus, sem que fosse alcançada aos jurados quando em sessão de julgamento.

⁶⁴ BRASIL. CODIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 411, PARÁGRAFO 3º. Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. § 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código. (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: nov. 2017.)

⁶⁵. “A acusação, com a reforma processual feita, será com base na pronúncia, pois o libelo foi suprimido. Se estava ruim, ficou pior. Se diante da estrutura acusatória do processo penal o juiz não devia limitar a acusação do libelo à pronúncia, agora ele delimita ela na própria pronúncia. Quer dizer: quem acusa é o juiz na decisão de pronúncia”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.. 2011. p. 154.) “Sendo assim, já era legítimo colocar em discussão que, nessa moldura, a verdadeira imputação se dá em

O que se quer demonstrar, é que indício não tem o peso de prova (o que será enfrentado no segundo capítulo da dissertação), e que não havendo prova da autoria após encerramento da instrução probatória, a dúvida se impõe, e se impondo, deve favorecer o Réu. Mas como manter a competência constitucional dos jurados se o juiz precisar enfrentar a prova da autoria no momento da pronúncia? Se a decisão de pronúncia, após a reforma de 2008, se tornou peça que se presta a limitar a acusação, por lógico que o magistrado tem suas funções deturpadas neste momento, agindo como ator de acusação, sendo que sua decisão não teria o condão de interferir no julgamento dos jurados, pois tão somente limitadora da pretensão acusatória⁶⁶, bem como formatadora e impulsionadora do procedimento para a segunda fase. Para que isto se tornasse real, tal decisão, como já dito, não poderia chegar às mãos dos juízes leigos, no momento do plenário, ocasião em que seriam submetidos a nova instrução, e decidiriam com base em sua íntima convicção, após exposição às provas e debates em plenário.

A análise feita pelo magistrado no momento de encerramento da primeira fase do rito do júri poderia limitar-se somente à existência do fato criminoso (materialidade), sem qualquer menção à autoria. Dessa forma, não se afrontaria a competência constitucional dos jurados para julgamento de crimes dolosos contra a vida, e haveria a limitação da acusação com relação aos fatos narrados na denúncia. A autoria seria discutida exclusivamente em plenário, com a possibilidade de instrução probatória perante os jurados, comando autorizado pela lei.

Importante referir que, em caso de dúvida clara com relação à autoria, ou sendo caso claro de excludente de tipicidade ou ilicitude, nada obsta que o magistrado os enfrente no momento da decisão de pronúncia, visto que em processo afeitos ao rito de júri, é garantida a plenitude de defesa constitucional, e em havendo possibilidade de impronúncia do acusado, seja por dúvida com relação à autoria, seja por causa excludente de antijuricidade ou

atividade do magistrado e não do acusador público (ou residualmente privado). Sem a presença da peça intermediária do libelo, fica claro que a atividade de imputação em plenário é orientada por uma decisão judicial, colocando-se potencialmente em sentido contrário ao quanto disposto no art. 129, I da CR”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 94.)

⁶⁶. “A pronúncia, com a extinção do libelo (antigo art. 417), assume um papel muito importante, pois demarca os limites da acusação a ser deduzida em plenário, devendo nela constar a narração do fato criminoso e as eventuais circunstâncias qualificadoras e causas de aumento constantes na denúncia”. (LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p 1008.)

tipicidade, tal opção sem impõe ao juiz, a reforçar a presunção de inocência no momento decisório. Em não ocorrendo nenhum desses casos, o magistrado sequer adentraria na questão da autoria, somente localizando a ocorrência de delito doloso contra a vida, e remetendo os autos ao plenário de julgamento, para que os jurados pudessem exercer sua competência para julgamento de seus pares, conferidas pela constituição.

Discorrer sobre a autoria do delito, na decisão de pronúncia, importa em uma postura ativa do magistrado ante as provas produzidas, o qual é campo delicado⁶⁷, mormente pela lei vetar a leitura da decisão em plenário pelos atores técnicos, ou seja, o jurado recebe a decisão e, porventura, o acórdão que a confirmou, e lida sozinho com tal fato, na maioria das vezes desprovido do conhecimento técnico para separar indícios suficientes da prova da autoria do delito.

A dúvida *pro reo* no momento da pronúncia na quase totalidade dos casos resta, infelizmente, superada pela dúvida *pro societate*⁶⁸. A postura do juiz, neste momento, se assemelha à histórica postura de Pilatos, ao lavar as mãos em momento onde a lei o obriga a decidir, isto é, ou há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade e remete-se a julgamento perante o tribunal popular, ou há dúvida com relação à autoria, caso de aplicação

⁶⁷. “Mais do que qualquer outra decisão, a linguagem empregada pelo juiz na pronúncia reveste-se da maior importância. Deve ela ser sóbria, comedida, sem excessos de adjetivação, sob pena de nulidade do ato decisório. Não deve o juiz externar suas “certezas”, pois isso irá negativamente influenciar os jurados, afetando a necessária independência que devem ter ao julgar o processo”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p 1009.) No mesmo sentido: “Assim, é vedado ao magistrado tecer considerações aprofundadas ou definitivas a respeito do mérito da causa, com afirmações categóricas do juiz no sentido de que, por exemplo: “há prova plena da autoria”, ou “esta cabalmente provado o dolo”, ou, por fim, “a prova afasta totalmente a alegação de legítima defesa”. (BADARÓ. Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª. Edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2016. p. 666.)

⁶⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**. O princípio mal-dito do processo penal. “A presunção de inocência como regra de tratamento e premissa do processo penal é manipulada pelo viés de confirmação adotado pela ampla maioria dos magistrados, a saber, partindo-se da acusação como verdadeira o suporte das informações (provas) produzidas no decorrer do processo somente serve, mesmo que não sejam suficientes, para confirmar o que já se havia cristalizado. Franco Cordero denominava de primado da hipótese sobre os fatos – posição inquisitória e de um quadro mental paranoico, o desenrolar processual passa a ser de preenchimento dos significantes necessários ao projeto/acusação, desprezando-se os demais, tal qual o engenheiro que desconsidera o material em desconformidade com seu projeto. Descreve Cordero: a solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os primado da hipótese sobre os fatos: quem investiga segue uma delas, às vezes de olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da sua hipótese. (Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal>>. Acesso em: nov. 2017.)

do *in dubio pro reo*, motivando a impronúncia do acusado e observando o direito fundamental a presunção de inocência nos momentos decisórios (regra de juízo).⁶⁹

O *in dubio pro reo* foi a primeira manifestação da nominada presunção de inocência, conforme já explanado ao longo do trabalho. Tão antigo quanto a própria história do processo penal, tal princípio pode ser considerado quase como um ditado popular, ou seja, em havendo dúvida, deve-se decidir em favor do acusado. O processo penal cuida de reconstruir fatos passados, reconstruir a história de um crime. O magistrado nunca estará exposto em tempo real, ao acontecimento criminoso, (salvo se o delito ocorrer em sala de audiência), e dos testemunhos, perícias e demais provas, deverá formar a sua convicção sobre o caso.

A certeza, ensina CARNELUTTI,⁷⁰ não estará no campo do pensamento, da imaginação, e sim, localizar-se-á no campo da razão. Assim que, possível concluir que ao magistrado, no momento de decidir, não há autorização para preencher as lacunas deixadas pela não produção ou produção insuficiente de provas. Racionalmente, em restando qualquer dúvida, a absolvição, e no caso o trabalho, a impronúncia se impõe, ainda que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja constitucionalmente atribuída aos jurados, na segunda fase do procedimento.

O juiz, no momento de julgar, encontrar-se-á frente a uma bifurcação, entre as teses demonstradas nos autos. Momento no qual deverá raciocinar com precisão, lembrando que o primeiro comando a ser realizado será o de julgar, e só após, se raciocinará sobre os elementos trazidos pelas provas⁷¹. Dessa forma, o magistrado, quando, mesmo depois de

⁶⁹. “La alternativa al non liquet del proceso penal, desde el punto de vista juspublicista, ha sido recuperar el principio *in dubio pro reo* de una situación doctrinal próxima a la carga de la prueba, para resituarlo en la sede que propiamente le corresponde, que es el principio de presunción de inocencia”. (FENNOL, Jordi Nieva. **La Duda Em El Proceso Penal**. Madrid: Marcial Pons Editoras Jurídicas y Sociales. 2013. p. 49.)

⁷⁰ “Ma se il pensiero non è sufficiente a eliminare ogni dubbio e perciò a consentire la scelta, come fa il giudice a scegliere? Quando si è detto che la certezza appartiene al campo della libertà, non a quello del pensiero, il problema rimane ancora aperto. Per ottenere la soluzione occorre ancora meditare rapporto tra credere o sapere, o se vogliamo, in altri termini, tra scienza e fede”. (CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certeza. **Rivista de Diritto Processuale**. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965).

⁷¹ COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti**: “Escolher entre o que? Escolher por quê? Quando se põem essas perguntas emerge o valor da dúvida, que está na raiz do conceito de certeza; e é estranho que os cientistas e, por fim, os filósofos do processo tenham dado a isso pouco caso. Miguel de Unamuno, em um dos seus ensaios, ensinou-me que *dubium* vem de duo; e repeti que, a final de contas, o juiz se encontra na bifurcação entre duas estradas. Mas essa era uma metáfora; e é necessário raciocinar com maior precisão. Necessita dizer que a dúvida é o contraste ou a incompatibilidade, não tanto entre dois juízos, quanto entre dois raciocínios; e aqui relembrar a diferença entre

exposto à prova, não conseguir eliminar as suas dúvidas, estará em dificuldade, em ambiente tormentoso⁷², porém, deverá fazer uma escolha, da qual depende o resultado do processo. Neste momento, sob o amparo da observância da garantia da presunção de inocência, deverá buscar no *in dubio pro reo* a fundamentação de sua decisão de impronúncia.

Certo é que a observância à presunção de inocência (também e principalmente em momentos decisórios) pode ser vista, em alguns contextos sociais, se levado em consideração a utilidade atribuída ao processo penal como instrumento garantidor de segurança e paz social, como um obstáculo a ação da justiça. Seria quase como dizer que, por absolver o réu em existindo dúvida quanto a sua efetiva participação no delito, a segurança da sociedade estaria ameaçada⁷³.

Não se olvida que em momentos de grave crise política e social, os direitos às liberdades individuais estão destinados a serem sacrificados quase como uma exigência/consequência tácita do conflito social em curso⁷⁴. Mas, não se pode liquidar

juízo e raciocínio; e recordar que primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo. Ora, não existe, infelizmente, juízo algum, cujo teste não ponha, quem o deve pronunciar, de frente a aquele contraste, do qual a dúvida se constituiu. Um imputado confessou um delito, o qual se lhe imputa. Um testemunho narrou um fato. Um ou outro terá dito a verdade ou a mentira. Este é o exemplo mais banal da perplexidade que, a final de contas, o juiz não pode jamais eliminar cem por cento. A verificação do juízo acontece mediante o raciocínio, que assume a forma de um silogismo; e se sabe que o fulcro do silogismo é a lei, a qual constitui a premissa maior. Mas o conceito de lei, já, de Newton a Planck, isto é, da macrofísica à microfísica, está profundamente mudado; ao valor absoluto que, por tanto tempo, se nos foi atribuído, veio-se substituindo por um valor estatístico, e, por isso, relativo; e também disso os juristas tiveram, a séculos, a impressão, porque o direito é talvez a única ciência que intuiu o valor da exceção. Quem pode garantir que a lei, assumida como premissa maior de um raciocínio, não deveria ceder à exceção? (Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: nov, 2017). No mesmo sentido: “La duda no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis”. (FENNOL, Jordi Nieva. **La Duda Em El Proceso Penal**. Madrid. Marcial Pons Editoras Jurídicas y Sociales. 2013. p. 19).

⁷²: “Cosi il giudice, dopo avere esaminato le prove, dopo avere ascoltato le ragioni, dopo averle valutate, continua a trovarsi, in realtà, di fronte a quel dubbio, che il suo pensireo non riesce, a nessun costo, ad eliminare. Ci saranno dei dubbi macroscopici e dei dubbi microscopici; ma bastano anche questi ultimi a costituire la sua difficoltà e il suo tormento”. (CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. **Rivista de Diritto Processuale**. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965).

⁷³ “De no existir la presunción de inocencia, el juez podría tener l impulso de condenar, por si acaso, para conseguir la máxima seguridad jurídica posible. Si se ha cometido un delito y no sabe quién ha sido su autor, lo normal es que el juez desconfié de quién ha sido señalado como sospechoso en le proceso, puesto que frente a la perspectiva de dejar libre a reo y que el delito se vuelva a producir, como ello también afecta a la propia seguridad del juez como ciudadano, lo más fácil sería dejar al sospechoso en prisión en espera de encontrar al auténtico culpable” (FENNOL, Jordi Nieva. **La Duda Em El Proceso Penal**. Madrid: Marcial Pons Editoras Jurídicas y Sociales. 2013. p. 50).

⁷⁴: “l’assunto si basa sul dúplice equivoco che quello della criminalità, política e comune, sai un problema exclusivamente poliziesco e giudiziario; e che una legislazione a caratter più repressivo sai uno strumento pre

simplesmente, tratar como superado, o problema das garantias constitucionais. Ocorre que, em verdade, só submetendo o processo penal à disciplina imposta pela Constituição é que será possível restituir a sua autêntica temática, e, assim afirmar que a presunção de inocência surge com um valor proeminente, não só como em uma ótica individualista, mas, sobretudo, considerando a função social do processo penal como instrumento de efetivação de garantias constitucionais no caminho para a aplicação de uma pena.

Em verdade, necessário superar a sedução provocada pelo instituto, do “*in dubio pro societate*”, o qual coloca, quando utilizado, mormente, em decisão de pronúncia, em rota de colisão a sociedade e o réu. De um lado está o juiz autorizado a decidir pelo “interesse da sociedade”, e de outro, obrigado constitucionalmente a colocar as lentes da presunção de inocência ao analisar, ainda que de forma sucinta, a prova dos autos. Parecem-nos interesses colidentes, visto que o interesse da sociedade diz mais com presunção de culpa do que com estado de inocência.

Assim não deveria ser pelo simples motivo de que a garantia da presunção de inocência vem amparada por expressa disposição constitucional, sem falar nos diplomas internacionais sobre direitos humanos, ao passo que o *in dubio pro societate* sequer tem previsão em legal, sendo construção acolhida jurisprudencialmente, sob as “energias” autoritárias do nosso processo penal inquisitório.

O *in dubio pro societate* deveria ser facilmente superado pela presunção de inocência, uma vez que em estando o juiz em dúvida sobre a certeza do crime (materialidade) e não havendo fortes elementos probatórios no tocante à autoria⁷⁵, o caminho seria a impronúncia do réu. Porém, a contrário sensu, tal instituto serve para beneficiar quem tem o ônus de provar, mas não o faz (ator acusação), e ainda sim, acaba ganhando um veredito favorável.

Por outro lado, não é a pronúncia o momento para realização de juízos de certeza ou pleno convencimento⁷⁶, nem deve o juiz externar as suas certezas, devendo para tanto

combatterla efficacemente”. (ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione D’inocenza Dell’Imputato**. Bologna: Zanichelli Editore. 1979. p. 4).

⁷⁵ “É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Mas se estiver em dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia, o *in dubio pro reo*. Havendo dúvida razoável, deverá impronunciar.” (LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p 1013).

⁷⁶ LOPES JR, Aury, in **Direito Processual Penal**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 1009.

manter linguagem sóbria, comedida, sem excessos de adjetivação, sob pena de nulidade do ato decisório⁷⁷. Mas como evitar certa contaminação do julgador, mormente frente a casos de forte repercussão? A redação do ato decisório trará consigo toda a carga extra-autos a justificar a já mencionada presunção de culpa do réu.

1.3 DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE PRESENTE NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E O ATIVISMO JUDICIAL POR TRÁS DO IN DUBIO PRO SOCIETATE:

A decisão de pronúncia deveria ser ato decisório meramente impulsionador do andamento do processo, encerrando uma fase e iniciando outra. A análise de determinados requisitos neste momento processual deveria limitar-se ao saneamento do feito, dentro dos requisitos impostos pela lei, nada mais. Ocorre que tal decisão tem ido além, seja quando permite ao magistrado analisar, ainda que de forma superficial.

Ao considerar tal decisum uma decisão interlocutória mista não terminativa, de cunho declaratório, é como se lhe afastasse, por retórica a fundamentação de seu conteúdo, isto é, a pronúncia está a dizer que o acusado cometeu um crime doloso contra a vida (materialidade) e que há indícios *suficientes* de autoria para lhe remeter a julgamento perante o Tribunal do Júri. Tal documento é exarado por um juiz de direito, o qual manteve contato com os autos desde o início da ação penal. Pode ficar frente a frente com réu, testemunhas e vítimas (em casos de tentativa). Pode proceder a reconhecimentos pessoais, tomar ciência de perícias, confrontar pessoas e seus depoimentos, ou seja, transitou inserido na persecução penal. Agora, sua decisão, por óbvio, não se encontra isenta de carga de “conhecimentos e sensações”. A “sentença” que é alcançada aos jurados tem contida em si o argumento daquela autoridade que a proferiu, um juiz de direito, um ator técnico do processo⁷⁸.

⁷⁷ *Ibidem*. Cita decisão do Supremo Tribunal Federal em HC 85.206/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence de 15/02/2005.

⁷⁸ “(...)a pronúncia deve limitar-se a orientar o julgador leigo na sessão de instrução e julgamento, mas não pode ser alvo de valoração das partes quando dos debates. Conclui-se, que falar da pronúncia é possível, mas emprega-la como argumento de autoridade para obter determinado veredito não o é”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 147). No mesmo sentido: “Júri é linguagem. O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado”. Em havendo dúvida quanto à denúncia, “não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena dessa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados”, ao entenderem a decisão de pronúncia como uma antecipação prévia de análise do conteúdo dos autos”. (RANGEL, PAULO. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 157/159:).

O processo penal trabalha com convencimento e julgamento. Todo e qualquer documento incluso nos autos, serve de instrumento de persuasão para o julgador proferir seu veredito, mormente o jurado, o qual decide por íntima convicção. A decisão de pronúncia, bem como o seu acórdão confirmatório (em caso de Recurso em Sentido Estrito), chega às mãos do juiz leigo permeada da autoridade, justamente por ter sido confeccionada por um magistrado togado, ou ainda, por um desembargador, membro do Tribunal.

O jogo de linguagem que se forma, seja ele corporal ou oral, em plenário de julgamento, dispensa a leitura no sentido de afirmar o argumento de autoridade da decisão de pronúncia. Basta a ciência do jurado (com a leitura individual) e/ou⁷⁹ a menção de que já houve decisões nos autos que entenderam pela culpabilidade do acusado, para superar possível dúvida em favor deste.

De acordo com FAGUNDES⁸⁰, na argumentação por autoridade, “o locutor consegue deixar claro para seus interlocutores que está apenas repetindo colocações inquestionáveis, porque autorizadas, e que, como tais, devem ser aceitas”. Utilizar a autoridade valida o argumento do discurso emitido. Neste contexto, se o magistrado, ao proferir decisão de pronúncia, analisa a prova testemunhal produzida nos autos, e afirma que existe “suficiência” de indícios de que o acusado é o autor do fato, qualquer dúvida surgida

Supremo Tribunal Federal. **RHC 120598**: A lei não veda toda e qualquer referência à pronúncia. Veda apenas sua utilização como forma de persuadir o júri a concluir que, se o juiz pronunciou o réu, logo este é culpado”, destacou. O relator apontou que, a partir da Lei 11.689/2008, o CPP passou a determinar que os jurados recebam a sentença de pronúncia no início do julgamento (artigo 472, parágrafo único). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-29/sentenca-pronuncia-lida-voz-alta-tribunal-juri>>. “(...) por outro lado, especial cuidado deve ter o julgador na fundamentação, para não contaminar os jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas por um juiz profissional e, mais ainda, por aquelas proferidas pelos Tribunais”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.p. 1009). “O jurado, por ser leigo, quase sempre está angustiado pela insegurança e mantém ansiosa curiosidade sobre o entendimento do Juiz, restando vulnerável na formação de sua convicção, sujeitos, então, até mesmo à linguagem subliminar.” (NASSIF, Aramis. **O Júri Objetivo II**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017. p. 74).

⁷⁹: “Não se trata de mero debate, mas de cadeias de argumentação em que há objetivo por parte dos jogadores e uma pontuação pelo julgador, capaz de atribuir o sentido da produção probatória e da imputação no ato decisório. Para que a argumentação possa operar é necessário compreender o mapa mental dos jogadores e o contexto da decisão”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017. p. 835)

⁸⁰ FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmoques da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali, 2001. p. 48. No sentido de explicar a autoridade do argumento: “(...)a expressão autoridade deve ser compreendida por aquelas decisões proferidas por uma autoridade jurisdicional (juiz ou tribunal), que seja apta a exercer nos jurados uma devida influência, retirando a imparcialidade do conselho de sentença”. (LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2015. p. 87).

em plenário quanto a sua autoria poderá ser minimizada, por um jurado mais inseguro, pelo fato de o juiz de direito falar da suficiência de indícios acerca da autoria do réu.

Inegável que para o jurado, dentro do ritual do Tribunal do Júri, com todas as simbologias que lhe são peculiares, a figura do juiz absorve o maior peso. O próprio procedimento não permite que o juiz leigo afirme a sua posição constitucional de julgador do caso, uma vez que para formular perguntas e questionamentos, deve sempre se reportar ao Juiz Presidente da Sessão. Essa hierarquia simbólica reforça a autoridade do juiz de direito em plenário de julgamento, perante o juiz natural da causa, o jurado.

Dessa forma, a ritualística existente nos processos de competência do tribunal do júri, mormente as praticadas em plenário, fortalecem a autoridade do magistrado. Neste sentido, não há como descolar da decisão de pronúncia o seu argumento de autoridade, sequer ignorar que a sua mera leitura, em silêncio pelos jurados, não lhes possa influenciar no momento de formação de sua convicção (íntima)⁸¹.

Outro argumento que reforça a autoridade da decisão de pronúncia é o uso do *in dubio pro societate*, o qual, mencionado pelo magistrado, está a atribuir ao interesse da sociedade um peso decisional, do qual não se encontra localização dentro do processo penal. Identificar que em havendo dúvida sobre a prova colhida até a pronúncia, deve prevalecer o interesse da sociedade, é reforçar o caráter autoritário e inquisitório do processo penal brasileiro⁸².

⁸¹ “O argumento de autoridade é sempre uma afirmação, com pretensão de imposição de uma linha de pensamento, calcada na legitimidade e presunção de confiabilidade que o cargo possui. É o apossamento de determinado argumento, pelo cargo. O argumento de autoridade elimina o adversário tido como não sério e se alia ao discurso reconhecido como sério, cobrindo-se com o manto (aparente da verdade e da Justiça). A situação é ainda mais sensível se considerarmos que o conselho de sentença é formado por leigos, pessoas sem conhecimento jurídico (e mesmo do processo em julgamento) e que, no ritual judiciário, sentem-se intimidadas pelas autoridades que ali estão, ainda mais com a ostentação do medo prevalente”. (LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2015. p. 87/88). No sentido do argumento de autoridade no âmbito jurídico: “Como às vezes se diz (e com razão), o Direito é uma prática de autoridade (embora não seja somente isso), de modo que parece óbvio que, em seu âmbito, os argumentos baseados em autoridade não somente são usados com profusão, mas também se considera legítimo fazê-lo: a razão mais forte que parece ter um juiz para decidir um caso de determinada maneira é que, se atua assim, está seguindo o critério do legislador, dos juízes de instância superior, etc.”(ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no Direito. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Univali. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3964/2307>> nov, 2017).

⁸² Uma das marcas que imprimem o caráter inquisitorial do nosso processo penal “é a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir ex officio. Tudo podendo no interior do processo, não se faz mister regular os meios e a metodologia da busca da prova, cuja debilidade é olímpica. Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu,

Todo o discurso repetido e aceito, sem questionamentos, acaba por se transformar em estereótipo obrigatório. No caso da decisão de pronúncia, uma vez trabalhados os indícios suficientes de autoria como se provas fossem, e a repetição sem critério de um nominado “princípio” do *in dubio pro societate*, sem maior confronto, seja doutrinário ou jurisprudencial, acabam se cristalizando fórmulas a serem adotadas e replicadas pelos magistrados, as quais culminam na criação de certas crenças, mormente naqueles que são leigos, e estão a representar a sociedade nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri.⁸³

Mencionar a questão do ativismo judicial na decisão de pronúncia pode parecer pretensioso, e até sem sentido, se considerado apenas o caráter de gestor da prova pelo juiz como atividade. Contudo, nesta decisão em específico, onde a fundamentação é limitada e não se espera do magistrado nada além de apontar a materialidade do delito como doloso contra a

o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2015. p. 80). Sobre a inquisitorialidade processual: “(...)o termo inquisitório referente ao processo judicial adquiriu um significado plenamente negativo, ao ponto de que a classificação de qualquer atuação processual como inquisitiva se identifica com processos medievais e práticas abusivas; e, em qualquer caso, com a violação de garantias fundamentais do acusado”. (WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus Inquisitório: Reflexões Sobre o Processo Penal in GLOEKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p. 59). “Depois de oito séculos – não se deve duvidar –, a superação do sistema processual penal inquisitório não é simples e nem haveria de ser. Sendo uma opção política por excelência é, também, ideológica e, assim, serve sobremaneira aos sentidos que aproveitam a alguns, em geral detentores do poder ou seus fantoches. O dilema dessa gente, hoje, é a Constituição (antes de tudo), a qual tratam de tentar driblar pela via de uma hermenêutica marota que autoriza, inclusive, exegeses inconstitucionais. A luta deles – sabe-se bem – não é simples. Mas como estão do lado do poder tendem a dificultar imensamente e com todas as forças a efetivação da Constituição. O preço que se paga pelo atraso – também se sabe – diz com uma moeda muito cara: a carência de cidadania. Mas assim caminha a humanidade (...)”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/backup/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: nov, 2017).

⁸³ “O ritual do Tribunal do Júri se constitui de um conjunto de procedimentos obrigatórios. No interior desse conjunto de procedimentos, encontram-se textos cujos enunciados são fixos, isto é, a sua materialidade linguística permanece idêntica, apesar da mudança das condições de produção. A estes textos formalizados chama-se fórmulas estereotipadas. O funcionamento discursivo do estereótipo, repetido e aceito sem nenhum questionamento, fortalece os sentidos que veiculam, produzindo a homogeneização de valores postos em circulação pelo discurso. A prática discursiva jurídica produziu um conjunto de fórmulas estereotipadas supostamente técnicas. Escondem, no entanto, a vontade política de separar o outro do seu saber. No sentido de tratar as fórmulas estereotipadas como mantras processuais”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali. 2001. p. 61). “Entende-se por mantra a repetição de uma “verdade dada e aparente”, *prima facie*, em que os jogadores/julgadores se agarram sem maiores reflexões, quer por adágios, quer por brocados, ementas, súmulas, dentre outros recursos retóricos. A invocação de uma Súmula do STF ou STJ, por exemplo, exonera o sujeito das dificuldades de compreensão e incidência no caso penal. É um mecanismo de conforto cognitivo” (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p. 851-852).

vida e os indícios suficientes de autoria, sem demonstrar qualquer resquício de sua conclusão acerca da culpabilidade do acusado, há a criação de um argumento genérico, o qual está a autorizar a remessa dos autos a julgamento perante os jurados, que traz de certa forma implícito o entendimento do magistrado sobre as provas dos autos e sobre a pessoa do acusado, que é o *in dubio pro societate*.

Dizer que na dúvida deve-se decidir pela sociedade, é o mesmo que dizer que, após toda uma instrução probatória, não há como afirmar a autoria do delito, mas como o crime o é grave, e o acusado possui por vezes, maus antecedentes, o juiz “lava suas mãos” em prol de oferecer uma “segurança” a sociedade, e ao invés de afirmar a presunção de inocência (*in dubio pro reo*), submete o acusado a julgamento em plenário de júri, com todas as implicações que o júri provoca no mundo fático, sobre um réu cujas provas não demonstraram a verossimilhança necessária da sua participação no delito.

Neste contexto, não podemos ignorar que *as palavras dizem coisas*⁸⁴, sejam estas escritas ou faladas, e que o Tribunal do Júri é um ritual simbólico, que vai fazer com que o jurado (membro social) se apresente de forma passiva perante as autoridades ali estabelecidas (juiz e promotor), lhe cobrando uma postura ativa subestimada ante os argumentos de autoridade que lhe são apresentados/exigidos durante o julgamento em plenário.

O magistrado que pronuncia o réu é aquele que atuou de forma ativa nos autos do processo, que decidiu por vezes de ofício, que inquiriu réu e testemunhas e não apenas recebeu as provas e sobre elas formou sua convicção, de maneira imparcial e distante das partes (acusação e defesa). Devido a formação de seu mapa mental⁸⁵ com relação ao acusado e o delito praticado, por sua “atividade” no processo, a dúvida que possa se formar, a reclamar a observância da presunção de inocência nesta fase decisória (*in dubio pro reo*), será quase que inconscientemente superada por uma argumentação formada tendo como premissa de partida o inclassificável *in dubio pro societate*. Tal adágio é quase que uma autorização tácita para a inobservância da garantia constitucional da presunção de inocência. É quase como

⁸⁴ LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2015. p.89;

⁸⁵ “O julgador é singular: pessoa física, com endereço, RG e CPF, família problemas e com capacidade cognitiva limitada, por definição. Daí a importância de se estabelecer as expectativas de comportamento conforme seu mapa mental. (...) no jogo processual a incerteza preside a partida e o sujeito julgador pode ser influenciado por fatores objetivos e subjetivos, inclusive os aparentemente irrelevantes”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p.873).

afirmar a culpa através da dúvida, ou seja, se após a instrução processual eu, juiz, sigo em dúvida quanto à autoria dos fatos, é porque inocente o acusado não deve ser, se o fosse, eu não estaria em dúvida⁸⁶.

Quando um adágio como o *in dubio pro societate* se firma no curso do processo penal, a justificar uma decisão, a qual remete um réu a júri perante o conselho de sentença, por detrás dele há toda uma ideologia inquisitória, a qual dá sustentação até hoje, ao nosso processo penal. O sistema inquisitivo adotado pelo Código de Processo Penal de 1940 tem como uma de suas premissas, um juiz ativo na busca da verdade/provas no curso da persecução penal. Um juiz ativo pode acabar pressupondo um juiz que em dúvida, procure produzir provas a sustentar a culpabilidade que deduz da conduta do acusado.

Importa referir neste contexto, que o senso comum social acredita que o juiz é o dono do processo. É seu condutor e é quem tem a responsabilidade de buscar não só a verdade sobre o fato, mas de fazer acontecer a justiça. O jurado, como membro social que é, aceita o encargo e talvez leia o *in dubio pro societate*, como uma repartição do poder do juiz (não do poder de julgar, pois este o detém por força de comando constitucional, e é só seu), quando este coloca também em suas mãos a busca da verdade e o “fazer” justiça.

Colocar o interesse do corpo social como fundamento a superar a presunção de inocência (*in dubio pro reo*) em momento decisório, significa atribuir ao processo penal uma finalidade de política criminal, com a busca da paz e segurança sociais. Ainda que se possa dizer que a competência para julgamentos dos crimes dolosos contra a vida seja dos jurados, e que tal é prevista na Constituição, por isso o interesse social em uma decisão por membros da sociedade, não podemos nos distanciar do fato de que tal adágio vem sendo usado para ultrapassar a dúvida quanto à materialidade e autoria quando da decisão de pronúncia. Superar a dúvida neste momento é não observar a garantia da presunção de inocência, pilar de estruturação do processo penal em ambiente democrático.

⁸⁶ Ao trabalhar exemplificando o argumento de autoridade contido na atuação do promotor: “a autoridade do argumento do promotor é plena e “aprisiona” o jurado também pelo não-dito, ou seja: “quando tenho certeza de que alguém é inocente eu peço a absolvição; logo, a contrário sensu, quando eu não peço a absolvição (ou peço a condenação), é porque com certeza é culpado”. E tudo isso com o aval do pai-juiz. (...) quando o promotor se vale desse poderosíssimo argumento de autoridade, com o aval (agravante) do juiz, gera uma compressão do espaço decisório do jurado leigo, que não vislumbrará outra resposta senão a de corresponder à expectativa criada pela autoridade, a qual ele já está, inconscientemente, aprisionado, desde sempre. Inegavelmente está comprometido o julgamento”. (LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2015. p. 89).

Dos elementos obtidos com a pesquisa realizada em decisões de pronúncia, as quais compõe essa dissertação, e serão analisadas *a posteriori*, serão extraídos excertos das decisões, os quais demonstrarão que por vezes não há suficiência de indícios a afirmar a autoria do acusado, cuja prova ficou limitada a somente o depoimento da vítima na fase inquisitorial, e o magistrado, seja em face dos antecedentes que o réu apresenta, ou por valorar de sobremaneira o depoimento policial da vítima, busca no amplo e genérico *in dubio pro societate*, a fundamentação para sua decisão⁸⁷.

Portanto, uma análise mais aprofundada sobre provas e indícios, e a exposição dos percentuais de decisões de pronúncia, todos confrontados com o direito fundamental à presunção de inocência, ao final demonstrarão os argumentos aqui listados no sentido de que a decisão de pronúncia, com o seu melhor fundamento, qual seja, o *in dubio pro societate*, maculam de sobremaneira o que se espera em um ambiente democrático, isto é, um processo penal garantidor das regras do jogo e observador das garantias constitucionais conferidas aos acusados.

⁸⁷ “(...) precisamos ensinar qual o devido lugar do juiz no processo penal em uma democracia. O senso comum teórico, fomentado pelos discursos alarmistas de hoje, exige que o juiz se coloque em um lugar cada vez mais paranoico. O problema, contudo, é que o sujeito não foi ensinado para tanto, mas justamente para o contrário. E ele gosta de ocupar esse lugar do sujeito que aparentemente sabe tudo. Não fosse imaginário, ingênuo e fugaz. O lutar por reposicionar o juiz em lugar específico da estrutura, apartando-o da gestão da prova é a luta de todos os dias. Mas, ao que parece, isso não assimilado pelo senso comum teórico, que demanda que ele retome as rédeas: assumas suas funções, paranoicas, de pontuar e buscar a verdade real”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p. 877).

2 EXIGÊNCIAS PROBATÓRIAS DA DECISÃO DE PRONÚNCIA:

A decisão de pronúncia abarca outros contrapontos, para além do enfrentamento do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro societate*, conforme abordagem do capítulo anterior. As controvérsias probatórias e de linguagem que envolvem tal decisão, a qual se apresenta como um juízo de admissibilidade da acusação⁸⁸, se evidencia, seja pelo fato da exigência de fundamentação das decisões judiciais, seja pelo possível excesso de linguagem na análise das provas produzidas na primeira fase do procedimento ou pelo enfrentamento por vezes equivocado do que sejam indícios suficientes de autoria.

Seguindo com a base de estruturação da dissertação, qual seja o direito fundamental à presunção de inocência a ser observado em todas as fases decisórias no curso do processo penal, a decisão de pronúncia e suas exigências probatórias de tal garantia não podem se afastar, sob pena de se estar ferindo direito subjetivo do acusado na fase de filtragem da acusação no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Conforme ensina PRADO⁸⁹, “uma das consequências derivadas da posição da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal, portanto, está em fundar a imposição e aplicação da pena em um dispositivo probatório”.

⁸⁸ Após a Reforma de 2008, com a supressão do libelo crime acusatório, a decisão de pronúncia passou a ser o limitador e moldura da acusação a ser trabalhada perante os jurados. A crítica com relação a tal mudança reside no fato de que restou ao magistrado o dever de estabelecer os parâmetros acusatórios nos autos, matéria cuja competência constitucional atribuir ao órgão de acusação, o Ministério Público, em seu art. 129, I da CF/88. Neste sentido: “Uma das mais significativas alterações formais no procedimento foi a extinção do libelo-crime, com o que a própria pronúncia se torna arrimo da acusação em plenário. Sem a presença da peça intermediária do libelo, fica claro que a atividade de imputação em plenário é orientada por uma decisão judicial, colocando-se potencialmente em sentido contrário ao quanto disposto no art. 129, I da CR”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2009. p. 94). “A lei mantém a decisão de pronúncia que, sem dúvida, é instrumento de garantia do acusado, mas não com o juiz dizendo que dispositivo legal esta em curso o réu, ou seja, servindo como verdadeiro acusador em pleno (e aparente) sistema acusatório. Pronúncia motivada é acusação ex officio feita pelo magistrado que não pode passar pelo filtro axiológico, em face da influência que exerce sobre os jurados a motivação da pronúncia”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 152).

⁸⁹ “Ferrajoli assevera a importância do que denomina de controle empírico, como fundamento do processo penal no estado de direito; em outras palavras, que a tese acusatória em um processo criminal seja submetida à verificação e exposta à refutação, para que resulte apoiada por provas e contraprovas: *nullum indicium sine probatione*”. (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 21).

De acordo com os conceitos e críticas já expostos, a decisão de pronúncia pode servir como argumento de autoridade para os jurados⁹⁰, que de posse da mesma, podem fazer a leitura que quiserem dos argumentos ali mencionados a sustentar a acusação, sem que possam ser confrontados, tanto pela defesa quanto pelo órgão acusador, acerca do conteúdo do decisum, em plenário. No mesmo contexto, ao surgirem dúvidas quando em sala secreta, podem se sentir confortáveis e amparar a sua decisão de acordo com o exposto na pronúncia, por a entenderem um julgamento técnico proferido pelo juiz da causa. O juiz leigo não tem contato com explicações doutrinárias, as quais conferem à decisão de pronúncia caráter de juízo de admissibilidade da acusação formulada nos autos. Ademais, a prática forense⁹¹ demonstra que às vezes a decisão acerca de indícios suficientes de autoria vem embasada tão somente pelos depoimentos prestados na fase policial e não renovados em juízo, ou na palavra exclusiva da vítima.

O art. 413 do Código de Processo Penal dispõe que: *O juiz, fundamentadamente,*⁹² *pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.* Para o encaminhamento dos autos a plenário de julgamento, em obediência à competência constitucional dos jurados para apreciação dos crimes dolosos contra a vida, não se questiona acerca da necessidade da identificação concreta da ocorrência de um delito doloso contra a vida (materialidade)⁹³, para fins de firmar a competência do Tribunal do Júri. Para tal verificação, a prova dos autos que autoriza o

⁹⁰ “A expressão “de autoridade” deve ser compreendida por aquelas decisões proferidas por uma autoridade jurisdicional (juiz ou tribunal, que seja apta a exercer nos jurados uma indevida influência, retirando a imparcialidade do conselho de sentença”. (LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. p. 87).

⁹¹ Com base nos dados da pesquisa realizada para a dissertação, em análise das decisões das 1ª e 2ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre, no período correspondente a 01/01/2015 a 31/12/2016 de julgamento dos acórdãos de decisão de pronúncia;

⁹² Sobre o princípio do livre convencimento motivado: “Esse princípio enuncia que o julgador tem a liberdade de valorar as provas, de acordo com sua consciência ou convencimento, desde que motivadamente e não extrapolando o que conta do processo”. (CASARA. Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 180). “As sentenças exigem uma motivação que deve ser fundada de fato e de direito. As sentenças penais, então, por força das garantias da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, exigem uma motivação que deve ser, ademais fundada sobre argumentos cognitivos de fato e recognitivos de direito”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 499.)

⁹³ “A materialidade deve ter sua comprovação em termos praticamente inquestionáveis, uma vez que o exame de corpo de delito, apto a comprovar a materialidade do crime de homicídio, foi realizado e juntado aos autos (STJ, HC 55.815/PI, Rel Gilson Dipp, DJe 9-4-2012)”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. 6ª edição. Editora Saraiva. 2014. p. 840.)

reconhecimento da materialidade é apontada com o auto de exame de corpo de delito ou auto de necropsia, *mas também por qualquer outro meio idôneo de prova admitida em direito*, em desaparecidos os vestígios do crime⁹⁴.

A materialidade se apresenta através de meios de prova firmados por profissionais técnicos, como o auto de corpo de delito ou necropsia, nos quais os médicos peritos afirmarão qual a causa da morte e ou das lesões produzidas, e se estas últimas causaram risco de vida à vítima. Muito pouco se contesta de tais documentos, deixando as teses que os envolvem, como dolo e culpa para um melhor desenvolvimento em plenário. Contudo, com relação à autoria reside o fato de que tal prova apoia-se basicamente em depoimentos (subjatividade), muitos dos quais são tomados tempos depois do fato, com maior ou menor envolvimento da testemunha na ocorrência. A ciência vem estudando, através da psicologia do testemunho, os efeitos da passagem de tempo nos depoimentos prestados por testemunhas, com a possibilidade de criação de falsas memórias⁹⁵, mormente em se tratando de crime grave com grande repercussão em uma comunidade.

⁹⁴ “A existência do crime pode ser comprovada não só pela materialidade atestada no laudo de exame cadavérico (cf. art. 158 do CPP), mas também por qualquer meio idôneo de prova admitida no direito, pois o próprio legislador admitiu no art. 167 do CPP, que a prova testemunhal pode suprir a falta de exame de corpo de delito, se os vestígios desaparecerem”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 154).

⁹⁵ “Disposições normativas sobre o testemunho pressupõem que o aparato sensorial do indivíduo capte objetivamente os acontecimentos e que a memória logo os fixe, como imagens em um filme ou sons gravados. Antes de tudo, os canais sensoriais trabalham de forma seletiva, pois o aparato perceptivo possui capacidade limitada, eis que, exposto a estímulos simultâneos, acaba por captar aqueles a respeito dos quais está acostumado (em um mesmo contexto, os guardas de trânsito e os pedestres observam coisas distintas). p. 103: A questão da memória, em relação ao papel da testemunha no procedimento e processo penal, assim, tem o seu ponto crítico nas chamadas falsas memórias, demonstrações de que nossa memória não é infalível. Elas consistem em recordações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram”. (ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**. A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2013. p. 50). “O crime é uma reconstrução do passado. Este, para ser reconstruído, na grande maioria das vezes, até mesmo pela ausência de outros elementos de prova – que não foram devidamente colhidos e, por consequência, apagados pelo tempo ou porque não deixaram vestígios – depende da memória de quem os narra. E o processo mnemônico, por sua vez, não é fidedigno à realidade. Isso porque a fantasia e a criação ficam encarregadas de preencher as lacunas da memória com experiências verdadeiras, contudo, decorrentes de outros acontecimentos e até mesmo com experimentos nunca vivenciados (falsas recordações). Com efeito, um dos grandes problemas da prova está na contaminação da reconstrução dos fatos passados, principalmente como a prova é colhida” (DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2014. p. 164-164.) “A péssima notícia é que a memória é limitada. Seria maravilhoso – e invejamos alguns conhecidos – justamente pela capacidade de se recordar de informações que mesmo tendo percebido em conjunto não recordamos ou para que isso ocorra precisamos de um estímulo de evocação. A memória depende da percepção e do que já temos estocado no nosso aparato cognitivo (mapa mental), bem assim do ambiente e da forma como estamos dispostos a aprender. As distorções da memória, principalmente em face do preenchimento de informações posteriores,

O processo penal trabalha com a reconstrução de um fato passado, sendo um caminho a ser percorrido pelo Estado-acusador a legitimar seu *jus puniendi*, com a final aplicação ou não de uma pena, sob o veredito de inocência ou culpa do acusado (Estado-julgador)⁹⁶. Os testemunhos colhidos ao longo da persecução acabam tendo papel fundamental nesta reconstrução histórica, lhes sendo atribuído, por vezes, um peso (ainda que não afirmado desta forma pela doutrina, ante o abandono do sistema da prova legal e adoção do livre convencimento motivado do juiz, como se este, de forma subjetiva, não valorasse as provas contidas nos autos para basear a fundamentação da tese escolhida) no “*direito vivido*”, maior que a sua credibilidade pode suportar, em virtude da memória não poder ser confiável, mormente quando confrontada com fatos graves e ou traumáticos⁹⁷.

O encargo atribuído à testemunha, de buscar em suas memórias a reconstrução de um fato criminoso, a coloca também como personagem central do processo, todavia, sem lhe permitir, doutrinária e legalmente, o desconto de sua sensibilidade e memória quando da valoração de seu depoimento. Conforme CARNELUTTI:

como acontece com uma testemunha que depois toma conhecimento de mais detalhes do evento e é capaz de inseri-los, como se tivesse visto, em tempo real, sem muitas vezes sequer se dar conta. Não se trata de mentira deliberada, mas uma armadilha da cognição humana. Por isso a importância de se reconhecer a hipótese de incidência de falsas memórias. O fenômeno das falsas memórias deixou de ser uma novidade. Boa parte dos juristas que se atualizaram sabem que a memória não é um filme, nem muito menos uma fotografia do passado. As pesquisas com neurociência destruíram essa crença infantil, ingênua e sedutora”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 180-181). “O conhecimento processual obedece a regras específicas para a produção de certeza(judicial). E muitas delas são demasiado frágeis, como ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal, em cuja representação do fato o tempo interfere inexoravelmente, sem falar nos riscos de intimidação, de tomada de consciência, etc.” (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Brasília. n. 183. pgs. 67-75. jul/set. 2009.)

⁹⁶ “O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 62). No mesmo sentido: “Não é mistério que no processo, e não apenas no processo penal, se construa a história, para ao final saber se o imputado é inocente ou culpado. Quando se fala em história, o pensamento voa para as dificuldades que são apresentadas na reconstrução do passado, mas são, levando-se em conta a medida, as mesmas dificuldades que devem ser superadas no processo. O delito é um fragmento do caminho, do qual quem o percorreu busca apagar as pegadas. As provas servem, precisamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor ainda, reconstruir a história”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. 2º edição. São Paulo: Ed. Minelli. 2006. p. 45-46.)

⁹⁷ “A neurociência demonstra que o Sistema Nervoso Central (SNC) não armazena propriamente registros factuais, mas sim traços de informações que serão usados para reconstruir as memórias, nem sempre representando um quadro fiel ao que foi vivenciado no passado. Nossas memórias são passíveis de serem influenciadas pelas outras pessoas. As informações que recebemos, depois do evento que vivenciamos, podem interferir em nossa memória. O efeito da sugestibilidade da memória pode ser definido como uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original.” (ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**. A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2013. p. 103/114).

a testemunha é um homem, um homem de corpo e alma, com seus interesses e com tentações, com suas lembranças e esquecimentos, com suas ignorâncias e com sua cultura, com sua coragem e seus medos. Um homem que o processo coloca em uma posição incômoda e perigosa, submetido a uma espécie de requisição por utilidade pública, afastado de seu negócio e sua paz, utilizado, exprimido, inquirido, convertido em um objeto de suspeita. Não conheço um aspecto da técnica penal mais preocupante que o que se refere ao exame, até, em geral, ao trato da testemunha⁹⁸.

Neste contexto, a prova testemunhal vai se mostrando frágil⁹⁹ a amparar uma decisão judicial, ainda que uma interlocutória, de viés declaratório, a qual tem sua importância maximizada por não somente remeter o acusado a julgamento perante seus pares, mas também por limitar a acusação que será formulada em plenário e objeto de quesitação, e mais, não poderá ser questionada frente aos juízes leigos no tocante a fundamentação exarada¹⁰⁰.

A ilustrar o uso exclusivo de depoimentos para fins de confirmação de indícios suficientes de autoria no momento da pronúncia, com o conteúdo da pesquisa realizada, colocam-se alguns excertos de decisões, de primeiro grau, objetos da pesquisa da dissertação:

Da Autoria: Em juízo, os réus negaram a autoria. Entretanto, da análise dos autos, verificam-se presentes os indícios suficientes de autoria, tendo em vista os depoimentos das testemunhas X, Y, W e Z, os quais narram como teriam ocorridos, em tese, os fatos que apontam os réus como autores dos delitos narrados na denúncia. Assim, verificam-se presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria em relação aos réus¹⁰¹.

⁹⁸ “Todos sabem que a prova testemunhal é a mais falaz de todas as provas, a lei a rodeia de muitas formalidades, que queiram prevenir os perigos, a ciência jurídica chega até o ponto de ser considerada um mal necessário, a ciência psicológica regula e inclusive inventa instrumentos para a sua valorização ou seja, para o discernimento da verdade e da mentira, mas o melhor meio de garantir o resultado foi, é e sempre será o de reconhecer em uma testemunha um homem e lhe conceder o respeito que merece qualquer homem”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. 2º edição. São Paulo: Ed. Minelli. 2006. p. 49).

⁹⁹ “La objetividad del testimonio, exigida por las normas, parece ilusoria a quien considere la interioridad neuropsíquica: ya el aparato elige los posibles estímulos; codificadas según modelos relativos a los individuos, las impresiones integran una experiencia perceptiva, cuyos fantasmas varían tanto en el proceso mnemónico, tanto más si el recuerdo nos es espontáneo sino solicitado, como ocurre a los testigos; por último, convertido en palabras el manipuladísimo producto mental, surge como enunciado factual o de hecho. Este labirinto cognoscitivo-semántico, expuesto a mil variaciones, induce a desconfiar de los testigos: cómo usarlos?” (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Editorial Themis.. 2000. p. 55).

¹⁰⁰ Art. 478 CPP: Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;(Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008.)

¹⁰¹ A escolha de partes de decisões de pronúncia citadas na dissertação é feita de forma aleatória, dentro do conjunto de decisões captadas pela pesquisa correspondente aos processos julgados em sede de Recurso em

Nesse sentido, corroborando com as teses da acusação, têm-se os depoimentos de A e B. Diante dos depoimentos prestados, inviável o acolhimento do pedido de impronúncia do acusado, conforme postulado em memoriais pela Defesa, já que, existindo versões contrapostas na prova, o órgão julgador competente para dirimir a controvérsia é o Conselho de Sentença¹⁰².

O réu utilizou-se de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, não prestando em juízo sua versão para os fatos. A prova oral produzida, no entanto, autoriza a pronúncia do acusado, com os elementos suficientes de autoria e dolo necessários à fase de pronúncia¹⁰³. (grifo nosso).

Em juízo, o acusado nega a autoria, afirmando que no dia e hora do fato, estava em casa e que conhece a vítima apenas de vista (fls. 177/180). Em que pese a negativa de autoria do réu, a tese defensiva exposta encontra óbice, neste momento processual, nas palavras da vítima e da testemunha de acusação. A testemunha de acusação, na fase policial, narra que teria avistado a vítima caída no chão e que um indivíduo teria passado por ele correndo, referindo que a vítima teria levado um tiro e que quem teria efetuado o disparo seria o acusado. Em juízo, a testemunha refere que não recorda perfeitamente do fato. Havendo, pois, prova da materialidade e indícios suficientes da autoria em relação ao réu, no que concerne ao fato descrito na exordial acusatória, com fulcro no artigo 413 do Código de Processo Penal, torna-se imperiosa a decisão de pronúncia¹⁰⁴. (grifo nosso).

Estão presentes também indícios de autoria, para fins de pronúncia. Quanto ao acusado, o mesmo não apresentou sua defesa pessoal, porque era revel. De todo modo, há nos autos depoimento do ofendido (no caderno investigativo), que aponta o acusado como autor dos fatos. A vítima relatou que viu três rapazes armados, vindo em sua direção e efetuando disparos. Disse que conseguiu reconhecer apenas o acusado. É verdade que a vítima não repetiu, em juízo, as suas declarações da fase policial. O caso nos traz, portanto, à questão sobre a suficiência ou insuficiência dos elementos informativos do inquérito policial, não confirmados em juízo, para efeitos de pronúncia. Entretanto, em juízo, os policiais militares relataram que efetuaram a prisão em flagrante do referido réu, porquanto o mesmo tripulava uma motocicleta azul que, segundo informações recebidas pelo CIOSP, estava envolvida na ocorrência do homicídio. Verifica-se, portanto, existir versões divergentes nos autos. A versão que aproveita à tese acusatória está amparada pelos indícios já mencionados acima. É o que basta para a pronúncia. Para evitar questionamentos futuros a respeito da admissibilidade das formas de autoria/participação atribuídas a

Sentido Estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, de processos de competência das Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre. A menção de quatro excertos diz com o critério de escolha, ao priorizar uma decisão de cada juiz titular das varas (número total de 04), uma vez que a linguagem e discursos utilizados se repetem em seus documentos. PORTO ALEGRE. JUSTIÇA ESTADUAL. **Processo nº: 001/2.14.005542-4 (CNJ:0264970-75.2014.8.21.0001)**. 2ª Vara do Júri;

¹⁰² PORTO ALEGRE. JUSTIÇA ESTADUAL **Processo nº: 001/2.12.0041546-7 (CNJ:0139783-28.2012.8.21.0001)**; 1ª Vara do Júri.

¹⁰³ PORTO ALEGRE. JUSTIÇA ESTADUAL **Processo nº: 001/2.09.0109273-9 (CNJ:1092732-09.2009.8.21.0001)**; 2ª Vara do Júri.

¹⁰⁴ PORTO ALEGRE. JUSTIÇA ESTADUAL **Processo nº: 001/2.12.0082195-3 (CNJ:0255984-06.2012.8.21.0001)**; 2ª Vara do Júri.

cada réu, fica expressamente registrado que, não havendo razão para ressalvas nesse sentido, a presente pronúncia compreende todas as formas de autoria/participação constantes na denúncia¹⁰⁵. (grifo nosso).

A formulação do requisito exigido pela decisão de pronúncia para a remessa do acusado a julgamento por seus pares, qual seja, *indícios suficientes de autoria*, por sorte deveria ser composto pela análise de testemunhos com os demais meios de prova dos autos, e não somente cingir-se a depoimentos prestados por vítimas¹⁰⁶, ou testemunhas não presenciais (como no caso de policiais), ou ainda das testemunhas de “ouviu dizer” (hearsay testimony)¹⁰⁷. Ainda, os testemunhos colhidos em fase investigativa¹⁰⁸, sem a observância do

¹⁰⁵ PORTO ALEGRE. JUSTIÇA ESTADUAL **Processo nº: 001/2.10.0122272-3 (CNJ:1222722-19.2010.8.21.0001)**. 1ª Vara do Júri.

¹⁰⁶ “Ponto problemático, é, sem dúvida a palavra da vítima. Deve-se considerar, inicialmente que a vítima está contaminada pelo caso penal, pois dele faz parte. Isso acarreta interesses (diretos) nos mais diversos sentidos, tanto para beneficiar o acusado (por medo), por exemplo, como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos. Para além desse comprometimento material, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade (abrindo-se a porta para que minta impunemente)” (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p 655). No mesmo sentido crítico com relação a palavra da vítima: “O papel primordial (das declarações da vítima) está, sobretudo, no frágil mecanismo da construção da “verdade”, em que se evidencia um descompromisso nos termos do art. 201, dada a sua peculiar situação, deixando-a verdadeiramente desatrelada à sorte de suas declarações. Sem embargo, em não raras ocasiões, nossos Tribunais arrimam suas decisões senão exclusiva ou preferencialmente na palavra da vítima, colocando-a em posição definidora, sobretudo em casos mais graves. Assim, ora é entendida como único veículo capaz de levar à verdade dos fatos, e é pretensamente colocada num pedestal de moralidade absoluta e eticamente irrepreensível; ora-deixando a postura quase sacralizada do ofendido e emprestando a sua palavra uma feição um tanto quanto mais realista- vários acórdãos sustentam a viabilidade de prolação de um decreto condenatório ou apenas com base em sua manifestação ou, quando muito, temperado esse depoimento com eventuais outros indícios existentes nos autos”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. P 467/468). “Parte da doutrina entende que as declarações do ofendido não têm natureza jurídica de prova, sendo meros esclarecimentos ao juiz. Contudo, diante da disciplina legal das declarações do ofendido no CPP, prevalece o entendimento que se trata de um meio de prova. Todo o meio de prova tem valor relativo. Com maior razão, no caso da oitiva do ofendido, suas palavras devem ser recebidas com grande reserva, pelo seu inegável interesse no resultado do processo. Quem foi vítima de crime, ao prestar suas declarações, pode ser levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção e narrar os fatos que lhe pareçam convenientes e não como eles efetivamente ocorreram. Embora não se possa excluir, a priori, o valor das declarações do ofendido, justamente por se tratar de prova precária e muito sujeita a distorções, a declaração do ofendido, quando isolada e sem estar corroborada por outros elementos de prova, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para a condenação”. (BADARÓ, Gustavo Henrique: **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.466-467).

¹⁰⁷ “Ausência de indícios suficientes de autoria. A vítima não imputou a autoria delitiva aos réus, tendo afirmado que foi vítima de uma “bala perdida”. Além disso, nenhuma das testemunhas ouvidas mencionou serem os réus os autores do fato. A testemunha que supostamente estaria se relacionando com o ofendido e com um dos réus, fato que, segundo a hipótese acusatória, teria motivado o crime, não foi ouvida em juízo, não sendo esclarecido o ponto, portanto. O depoimento da mãe do ofendido não é claro e, pelo que parece, baseia-se no que ouviu *dizer*, não tendo nada presenciado. Insta destacar a necessidade de cautela nos depoimentos “por ouvir dizer” (hearsay testimony), ante a sua reduzida carga probatória. Para a pronúncia são necessários indícios SUFICIENTES de autoria delitiva. O substrato probatório produzido em juízo enfraquece a acusação, que não restou suficientemente demonstrada a ponto de submeter o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri”. (RIO

contraditório, não deveriam, depois de realizada a instrução processual na primeira fase do procedimento do júri¹⁰⁹, embasarem de forma isolada a pronúncia.

Não se olvida, com toda essa abordagem, que a decisão de pronúncia se mostra como um segundo filtro à acusação formulada, porém, não se pode ultrapassar tal premissa sem questionar o fato de que suas exigências se mostram próximas das requisitadas para o recebimento da denúncia, onde materialidade e indícios de autoria compõe a *justa causa* a autorizar a abertura de ação penal contra um acusado. O limite probatório “a mais” exigido pela decisão de pronúncia é mínimo se comparado com o analisado pelo recebimento da acusação, fixando-se na “suficiência” de indícios de autoria, uma vez que na prática, a materialidade, por vezes, já vem demonstrada nos autos do próprio inquérito policial.

Uma imprecisão com relação à análise dos indícios suficientes de autoria perpassa pela prática do procedimento de júri, uma vez que a decisão de pronúncia será prolatada após a instrução judicial, realizada sob o crivo do contraditório e ampla defesa, o que por si só transforma os elementos ali colhidos em prova, confirmando ou não os atos indiciários até então recolhidos nos autos. Importante mencionar que no “*direito vivido*”, poucas são as oportunidades de se renovar a instrução perante os jurados, seja pela falta de interesse ou limitação legal, na (re)oitiva de todas as testemunhas arroladas com a acusação e a peça

GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 70062523220 (Nº CNJ: 0444885-39.2014.8.21.7000)**. 3ª Câmara Criminal. Rel. Diogenes V Hassan Ribeiro. Julgado dia 03/12/2015. No mesmo sentido é o alerta da doutrina: “(...) o chamado hearsay testimony é a testemunha do 'ouvi dizer', ou seja, aquela pessoa que não viu ou presenciou o fato e tampouco teve contato direto com o que estava ocorrendo, senão que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato. No nosso sistema, esse tipo de depoimento não é proibido, mas deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade. É ainda bastante manipulável e pode representar uma violação do contraditório, eis que quando submetida ao exame cruzado (cross examination) na audiência, não permite a plena confrontação, afinal, sobre o fato, ela nada sabe, apenas se limita a repetir o que ouviu e, eventualmente, fazer juízos de valor sobre isso (o que é vedado pela objetividade). Há ainda o imenso risco de existir uma verbalização ampliada, até para valorização do papel assumido”. (LOPES JR, Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. **Coluna Limite Penal**. Conjur: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>>. Acesso em: nov. 2017.)

¹⁰⁸ “O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como atos de investigação e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório.” (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 326).

¹⁰⁹ Art. 411 CPP: Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. **§ 3o Encerrada a instrução probatória**, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

defensiva, seja pela falta de tempo para melhor debater as provas (em processos sejam eles complexos ou não).

Ao se analisar um instituto com base em teses doutrinárias, em sede de processo penal nos parece que a prática deva estar mais presente, a representar as dificuldades enfrentadas pelos atores técnicos no decorrer da persecução penal como um todo, e a falta de alcance do acusado às garantias constitucionais que lhes são conferidas. A exemplificar, não há negativa na doutrina com relação à presunção de inocência ser pilar fundamental do processo penal, devendo ser observada, mormente, nos momentos decisórios. Entretanto, a decisão de pronúncia cristalizou, por construção jurisprudencial, a superação da dúvida *pro reo* pela *pro societate*, sob o fundamento de que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é dos jurados, e não do magistrado a quo. Porém, ao eliminar a possibilidade de filtro pró-acusado neste momento decisório, com o reconhecimento de dúvida a seu favor, transforma o magistrado em uma espécie de “*Pôncio Pilatos*”, ao “lavar as mãos” quando deveria decidir, uma vez que de posse de uma instrução processual realizada. Não poderá (o juiz) fazer qualquer melhor análise do contexto probatório, honrando com a aplicação do direito fundamental à presunção de inocência do acusado, a fim de não ferir a competência constitucional atribuída aos julgadores leigos, remetendo-lhes um processo com decisão afirmando “indícios suficientes de autoria”, sem enfrentamento acerca da dúvida *pro reo* que por ventura exista no feito.

Importante dizer que a observância da garantia da presunção de inocência na decisão de pronúncia em nada macula a competência dos jurados para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Se há a permissão legal de filtro na divisão de fases do procedimento, com abertura de possibilidade de recurso de tal decisão, por óbvio que a dúvida do magistrado acerca do caderno probatório formado nos autos segue para além de justificar indícios suficientes de autoria, devendo obrar em favor do acusado, afirmando a principiologia constitucional acerca dos direitos fundamentais.

O objeto da dissertação passa ao largo da desconstituição da decisão de pronúncia, buscando responder, se indícios suficientes de autoria permitem a superação da presunção de inocência neste momento decisório, sob o argumento de um julgamento “pró-sociedade”¹¹⁰.

¹¹⁰ Sobre o contexto do *in dubio pro societate* já trabalhado no primeiro capítulo, o qual reforça o viés inquisitório do processo quando atribui ao processo função política de segurança pública: “Não se pode punir um

Neste contexto, e pelo todo já antecipado, importante se faz a análise das diferenças pontuais entre provas e indícios, a reforçar ou não, o argumento da garantia da presunção de inocência como norma de juízo, no momento da prolação da decisão de pronúncia.

2.1 DIFERENÇAS PONTUAIS ENTRE INDÍCIOS E PROVAS:

Trabalhar indício como prova decorre da interpretação da lei. A disposição do art. 239 do CPP autoriza tal afirmação ao expressamente mencionar que “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.” LOPES JR¹¹¹ ensina que o legislador ao mencionar o termo “indícios”, o faz colocando-o como uma prova menor, com um menor nível de verossimilhança.

De fato, indício é um fato passado provado, ocorrido, que trabalha com a probabilidade de hipóteses, a partir de sua identificação. No contexto de um processo penal democrático, trabalhado e estudado sob as lentes constitucionais e diretrizes internacionais de direitos humanos, poder-se-ia dizer que no curso do procedimento só há lugar para validar provas submetidas ao devido processo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O papel dos indícios neste ambiente seria o de impulsionar investigações sobre as hipóteses por eles levantadas. Em confirmada a hipótese acusatória, através dos meios de provas, lograria êxito a

cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 501).

¹¹¹ “É verdade que o CPP emprega a expressão indícios em diversos momentos, mais especificamente nos arts. 126 (indícios veementes para o sequestro de bens), 134 (hipoteca legal), 290 (ao definir a perseguição do suspeito), 312 (prisão preventiva) e 413 (pronúncia). Contudo, em todas elas o legislador emprega o termo “indícios” como uma prova menor, um menor nível de verossimilhança”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 707) No mesmo sentido: “Os indícios são comprovações indiretas, sem efeito direto na questão criminal, mas que operam no imaginário forense, às vezes com força de prova”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p 721.) Em sentido contrário: “O indício não é uma prova “menor”, mas uma prova que deve ser verificada. O indício é idôneo para apurar a existência de um fato histórico delituoso somente quando presentes outras provas que excluam uma diversa reconstrução do acontecimento”. (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.)

acusação em seu ônus de provar a culpa do acusado, culminando na sua condenação. Não obtendo sucesso na confirmação da acusação, o réu seria absolvido, mantendo seu estado de inocência.

Contudo, parte da doutrina e da jurisprudência pátria enfrentam os indícios atribuindo-lhes valor igual *que qualquer outra prova, em face ao princípio do livre convencimento*¹¹², desde que o juiz bem fundamente a sua decisão. Entretanto, a Suprema Corte Brasileira sustenta, ainda, em seus acórdãos, que os indícios coletados na fase investigativa devem ser comprovados nos autos do processo através da colheita de provas.¹¹³

“Indícios”, na língua portuguesa¹¹⁴ significam: *circunstâncias que estabelecem uma relação com o crime, sendo, a partir delas, possível estabelecer hipóteses sobre os culpados ou sobre a maneira como o crime foi cometido; as indicações de que algo ocorreu ou existiu; marcas deixadas por alguém ou por alguma coisa*; MOURA¹¹⁵ conclui como

¹¹² “Já se afirmou que os “indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento”. O julgador deve sopesar todas as provas produzidas, sem prevalência de uma sobre a outra, expondo, exaustivamente, na sentença, os motivos que o levaram ao convencimento”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. 6ª edição. Editora Saraiva. 2014. p 506). No sentido de interpretar indício como prova: Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1352854/RS**. Rel. Moura Ribeiro. Julgado dia 25/02/2014: RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EM PROVAS COLHIDAS NA FASE POLICIAL – DESPRONÚNCIA PELO TRIBUNAL “A QUO” – IMPOSSIBILIDADE – INDÍCIOS DE AUTORIA – PRONÚNCIA QUE NÃO EXIGE JUÍZO DE CERTEZA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Na linha de precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível admitir a pronúncia do acusado com base em indícios derivados de provas colhidas no inquérito policial, desde que não sejam contrárias às demais provas produzidas na instrução criminal. 2. A pronúncia encerra a fase de formação da culpa, exigindo, além da prova material do fato, indícios suficientes de autoria ou de participação no ato criminoso, prescindindo de um juízo de certeza neste aspecto. 3. Recurso especial provido.

¹¹³ Supremo Tribunal Federal. **AP618/RJ**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “os elementos do inquérito podem influir no formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE nº 425.734-AgR/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 28/10/05; HC nº 103.092/RJ, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 4/5/12; HC nº 114.592/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 26/3/13; HC nº 119.315/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 13/11/14; HC nº 125.035/MG, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 8/4/15) AP618/RJ ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 01-06-2017 PUBLIC 02-06-2017;

¹¹⁴ Dicionário on line de Língua Portuguesa. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/indicios/>>;

¹¹⁵ MOURA, Maria Thereza de Assis. A prova por indícios no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7; Quanto a obra da referida Autora é importante colocar que a mesma foi escrita em 1992, objeto de sua dissertação de mestrado junto a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Contextualizar a época em que foi escrita se faz necessário, uma vez que há no corpo da obra menção aos poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade, ainda que processual e certeza moral, no curso do processo penal, temas que vêm sendo debatidos à luz do texto constitucional, e preteridos em virtude da pretensão de adoção do sistema acusatório no âmbito do processo penal brasileiro. No mesmo sentido, de trabalhar indício como prova e a busca da verdade dos fatos no processo: “O prestígio da prova indiciária deve-se não apenas ao crédito conferido aos indícios, mas

significado do termo “indício”, a sua ligação com atividade probatória, e sob tal aspecto pode tanto ser equivalente a um fato base de uma presunção quanto objeto da chamada prova por indícios ou circunstancial.

Em sendo o indício relacionado com vestígios, sinais, presunções e prova circunstancial, é possível afirmá-lo como um fato passado, ocorrido, o qual sendo retirado de uma cena de crime sugere hipóteses (probabilidades) a serem perseguidas pelo agente policial, com a finalidade de elucidar¹¹⁶ *por quem e como* o crime foi cometido. Ensina FERRAJOLI¹¹⁷, que quanto maior for o número de exercícios de dedução para induzir da

também à desconfiança que, em determinadas situações, provas como a testemunhal acarretam; Ora. Tendo um procedimento de prova como objectivo principal a investigação dos factos da causa, há que apurar como se chega até a verdade desses factos. Em alguns casos, esta verdade surge através da simples percepção do acontecimento, ou seja, mediante o que se pode designar por prova de observação. Na maioria dos casos, porém, o conhecimento não é directo. A prova, neste caso, será apenas uma inferência que se realiza a partir de outros enunciados”. (PINTO, Marta Sofia Neto Morais. A prova indiciária no processo penal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. V. 32. N. 128. 185-222, out/dez 2011). “L’indizio è inteso non come un qualcosa che dimostra meno della prova, ma semplicemente come una prova piena non ancora completamente verificata, non ponendosi in discussione la sua forza probante bensì l’incidentalità e l’incompletezza della relativa verifica processuale. Pertanto, indizio è qualsiasi lemto di prova già acquisito agli atti che, conformemente assunto nel giudizio, sarà prova. Una prova in formazione ma non per questo meno convincente di quella attuale”. (BATTAGLIO, Silvia. Indizio e prova indiziaria nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano. V. 38. p. 375-436. 1995). “El indicio es una prueba que consiste en el hecho conocido, y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que le permiten al juez darle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata” (CORTÉS COTO, Ronald. La prueba indiciaria. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica**. Turrialba. N. 2. p. 271-292. Anual. 2010).

¹¹⁶ “Los indícios son acontecimientos (el acusado que es examinado, tiembla, balbucia, palidece) o cosas (manchas em el vestido), útiles para el cálculo semiótico; los permanentes constituyen vestígios de donde investigo; aun quando sean obra del hombre, voluntaria o no, interesan como puros fenómenos, encuadrables dentro de los sistemas inductivos”. (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Editorial Themis. 2000. p. 26). “Há certa confusão entre indícios, presunções e suspeitas, já que os indícios são rastros, provas materiais, vestígios, fatos externos ao caso, que por indução-dedução, pode auxiliar na verificação da hipótese acusatória; o conjunto de indícios deve ser suficientemente, harmônico, encadeado e provado”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 722).

¹¹⁷ “De que é prova, por exemplo, o fato de Tício atestar que viu Caio sair brandindo um punhal ensanguentado da casa de Semprônio, pouco antes deste ser encontrado morto com uma facada no coração? De tal fato é possível passar às seguintes inferências: Tício poderia haver mentido para desviar as investigações e acobertar a si mesmo ou a um seu protegido. Admitindo-se que tenha sido sincero, poderia haver-se enganado pela escassa visibilidade, confundindo Mévio com Caio. Admitindo-se que tenha dito a verdade, a suspeitosa atitude de Caio poderia ser explicada pelo fato de que estava perseguindo o assassino, depois de havê-lo desarmado, ou talvez, por uma desagradável coincidência. Sem contar que, se o testemunho é extraído de uma ata, Tício poderia não haver declarado que na realidade que vira Caio, mas, suponhamos, uma silhueta parecida com Caio, e que sua declaração poderia haver sido mal interpretada por quem a tomara”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 126). No mesmo sentido trabalha CORDERO: “A veces indicio significa conclusiones más o menos probables sobre alguna cosa; citando Carpzov: excluye que la desaparición repentina del abultamiento em la mujer baste para someterla a la tortura

prova a conclusão da responsabilidade pelo delito que é causa, tanto menor será o grau de probabilidade de sua ocorrência nos moldes pretendidos. A contrário sensu, quanto menor forem as inferências e, a existência de várias provas e/ou indícios concordantes entre si, maior será a probabilidade de ocorrência do fato criminoso como se supôs em uma das linhas de investigação.

Entretanto, na prática forense o que se percebe, nas fundamentações de decisões, é a dificuldade que o magistrado tem de se desvincular dos elementos trazidos aos autos com o

como indicio de una parto clandestino, seguid de infanticidio, pues tumores en el útero tienen síntomas semejantes”. (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Editorial Themis. 2000. p. 21-24). “A gravidade dos indícios está relacionada ao grau de convencimento, ou seja, é grave o indício que é resistente às objeções e que tem, portanto, elevada persuasão. É necessário, pois, que a máxima de experiência formulada expresse uma regra que tenha amplo grau de probabilidade. Os indícios são precisos quando não são suscetíveis a interpretações diversas. Mas, sobretudo a circunstância intermediária deve ser amplamente provada; caso contrário, há o perigo de se construir um castelo de argumentações lógicas tendente a desmoralizar em razão dos próprios alicerces. Os indícios são consonantes quando convergem todos para a mesma conclusão. Não devem existir elementos contrastantes. Se estes permanecem, deve ser excluída qualquer conclusão deles decorrente.” (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 58). “Aqui está um teorema geral, que pode ser de muita utilidade para calcular a certeza de um fato e, sobretudo, o valor que têm os indícios de um delito: Quando as provas de um fato se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios do crime não se mantêm senão apoiados uns nos outros, quando a força de inúmeras provas dependem de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai na probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, se destruí a única prova que parece certa, derrocamos todas as demais. Quando porém as provas independem umas das outras, isto é, quando cada indício pode ser provado separadamente, quando mais numerosos forem esses indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes. Não se admirem de ver-me empregar a palavra probabilidade ao tratar de crimes que, para merecerem um castigo devem ser comprovado”. (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret. 2ª edição. 2008. p. 27/28). “El indicio debe llevar, necesariamente a concluir en que, probado un hecho conocido como antecedente, este indicio o rastro, sirva para demostrar razonablemente, que es su consecuente inconcuso, no probable. Mucho ha sido lo que se ha escrito sobre esta clase de medio de prueba o que lleva a demostrar que la dificultad de su atención, reside necesariamente en su valor conviccional. Es que los indicios, como bien decían los viejos códigos rituales inquisitivos, deben ser serios, concordantes, decisivos, de modo tal que la concatenación de todos ellos, conduzcan necesariamente a la conclusión a la que se arriba, sin posibilidad de otra distinta. Los indicios son el hilo conductor que permite a quien usa de ellos, llegar a una conclusión razonable. Pero por no ser una prueba directa, debe ser usada de modo medido, confrontando su fuerza conviccional de tal naturaleza que no permita confundirla con un acto intuitivo de quien lo está meritando”. (RODRIGUEZ, Mariano A. *La Prueba de los indicios*. Pensamiento Penal y Criminológico. **Revista de Derecho Penal Integrado**. Córdoba. V. 3. N. 5. p. 351-359. 2002). “Indícios são provas inderectas através dos quais se chega a partir de um facto certo a um novo facto dito incerto, com recurso a máximas da experiência, permitindo a prova da existência ou inexistência deste facto por força da indução. É, assim, notável a importância dos indícios no processo penal, já que seu uso é necessário, e por vezes, até automático em raciocínios de valoração da prova. O indício é um verdadeiro objeto de prova. Na maioria das ocasiões, e contrariamente ao que se poderia pensar, a prova judicial exige o recurso a um raciocínio indutivo, onde o recurso a leis probabilísticas estabelece que se as provas são verdadeiras é provável que também as hipóteses o sejam. Ora, isto acarreta consequências para o modelo judicial de prova, porque se está a admitir a natureza falível dos resultados probatórios, o que torna necessário que se tomem precauções metodológicas para que os resultados sejam aproximados da verdade. Se se pode questionar a falibilidade das provas produzidas em âmbito judicial, perante o crivo do contraditório e ampla defesa, com muito mais motivo é preciso questionar a credibilidade atribuída aos indícios”. (PINTO, Marta Sofia Neto Moraes. *A prova indiciária no processo penal*. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. V. 32. N. 128. 185-222, out/dez 2011).

inquérito policial, atribuindo “força” aos indícios existentes¹¹⁸, se estes servem a embasar a tese escolhida. O risco de utilização de atos praticados durante o inquérito policial, produzidos sem contraditório, por vezes a darem guarida a uma única linha de investigação, é culminar em condenação, através de uma retórica bem construída, que será confirmada sob o argumento de que a valoração dos indícios é possível no corpo da sentença ante o princípio do livre convencimento do juiz.

Tal raciocínio se sedimentou, uma vez que calcado em ideais construídos ao longo do tempo. A mesma Revolução Francesa que proporcionou a inversão do eixo praticado com o processo penal naquela época, com a afirmação da presunção de inocência dos acusados durante todo o procedimento processual, foi a que eliminou o sistema da prova legal, “estabelecendo o regramento de que os juízes e jurados devem julgar segundo sua íntima convicção”¹¹⁹.

¹¹⁸ “¿Existe o no existe carga de la prueba en el proceso penal? Siempre se ha dicho que en proceso penal no existe carga de la prueba porque el principio de la presunción de inocencia desvirtúa este concepto. Pero la realidad cotidiana demuestra que si es posible hablar de carga de la prueba en el proceso penal, aunque con un contenido diferente al que tiene en el proceso civil como es lógico, dada la diversidad de principios que rigen en ambos procesos”. (COLOMER, Juan-Luis Gómes. **Temas Dogmáticos Y Porbatórios de Relevancia em el proceso penal del siglo XXI**. Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010. p. 13). Segue o autor no raciocínio para afirmar a carga da prova para a acusação, e também para a defesa, em casos de comprovar uma excludente de ilicitude, v.g., e também afirma que o juiz pode valorar a prova em caso de dúvida, e absolver o réu com base no *in dubio pro reo*. Não há contraponto nestas afirmações em relação à dissertação, onde tal pensamento só vem a afirmar as conclusões de que o livre convencimento motivado do juiz permite valoração de prova, mas nunca com base em indícios alheios ao conjunto probatório, sem o confronto com sua probabilidade de ocorrência nos exatos termos apresentados nos autos. No mesmo contexto: “A força probante de um indício será tanto maior ou menor consoante seja mais ou menos estreito o nexos lógico e prático entre o fato indiciante e o fato probandum. Para que tenham valor probatório, os indícios devem, consoante situações, serem plurais, estarem provados, gozarem de precisão, disporem de relevância e estarem em concordância ou conformidade com o fato provado”. (PINTO, Marta Sofia Neto Morais. A prova indiciária no processo penal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. V. 32. N. 128. 185-222, out/dez 2011).

¹¹⁹ MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 23. No mesmo sentido: “Também apelidado de prova moral ou da íntima convicção, o princípio da livre apreciação foi ganhando dimensão a partir da Revolução Francesa de 1789 sendo, actualmente, uma das balizas mestras do sistema processual penal na generalidade dos Estados de Direito, por contraposição ao sistema da prova legal, historicamente surgido como uma reação extremada ao sistema da convicção íntima, onde subsistiam grandes arbítrios, já que o juiz podia sempre decidir “*secundum conscientiam*”, apesar da *prova poder ser consciente e ter sido correctamente produzida*. Sobre a história do abandono do sistema de prova legal pelo da livre valoração da prova”. (PINTO, Marta Sofia Neto Morais. A prova indiciária no processo penal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. V. 32. N. 128. 185-222, out/dez 2011). “En el derecho continental, esta rebelión se basó, en gran medida, en la creencia de que el valor de las pruebas era una cuestión demasiado compleja como para someterla a las rendas del legislador y sujetarla a corsés normativos. En el período de la Revolución Francesa, el asalto al derecho probatorio romano-canónico – ya iniciado por los filósofos iluministas – fue proseguido por los políticos revolucionarios, que lo acusaron de muchos males, reales e imaginarios, de la justicia del ancien régime, convirtiéndose la misma idea de prueba legal en algo intelectualmente desacreditado y

Possível afirmar que ao menos com relação aos juízes togados, houve evolução no tocante ao sistema de enfrentamento de provas, com o princípio do livre convencimento motivado, restando aos jurados brasileiros, até hoje, a possibilidade de julgar por íntima convicção, ante a exposição de todo o conteúdo da persecução penal. Por tal motivo é que a preocupação com o conteúdo de provas e decisões que chegam as suas mãos quando do julgamento em plenário deve ser constante e enfrentado dentro das premissas do processo penal democrático.

Retomando a questão do livre convencimento motivado dos magistrados, afirma MOURA¹²⁰, que esta foi a verdadeira transformação da prova indiciária, ao fazer da livre valoração da prova pelo juiz associada ao seu dever de justificação, por meio da motivação da sentença. Segue, afirmando, que o indício, “se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual à das demais provas”. Conclusão com a qual não concordamos, por entendermos que indícios não podem ser objeto de enfrentamento como se provas fossem, uma vez que não expostos ao ambiente do contraditório e ampla defesa, sendo meramente elementos prováveis, impulsionadores de

políticamente sospechoso. Tras el tumulto revolucionario, el esquema romano-canónico fue rechazado, y la principal inspiración para el nuevo régimen probatorio se convirtió en el llamado principio de la libre valoración de la prueba, que pronto se consagró en el derecho continental como la piedra angular de la administración de justicia ilustrada”. (DAMASKA, Mirjan. R. **El Derecho Probatorio a La Deriva**. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 37). “Il principio del libero convencimento, inteso come regola concernente la valutazione della prova penale da parte del giudice, costituisce, indubbiamente uno dei pilastri della procedura penale del continente europeo. Gli ideali di libertà e di razionalità, rivendicati quale espressione dei principi naturali che collocano in primo piano l’individuo e il buon senso comune coesistente al suo agire, sono figli della cultura dell’illuminismo europeo”. (AMODIO, Ennio. **Processo Penale Diritto Europeo e Common Law**. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè Editore. 2003. p. 121-122).

¹²⁰ “A verdadeira transformação da prova indiciária no Direito moderno, como anota Gianturco, se fez quando a livre valoração da prova pelo juiz se associou ao dever deste em justificar seu juízo, por meio da motivação da sentença. O indício, com isso, se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual às outras provas”. (MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 23). No sentido crítico: “(...) não há liberdade de atuação do juiz no livre convencimento motivado, quando da análise do caderno probatório para fins de decisão: enquanto ao historiador é permitido ilimitado alargamento da pesquisa, enquanto não estiver plenamente convencido sobre a real ocorrência dos eventos investigados ou elaborar conclusões provisórias, sujeitas a revisão ou mesmo dar-se por vencido, diante da inviabilidade de uma reconstrução segura, ao magistrado essas condutas estão vedadas, devendo sempre chegar a uma decisão, que com o trânsito em julgado se tornará imutável. O magistrado tem sua atuação disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação dos elementos probatórios; basta pensar na observância do contraditório”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p. 44-46).

investigação de versões para um crime, a serem analisados posteriormente em conjunto com os demais componentes colhidos no contexto investigatório¹²¹.

Trabalhar com indícios é manejar com conceito de probabilidade, conforme já exposto. Toda investigação começa pela apreensão ou apresentação de um indício a ser verificado, seja ele um corpo, um projétil, seja através de elementos de uma denúncia anônima. Contudo, trabalhar com probabilidades também exige cuidado¹²², e por isso que se afirma que os indícios devem impulsionar uma persecução, mas também devem ser confrontados com outros elementos durante a fase investigativa e, posteriores provas sob

¹²¹ “No subjogo dos indícios, as armadilhas cognitivas podem ser mais evidentes, especialmente quando informado pela perspectiva inquisitória e da premissa das hipóteses sobre os fatos (dissonância cognitiva) potencializando-se a eficácia dos indícios. A incidência do viés “satisfatoriedade”, entendida como a possibilidade de nos darmos por satisfeitos com um mínimo de aceitabilidade, deve ser a variável a ser considerada pelos jogadores/julgadores. Por ele, examinando certo número de elementos indiciários, premiados pelos mais diversos fatores, dentre eles a pressa e o contexto dos jogadores (heurísticas e vieses) o julgador pode se convencer ou não da responsabilidade penal. Ter a habilidade de incentivar a manutenção da atenção para novos fatores ou mesmo a composição argumentativa entre vários, pode fazer toda a diferença”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. P. 722/723).

¹²² Alerta o doutrinador GOMES FILHO, através de exemplos, sobre a adoção da probabilidade matemática aplicada em processos penais, o que levaria ao enfraquecimento da presunção de inocência e a uma desumanização da justiça criminal, com a alienação do sistema penal da reconstrução história com o intuito de buscar a verdade histórica: “O caso paradigma foi o processo *People v. Collins*, que pode ser assim resumido: uma senhora foi assaltada em Los Angeles e declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e “rabo de cavalo”, sair do local do crime e entrar em um automóvel amarelo, dirigido por um homem negro com barba e bigode; dias depois, policiais conseguiram prender um casal com essas características, mas no julgamento tanto a vítima como a testemunha não puderam reconhecê-los; além disso, a defesa trouxe prova de que a acusada usava roupas claras no dia do roubo, enquanto a vítima e testemunha diziam que a moça que viram vestia roupas escuras; finalmente os acusados também apresentaram um álibi, confirmado por uma testemunha de defesa. A acusação serviu-se de um perito matemático que, com base nas características apontadas – automóvel amarelo, homem com bigode, moça com rabo de cavalo, moça loura, negro com barba e casal negro-branca no carro – e aplicando a esses dados as respectivas probabilidades de ocorrência, fundadas em estatísticas, multiplicou-as para extrair a conclusão que somente existia uma possibilidade, em doze milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos. Com base nisso, o júri condenou os acusados. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão dos jurados, entendendo o argumento trazido pelo perito matemático, por várias razões: primeiro porque não havia base probatória suficiente para amparar as possibilidades individuais alegadas pela acusação, depois, mesmo porque estivessem corretas, a multiplicação delas somente seria possível se cada um dos fatores fosse absolutamente independente”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p.49-50). No mesmo sentido: Uma vez que a ideia de uma verdade relativa é vaga, uma definição muito comum de tal verdade é fundada em termos de probabilidade. A teoria quantitativa da probabilidade tem sido usada tradicionalmente como uma moldura conceitual a fim de explicar a noção de verdade judicial e o papel e o peso das provas no contexto da tomada de decisões judiciais. Essa forma de aproximar os problemas dos meios de prova e do valor da prova segue sendo duvidosa e controversa. Em verdade, diversas críticas têm sido lançadas contra a teoria da prova calcada na probabilidade quantitativa ou estatística. Diz-se, por exemplo, que em muitos casos essa não pode ser aplicada; que essa produz imagens pouco confiáveis de diversas situações probatórias; que seu instrumental matemático é por vezes incorreto, inútil e fictício, entre outras críticas”. (TARUFFO, Michele. **A Prova**. Editora Marcial Pons. 2014. p. 30-32).

contraditório, a fim de se tornarem prováveis de terem contribuído para a versão afirmada nos autos, se condenatória ou absolutória, ou reconhecedora de dúvida a favor do réu por insuficiência probatória.

Talvez o que conduza a manejar indício como prova, seja a sua aproximação com o que pode ser considerado uma evidência¹²³. O que é evidente, provado está. Não se olvida da capacidade de provar um determinado fato de um indício, por exemplo, projéteis na rua em um ambiente onde ocorreu um crime são indícios provados de que houve tiros deflagrados, mas não servirão de prova nos autos de um processo penal sem uma perícia a afirmar que pertencem a uma arma em específico, e que esta estava na posse do suspeito no momento dos disparos no local onde foram encontradas as cápsulas. Neste sentido, mesmo dizendo-se “evidente o que dispensa a prova”, é certo afirmar, como o faz MARTINS¹²⁴, que a “evidência instaura um desamor do contraditório”, e ainda assim, como o direito não trabalha de forma linear, é necessário se confrontarem os índices de “porosidade de constrangimento à evidência”, os quais se encontram nas doutrinas acerca de provas e da verdade no processo penal. O confronto à evidência se dá por meio justamente da prova reclamada nos autos do processo penal, a qual, produzida sob o contraditório e a ampla defesa, ajudará na formação da convicção do julgador. “Porque provar é em boa medida, convencer”¹²⁵.

O método aplicado para valoração dos indícios coletados na cena de um crime, a conduzir uma investigação, talvez seja onde reside sua maior controvérsia. O método indutivo-dedutivo, na prática, vem sendo limitado a somente uma versão dos fatos, geralmente a que conduz o suspeito ao cometimento do fato delituoso, afastando-se de sua

¹²³ Cita-se somente a título ilustrativo, que no sistema da *common law*, os termos evidência e prova possuem significados diferentes e distintas abordagens. “A distinção entre evidence (elemento ou meio de prova) e proof (prova como resultado) torna clara a diferença entre os dados, as informações, as circunstâncias, os documentos, os enunciados e os conhecimentos que podem ser usados como premissa da decisão acerca dos fatos em litígio, por um lado, e as conclusões alcanças ou resultados obtidos. A distinção entre evidence e proof, e seu correspondente nos sistemas da civil law, aborda uma diferença conceitual fundamental. A noção de evidence vincula-se somente indiretamente com a questão da verdade judicial”. (TARUFFO, Michele. **A Prova**. Editora Marcial Pons. 2014. p. 33).

¹²⁴ “A premonição contra as insinuações processuais da evidência não se alcança mediante uma mera acentuação do caráter corretor da prova – porque a prova é sequestrável – mas sim de uma permanente atenção aos modos da prova ou, dito de outra forma, ao ambiente de captação e instalação da prova, que é onde verdadeiramente se joga a sua maior ou menor capacidade de filtragem. Processualmente falando, a prova tem que provar. Neste sentido, se dirá, por exemplo, que o “Estado Democrático de Direito” será, de fato, tanto mais democrático e de direito consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lesson. 3ª edição. Editora Atlas. 2013. p. 02-03).

¹²⁵ *Idem*. p. 5

essência investigatória, ao não analisar toda a cena e indícios coletados, bem como as versões dali exaradas. A crítica a tal método reside justamente no fato do investigador deduzir, pela indução dos indícios coletados, somente uma linha investigativa, e utilizar-se da conclusão para buscar evidências que sustentem a versão escolhida, quando a dinâmica deveria ser o contrário, de posse de todos os dados e linhas/versões de investigação, escolher a que melhor se enquadra no conjunto de indícios colhidos.

Conforme MOURA¹²⁶, ao adotar o método indutivo-dedutivo, indício resta conceituado como “todo o rastro, vestígio, sinal, e, em geral, todo o fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato conhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”. A crítica à adoção de tal método reside na superação da lógica cartesiana adotada para procedimentos processuais penais¹²⁷, conclusões rígidas que podem levar à presunções e preenchimentos de expectativas de acordo com a lógica interior e particular de quem é competente para a análise dos atos de investigação¹²⁸, o que fere a ideologia constitucional acerca das garantias de direitos humanos

¹²⁶ “É imperativo que o factum probans esteja completamente provado, conhecido, indubitado, para poder revelar o factum probandum. Caso contrário a inferência não poderá ser estabelecida. A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de existir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, a permitir o conhecimento do fato ignorado. O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato”. (MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 41). No mesmo sentido: “Nel procedimento indiziario gli indizi devono portare ad un convincimento che non deve avere conto di sé alcun dubbio ragionevole. A tal scopo occorre che l’indizio sia certo e non soltanto ipotetico, che la deduzione dal fatto noto rientri in un procedimento logico ispirato al massimo rigore ed alla più assoluta correttezza, e che, nel caso di pluralità di indizi, questi siano concordanti, nel senso che, volutati nel loro insieme, confluiscono in una ricostruzione logica ed unitária del fatto ignoto”. (LAURO, Nicola. Note in tema di prova indiziaria e presunzioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano. V. 23, p. 1408-1428. 1980). ALONSO, ao analisar os métodos de investigação do Direito Processual: conceitua intuição: “intuición: la palabra intuición viene de intuer, ver. Es el conocimiento directo e inmediato de una realidad. El pensamiento intuitivo, constituido por la percepción y recuerdo del objeto, se prolonga en el discursivo o tránsito de uno o varios pensamientos a otros, virtualmente contenido en ellos. El método inductivo comienza por observar los hechos, fenómenos y objetos concretos, y abstrae lo común para formular la ley. El deductivo parte de los principios abstractos (axiomas o teoremas) y generaliza para aplicarlos a los hechos, fenómenos y objetos concretos”. (ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. 2ª edición. Editoriales de Derecho Reunidas. 1997. Madrid. p. 402-403).

¹²⁷ “O raciocínio dedutivo que suporta os indícios mostra-se bastante superado, como superada está a lógica cartesiana e o determinismo. No sentido de preocupação com a aplicação de conceitos científicos rígidos como a indução-dedução no direito processual”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 707). No mesmo sentido: “Sin embargo, el método de conocimiento no basta por sí solo para la actuación del derecho, finalidad última de su existencia, porque el Derecho, como tantas veces se ha expuesto, es algo que existe para actuar en la vida”. (ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. 2ª edición. Editoriales de Derecho Reunidas. 1997. Madrid. p.421).

¹²⁸ “O processo, como jogo, deverá apontar pelas informações obtidas no seu decorrer, a comprovação da hipótese acusatória, declarada por decisão judicial motivada, tendo os indícios caráter importante, não raro

(presunção de inocência, devido processo, etc.) conferidas aos acusados submetidos a uma persecução penal.

Não se pode deixar de lado que na atualidade, todo crime cometido e imediatamente noticiado gera uma expectativa na sociedade para além do trabalho técnico a ser desenvolvido. Por vezes, com base no atendimento a tal expectativa, o trabalho de investigação ocorre de forma mais célere do que deveria, sendo atropeladas versões diversas da já criada na mente, não só do ator técnico competente (delegado/policial investigador), mas da população, a qual acompanha o desenrolar das investigações e processo. O preenchimento destas expectativas e o cuidado para não frustrá-las por vezes se torna maior que o conteúdo dos indícios coletados, o que justificará uma conclusão apressada do que eles mostram, ou da direção que apontam. Por todas essas questões é que o cuidado na interpretação e leitura de indícios se mostra importante, devendo os mesmos serem confrontados em instrução processual, com as provas colhidas em ambiente exposto à ampla defesa e contraditório¹²⁹.

coadjuvante, desde que coerente, para além da mera suspeita ou mesmo presunções ad hoc, como a inversão do ônus da prova, que não encontra respaldo quer na lógica, quer na Constituição”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 723). No mesmo sentido: MARTINS (citando Fernando GIL num primeiro momento): “A nossa expectativa antecipa o acontecimento. Nesse sentido, ela faz um modelo do acontecimento. Bem se pode dizer que sempre que o acontecimento previsto é constatado, estávamos de alguma forma “preparados” para a constatação. É isto, verdadeiramente, o sentimento de preenchimento. Ele corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um desejo e que, de uma maneira ou de outra, deve ser cumprido. Aflora, neste ponto, uma interrogação inquietante: qual a disponibilidade da expectativa para ver frustrado esse sentimento e para ser invadida pelo sentimento de insatisfação? Pouca, ao que parece. Deve, inclusive, supor-se que o horror da expectativa ao vazio, ao silêncio e à demora, traduz essa menor disponibilidade. A convivência da expectativa com a evidência radica aqui, nesta preferência pelo imediato. Um imediato que tem no argumento da celeridade uma expressão tópica. Trata-se, nesses casos, de comprimir a distância entre o expectável e o realizável, deslocando-se, se necessário for, o campo da experiência e a regularidade do que se repete, para o lugar do preenchimento”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lesson. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 8). No sentido de preenchimento de pensamentos formados pela intuição, quando da análise dos métodos de investigação do Direito: “Ya en el plano de la realidad percibida o recordada, cabe que tras de dos intuiciones de relación entre los hechos A-B, B-C, el espíritu establezca una nueva relación antes inadvertida entre A y C, a favor del elemento B, común a los anteriores, lo cual constituye una forma rudimentaria del discurso. La importancia que estos procedimientos generales del pensamiento tienen aplicados a la ciencia es enorme: Sobre una base de intuiciones, mediante las que el espíritu adquiere contacto con el real el pensamiento discursivo levanta un vasto edificio de razonamientos científicos. A veces, sin hacer intervenir la experiencia, agrupa juicios de manera que se establezca una relación de necesidad lógica entre las ideas: es la deducción. En ocasiones, apoyándose sobre la experiencia, pasa de lo particular a lo general, de los hechos a la ley: es la inducción”. (ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. 2ª edición. Editoriales de Derecho Reunidas. 1997. Madrid. p. 402-403).

¹²⁹ “A respeito do regime de expectativas: (i) a expectativa inspira-se no real e arranca dele, estimando-o enquanto campo da experiência (reduzido de tudo aquilo que costuma acontecer e repetir-se, segundo padrões de “normalidade”) por ela filtrado a fim de eleger o que pode presumir-se como expectável; (ii) dado que o expectável visa ser respondido, toda a expectativa antecipa um determinado preenchimento, podendo dizer-se

As regras de experiência contidas no conceito de indução podem acabar por prejudicar a conclusão acerca dos indícios escolhidos a sustentarem uma acusação, e no caso da abordagem da dissertação, a afirmarem uma acusação, a qual será exposta ao julgador leigo sem nenhum confronto sobre sua fundamentação e limitação legal.

Em face da argumentação construída até então, entendemos, em sentido contrário da conclusão que domina a doutrina e a jurisprudência, que os indícios não podem ser confundidos e tratados como se provas fossem, sequer podem ter valoração para além de impulsionar uma investigação ou, no caso de um conjunto de indícios fortes e justificados, amparar tão somente a justa causa de abertura de uma ação penal¹³⁰.

Partindo da premissa adotada pelo trabalho, qual seja o processo penal sob as lentes constitucionais, talvez a diferença pontual entre os institutos dos indícios e das provas,

que a projeção de um conhecimento prévio naquilo que há de vir é o modelo por excelência da parêntese expectativa/preenchimento; (iii) o sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um desejo e que, de uma maneira ou de outra deve, absolutamente, ser cumprido; (iv) o caráter alucinatório da expectativa radica tanto nesta vontade de preenchimento quanto na prévia instrução dessa vontade a partir de uma lógica do presumível; (v) em resumo, qualquer regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistêmica da evidência e compreende três coisas: um dado campo de experiência, um dado horizonte de expectativa e uma dada vontade de preenchimento. Um bom começo de reflexão é admitir que a gestão moderna das expectativas, por mais que apresente, ainda hoje, uma força de adequação notável à maioria das formas de vivência do tempo é, também ela, o resultado de um trabalho e de uma apropriação específica, historicamente situado daquele modelo”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 42-43). No sentido do processo penal como espetáculo e expectativas: “A descoberta de um delito transforma-se de uma dolorosa necessidade social em uma espécie de jogo apaixonante, como os jogos de caça ao tesouro. Jornalistas profissionais, diletantes e improvisados mais competem com as autoridades policiais e juízes durante a instrução do processo do que colaboram com eles. Essa degeneração do Processo Penal é um dos sintomas mais graves de uma civilização em crise, ficando difícil de enumerar todos os danos causados por essa falta de recato no Processo, a cujo dever o respeito é tão inerente e necessário como a nenhum outro dever cívico que se possa citar”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Editora Servanda. 2012. p. 68-69).

¹³⁰ “Mais adequado é, portanto, falar-se em funcionalidade dos indícios de acordo com o caminhar das etapas persecutórias para entender que sua utilização pode ser maior quanto menor o grau de definitividade do provimento que dele se utiliza; ou que seu uso pode ser mais expandido quando se tratar de “tutela” que não exija cognição exauriente sobre o conteúdo da acusação, a dizer, o próprio objeto do processo”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p.537). No mesmo sentido: “O primeiro momento da atividade persecutória identifica-se com a investigação destinada à preparação da ação penal, bem como à demonstração da seriedade da acusação (imputação + pedido de condenação). Para evitar a instauração de causa temerária, despida do menor suporte fático, buscam-se elementos aptos a convencer a Agência Judicial da existência de indícios de autoria e de prova da materialidade, o que legitima a persecução penal em juízo (2º momento)”. (CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2013. p. 293-294) Sobre justa causa para a ação penal: “(...)um instituto como a justa causa está mais do que nunca ligado à ideia de uma análise (filtro) prévio de existência ou não de critérios que informam a razoabilidade da persecução penal. O que está em avaliação – ou em cheque – é um critério de legitimidade de todo e qualquer ato persecutório-estatal diante da necessidade de o mesmo exibir uma (justa)causa”. (DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris. 2015. p. 332-333).

seja justamente a necessidade de que para a formação destas a observância do contraditório e da ampla defesa seja indispensável¹³¹.

Para reforçar tal axioma constitucional¹³², necessário que se entenda e se ultrapasse a ideologia inquisitorial que ainda vive em nosso código de processo penal. A cultura de atribuir a indícios valor de prova com o fim de justificar máximas como o *in dubio pro societate*, em momentos processuais como a decisão de pronúncia, emerge da ideologia arraigada, ainda que de forma inconsciente, dentro dos atores da persecução, e da expectativa popular com o processo penal.

Conforme já mencionado, o processo penal se presta a uma *aproximada* reconstrução de fatos passados, e tal ato se dá através das provas ali produzidas, as quais devem ser *produto obtido pela atividade de partes legítimas, com o emprego de meio lícito, em contraditório, perante o juiz da causa*¹³³. Ademais, o caderno probatório formado dentro do ambiente democrático é que vai fornecer ao magistrado elementos para formação de sua convicção, quando da prolação de uma decisão.

Neste contexto, a valoração de provas colhidas sob o crivo do contraditório se consolida ante a credibilidade de exposição e debate de seu conteúdo, culminando em decisão fundamentada do magistrado. Afirma LOPES JR¹³⁴ *que os dois pólos da garantia do*

¹³¹ “O regime da prova não pode ser lido conforme as disposições equivocadas do CPP (art. 155 e sgts.), mas de uma maneira constitucionalizada”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Empório do Direito. 2017. p. 716).

¹³² BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, LV: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹³³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 360-361. No mesmo sentido: “O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Neste contexto. As provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p.535).

¹³⁴ “Ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova (...) uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 144). No mesmo sentido: “A efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração da Justiça. Para participar é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica (acusatória e não punitiva) articulada, e isso expressa a dificuldade prática, em certos casos, de distinguir entre reação e o direito de defesa”. (LOPES JR, Aury. **Direito**

contraditório são: informação e reação. O contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo.

No ambiente do contraditório processual, o magistrado, já de posse da versão acusatória (indícios colhidos na fase do inquérito, v.g.) dá ciência à defesa, para que, após obter a informação sobre os fatos até então expostos, se manifeste, se assim o quiser (em virtude do princípio do *nemo tenetur se detegere*¹³⁵). Proporcionar a palavra às partes sobre o

Processual Penal. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 233). No mesmo sentido sobre o princípio do contraditório: “Além do valor político de permitir que os sujeitos do ato de poder possam participar da elaboração de tal ato, o contraditório possui também um valor heurístico. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. No processo penal necessariamente haverá o contraditório, em razão da importância dos bens em jogo, pois a solução deste conflito de interesses relevantes exige, sempre, uma decisão oficial e segura, uma vez que a escolha da parte pode ser, e frequentemente o é, errada”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 54-56). “O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano audiatur et altera pars. O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrine. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. p. 55-57). “El juicio oral se domina por el principio de contradicción. Se comunicarán a los procesados las calificaciones, para que manifiesten también por conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación que a ellos se refiera, si están o no conformes con cada una, o en otro caso, los puntos de divergencia”. (GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales Del Proceso. V. II.** Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires. 1961. p. 141-144). “El debate contradictorio requiere, por lo menos, dos personas que intervengan ante uno que los modera, y presupone luchadores equivalentes, y triunfa el mejor. Para un debate contradictorio efectivo se requerían dos hechos: que la instrucción fuera absorbida en el debate, y que los correspondientes poderes pasaran a las partes. A Controversia Contradictoria Perfecta implica tres personas: actor público (todavía investigador: tal vez no actuará), acusado posible, juez”. (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal.** Tomo II. Editorial Themis. Bogotá. 2000. p. 201-205). GLOEKNER, ao citar a doutrina de Elio Fazzalari, sobre o processo penal como um procedimento em contraditório: “O valor do contraditório, centro do processo, consiste não apenas na efetiva participação na fase preparatória à decisão, seja esta atividade jurisdicional ou não, em pé de igualdade e fazendo valer suas razões. Mas também se concentra como fundamento da democracia e como valor essencial da liberdade. Talvez o grande mérito da concepção do processo como procedimento em contraditório esteja em transportar para o seio do processo o papel da dialeticidade, da democracia”. (GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal.** Salvador: Editora JusPodivm. 2013 p. 112-119). Citando também a doutrina de Elio Fazzalari: “A exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari, se dá em dois momentos. Primeiro com a informazione, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, num segundo momento, a reazione, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação. Logo, no caso do Processo Penal, o contraditório precisa guardar igualdade de oportunidades”. (ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos.** Univali. Vol. 11. N. 2. p. 219-233. jul-dez 2006).

¹³⁵ “O brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, em sua acepção literal, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, tendo aplicação prática como o direito de não produzir prova contra si mesmo. Deve ser entendido

material apresentado pela outra, é condicionante do contraditório. Diante do conteúdo informativo e explicitado às partes do material produzido nos autos, é que se reforça a valoração do que se nomina prova processual, cujo valor, em face da observância de garantia fundamental e democrática, se encontra em outro patamar que meros indícios captados em ambiente inquisitorial e unilateral.

Neste contexto é se vislumbra que apenas provas produzidas em ambiente de contraditório e de ampla defesa, poderiam, conforme sua força, superar a observância da garantia da presunção de inocência em um momento decisório, como o é a decisão de pronúncia¹³⁶.

Conforme GIACOMOLLI¹³⁷, “provar no processo é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato, num espaço e tempo razoáveis”, para que este possa formar seu convencimento (função da prova) sobre a questão fática exposta e ao final decidir sobre a responsabilidade penal do imputado. Segue o autor, “há necessidade de demonstração inequívoca, robusta e consistente para que, primeiramente, seja crível e, num segundo momento, possa ser exteriorizada pela fundamentação”.

As provas não dispensam a participação das partes em pé de igualdade. Ainda que uma prova seja produzida de forma unilateral por quaisquer das partes, sua inclusão nos autos do processo permitirá a manifestação da parte contrária, onde, após questionamentos ou

como um direito fundamental que gera garantias de liberdade frente ao Estado, exigindo um não fazer deste. Através dele, pretende-se proteger o indivíduo contra violências físicas e psíquicas quando utilizadas a fim de fazer o indivíduo colaborar com a colheita probatória”. (EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Análise Crítica, Doutrinária e Jurisprudencial. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2016. p. 35-36).

¹³⁶ “A presunção de inocência como norma de juízo impõe ao julgador, para todas as decisões penais que impliquem restrição a direitos do imputado, um dever de motivar de modo convincente suas escolhas. Analisando os elementos informativos que lhe são apresentados na fase de investigação preliminar ou as provas, em fase processual, deverá sempre decidir, resolvendo suas dúvidas fáticas com base no in dubio pro reo; p: 422-423: Dúvida não é convencimento. Convencimento é certeza quanto à materialidade e à autoria ou participação, para legitimar o envio do caso ao juiz natural do Tribunal do Júri, superando-se assim, mais um degrau cognitivo e anterior ao mérito. Não há que se falar em in dubio pro societate, porquanto impróprio, inconstitucional e imprevisito em nossa legislação”. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 539).

¹³⁷ “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 falta de razão da outra parte ou da insuficiência de elementos para proferir um juízo de condenação.” Tal conteúdo dialético só se forma com o contraditório, até então a unilateralidade do inquérito só serve a informar, nunca proporcionar substancial conjunto probatório, sob a nomenclatura de “suficientes indícios”. (GIACOMOLLI, Nereu. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. PRADO, Geraldo. SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova Penal**. Estado Democrático de Direito. Editoras Rei dos Livros e Empório do Direito. 2015. p.39-49).

silêncio consentido, apresentará substância suficiente a convencer de versão ou manter o magistrado em dúvida acerca do conteúdo dos autos. Diferentemente dos indícios, atos de investigação produzidos sem qualquer ingerência ou participação das partes no curso do inquérito, os quais são unilaterais desde a sua formação, realizados por um órgão administrativo, e por tal não podem ajudar no convencimento de magistrado em momento decisório. Assim sendo, ao confrontar provas e indícios e apontar sua pontual contradição e separação, in casu o princípio do contraditório, necessário se faz analisar como se dá a construção dos atos investigação e atos de prova no curso da persecução, a fim de acentuar ainda mais a separação entre o conceito e peso de ambos os institutos, no âmbito do processo penal.

2.2 DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO E ATOS DE PROVA:

A lei processual penal, ao permitir que se restrinja a liberdade de alguém, através de um decreto de prisão cautelar, ou a disponibilidade de bens, através da concessão de uma medida cautelar real, considerando para tal atos de investigação produzidos em ambiente policial, firma uma valoração de tais documentos para além de sua capacidade probatória. A sensação, uma vez que suportam prisões, constrição de bens e oitiva de testemunhas até, é de que a tais atos pode ser atribuída maior credibilidade no curso do processo penal. O inquérito policial acontece sem que estejam presentes as mínimas garantias atribuídas ao processo penal e expostas não só na Constituição Federal como em Tratados Internacionais de Direitos Humanos (exemplos: princípios do contraditório e da ampla defesa, presunção de inocência, fundamentação de decisões, imparcialidade do julgador, etc)¹³⁸. Por isso, ele não se presta a sozinho gerar uma condenação, nem tampouco, no nosso entender, a superar dúvidas que ainda por ventura existam na cabeça do magistrado após a realização da instrução processual, no caso de precisar decidir sobre o envio do acusado a júri popular ou não.

¹³⁸ “O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como atos de investigação e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. O inquérito jamais poderá gerara elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação”. (LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 323).

A verossimilhança que os atos de investigação conferem às decisões cautelares, estas revestidas de provisoriedade, somente indicam uma “*fumaça de cometimento de um delito*” (*fumus comissi delicti*), sem um maior aprofundamento com relação a análise da materialidade e da autoria, com vistas, somente, a que o *processo penal possa se desenvolver de forma regular e consiga alcançar uma solução de mérito*.¹³⁹

Os atos de investigação, os quais iniciam com a coleta de indícios e ou vestígios da cena de um crime, correspondem a uma hipótese de ocorrência do fato, a disposição da investigação preliminar, gerando um juízo de probabilidade servido para formar a *opinio delicti* do acusador¹⁴⁰, ao argumentar a justa causa para a ação penal. Os atos que formam o conjunto de indícios, por serem praticados no âmbito do inquérito policial, não são alcançados, conforme já mencionado, pelos princípios que estruturam o processo penal democrático, e, portanto, tais elementos não podem ser utilizados, para fundamentar decisões judiciais que restrinjam direitos do acusado, com o uso de retórica argumentativa a lhes alterar o significado para “provas por indícios”, conferindo credibilidade probatória maior que possuem, justamente por em seu ponto de partida não estarem sob o controle das garantias essenciais que sustentam o processo penal democrático¹⁴¹.

¹³⁹ “(...) a apuração da necessidade cautelar está subordinada, entre outros requisitos: à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana; está sujeita a um regime de legalidade estrita e não pode ser expandida por meio de um poder geral de cautela; é limitada no tempo de modo a não constituir, por via transversa, pena antecipada”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2017. p. 726).

¹⁴⁰ LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 321.

¹⁴¹ “No contexto brasileiro, de mentalidade autoritária, parte-se da legitimidade dos atos administrativos tendentes à apuração de infrações penais, contaminando as fases posteriores. Entretanto, deveria acontecer justamente o inverso. A legitimidade da intervenção na vida, propriedade e liberdade dos sujeitos deve ser comprovada – pelo Estado – no decorrer do processo. Por isso, desde a regularidade do flagrante, todos os atos devem ser comprovados pelo Estado, e não presumidos”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 410-411). No mesmo sentido: “(...) o inquérito policial é um procedimento administrativo realizado pela polícia Judiciária, consistente em atos de investigação visando a apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares. Não visa a atingir certeza, mas sim um juízo de probabilidade. Há, pois, uma limitação qualitativa da atividade policial. Têm natureza inquisitória, sigilosa e forma escrita”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 122). “(...) o inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal. Como principais características do inquérito policial aponto o fato de ser um procedimento escrito, relativamente sigiloso e inquisitório, pois não admite o contraditório e a ampla defesa (...) Exatamente por isso é que as provas colhidas nesta fase precisam ser ratificadas em juízo, a fim de que se legitime um decreto condenatório”. (MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma Crítica a Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2015. p. 77-79). “As perplexidades e as restrições ao contraditório, resultantes da estruturação do denominado sistema misto, crescem de importância entre nós,

O risco que se identifica na prática forense, ao se permitir que atos de investigação possam ser utilizados em processos penais, como “complementares” ao caderno probatório formado na instrução processual, é a recepção do já trabalhado “princípio” do *in dubio pro societate*¹⁴², tanto para a decisão de pronúncia quanto na fase de recebimento da denúncia, como a apoiar a justa causa para a ação penal e seu prosseguimento. Ao pretendermos um processo penal democrático, precisamos superar não só a presunção de veracidade dos atos praticados no inquérito policial, pelo simples fato de os mesmos serem praticados em ambiente de “procedimento administrativo, sigiloso, não contraditório e sem exercício de defesa”, mas também a equivocada expressão *exclusivamente*, colocada no art. 155 do CPP, quando da reforma de 2008, na parte das provas, no código de processo penal¹⁴³. Valorar atos

quando se tem em conta que, no Brasil, as funções de instrução preparatória são desempenhadas pela Polícia judiciária, que não constitui um órgão do Judiciário, mas repartição administrativa, sujeita aos Executivos federal e estadual. A intervenção da acusação e da defesa é praticamente impossível nessa fase, especialmente se considerada a rotina da atividade policial, que certamente a transformaria em mera formalidade; a solução que se vê, para o atendimento da garantia do contraditório, seria a impossibilidade de utilização de dados obtidos nessa fase inquisitorial, como prova ou, pelo menos, a previsão de requisitos mínimos para que pudessem ser aproveitados para a formação do convencimento judicial”. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p.143-146).

¹⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Habeas Corpus 84/485/SP: Processo Penal. Recurso Em Habeas Corpus. Apropriação Indébita. Trancamento Da Ação Penal. Excepcionalidade Na Via Do Writ. Denúncia Que Preenche Os Requisitos Do Art. 41 Do Cpp. Justa Causa Para A Persecução Penal. Ocorrência. Alegada Carência De Motivação Na Decisão Que Recebe A Denúncia. Desnecessidade De Fundamentação Profunda Ou Exauriente. Teses Defensivas. Revolvimento Fático-Probatório. Impossibilidade. Recurso Ordinário Desprovido. 3. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o Julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. Deveras, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual, deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, na fase preambular do processo, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.6. Recurso em habeas corpus desprovido. (RHC 84.485/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017). No mesmo sentido: AgRg no AResp 1097319/PA; RHC 76864/RJ; RHC 84485/SP; AgRg no AgRg no AResp 534163/RR.**

¹⁴³ “Alguma doutrina aponta que atos do inquérito policial valem até prova em contrário, estabelecendo uma presunção de veracidade não prevista em lei. O art. 12 do CPP estabelece que o IP acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Não é atribuir valor probatório aos atos do IP, muito pelo contrário. Por servir de base para a ação penal, ele deverá acompanhá-la para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Servirá para que o juiz decida pelo processo ou não *processo*”. No que diz respeito ao termo “exclusivamente”, inserido no art. 155 do CPP, com a reforma processual de 2008, seguem os autores na crítica: “o problema se encontra no termo exclusivamente. Esse dispositivo tem servido para alimentar uma prática já antiga de cotejar os elementos do inquérito policial com os demais elementos coligidos durante a instrução criminal, o que tem como resultado uma prática inquisitorial degenerada, na qual o contraditório judicializado apenas reforça a persecução penal alheia às garantias fundamentais do sujeito, permitindo as mais graves violações a direitos humanos e fundamentais”. (LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva.. 2014. p. 300-302).

do inquérito como se provas fossem acaba por reforçar a ideologia inquisitória, a qual se pretende afastar do âmbito do processo penal contemporâneo.

O procedimento afeito ao Tribunal do Júri traz peculiares que merecem maior atenção ante a ameaça final que apresentam. O jurado, além de julgar por íntima convicção, isto é, não precisar justificar a sua decisão, julga de “capa a capa” o processo. Enquanto ao juiz de direito é vedada a possibilidade de amparar sua decisão somente em elementos do inquérito policial, o juiz leigo pode formar sua íntima convicção com base em um indício, em um documento ou depoimento que podem não terem sido referendados em juízo, sob o crivo do contraditório e olhar da plenitude de defesa¹⁴⁴. Neste contexto, ao remeter o acusado a júri popular, com a análise de indícios de autoria, ainda que reclamados como “suficientes”, sob a construção da fundamentação da decisão com base em depoimentos prestados na fase policial, além de ferir a presunção de inocência, está a expor o acusado a uma possível condenação com base em ato de investigação, cujos requisitos de probabilidade e superficialidade o afastam do que se denomina da prova, único instituto apto a basear uma condenação em processo penal¹⁴⁵.

¹⁴⁴ “O protagonismo do condutor da investigação pode mudar os rumos do processo penal. Daí se joga muito na investigação preliminar. Um jogo mais sutil, mais nebuloso, cujos jogadores (Delegado, Advogado, Defensor, Vítima, Ministério Público, Mídia, etc.) dependem do contexto e das recompensas. A atitude ativa ou omissiva da autoridade policial, por exemplo, pode implicar em consequências relevantes nos elementos de prova, especialmente quando convencido da culpa, aceita omitir informações defensivas. A atitude investigatória da autoridade condutora das investigações poderá ser fundamental, ou não, ao êxito de uma condenação. A simples desídia no levantamento do local do crime ou a não requisição de perícia pode acarretar em sérias consequências à materialidade da infração investigada, assim como o tino, a inteligência e o tirocínio na elaboração das linhas investigativas”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 412-413).

¹⁴⁵ “É absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não forma praticados ante o juiz, mas simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é meramente aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade nem sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público”. (LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva 2014. p. 323) No mesmo sentido: “Na fase da investigação preliminar inexistente contraditório, categoria essencial à validade democrática do elemento capaz de ser utilizado para condenar alguém (...) o trajeto da aquisição válida da informação/prova capaz de ser considerado para fins de decisão judicial, demanda a passagem necessária pelo contraditório deferido nos casos de perícias e documentos, com a exigência democrática de que a prova oral seja produzida em face do contraditório e da imediação judicial. Daí que durante a fase anterior à ação penal executam-se “atos de investigação”, desprovidos da garantia da Jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros. O estabelecimento, sem mais, de vasos comunicantes entre os atos de investigação e os atos probatórios é estranho ao devido processo substancial, até porque deve-se ler o CPP conforme o disposto na Constituição e não o contrário. Somente a leitura obtusa e alheia ao contraditório continua aceitando que declarações da investigação preliminar, aptas à decisão de recebimento da imputação, sejam levados em conta na decisão judicial”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª

Não há como se afastar do “*direito vivido*”, observado nos dias atuais. O processo penal, ao virar pauta jornalística, passou a exigir conduta para além da melhor técnica de todos os atores envolvidos no curso de uma persecução penal. Àqueles a quem toca a investigação, seja a polícia ou Ministério Público, encontram-se mais expostos aos olhos da sociedade que em qualquer outra época, e isto alimenta atos de investigação com roupagem de prova definitiva perante a população, atropelando por completo as diretrizes democráticas pretendidas pelo contemporâneo processo penal. O caráter inquisitorial na formação de tais atos contamina e lhes retira credibilidade, por tal é que necessitam de renovação na instrução processual, sob a observância do contraditório, para que possam ser considerados provas¹⁴⁶ aptas a justificar uma condenação mormente no que tange a depoimentos coletados perante a autoridade policial¹⁴⁷.

Dessa forma, inegável que as provas repetíveis, como depoimentos, reconhecimentos, acareações necessitam ser (re)produzidas em ambiente judicial, para sua valoração no momento decisório¹⁴⁸. Para os elementos que se mostrem urgentes e não repetíveis ou não renováveis, deve ser feita uma produção antecipada de provas, expediente

edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 716 -717). “Os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o juiz ou, ainda, servir de fundamento para admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar. Tais dados não podem, exclusivamente, servir, para o julgamento da causa”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 151-152).

¹⁴⁶ “A verdadeira prova não é aquela que se obtém por sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético, com respeito ao contraditório”. (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 27).

¹⁴⁷ Sobre a história do processo inquisitorial do século XIII, sua forma de desenvolvimento a comparar com a investigação preliminar dos dias atuais: “De espectador impassível que era, el juez se convierte en protagonista del sistema, excluidas las herejías o descubiertos los delitos. Cambian las técnicas; no hay debate contradictorio; todo se lleva a cabo secretamente; en el centro está, pasivo, el investigado; culpable o no, sabe algo e está obligado a decirlo. Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide. De hecho, es un sistema legalmente amorfo, pues el secreto, ese método introspectivo y el compromiso ideológico de los que actúan excluyen vínculos, formas y términos. Lo que cuenta es el resultado. Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura a los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo, basta excavar en un punto cualquiera para que aflore el mal. Este axioma elimina todo escrúpulo en la investigación”. (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Editorial Themis. Bogotá. 2000. p. 19-20).

¹⁴⁸ LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p 324.

ainda que no ambiente do inquérito policial, mas perante um magistrado, e com a presença imprescindível da defesa técnica, uma vez que se tratam de provas definitivas¹⁴⁹.

A preocupação com processo sob o rito do júri se justifica, conforme já mencionado, não só pelo fato do julgador leigo não fundamentar a sua decisão, mas também por julgar com acesso “capa a capa” do processo. O caderno produzido na fase investigatória não lhe passará despercebido, mormente no que diz respeito aos depoimentos de testemunhas. Os testemunhos ali colhidos, por carecerem de contraditório, e às vezes da presença de defesa técnica, não podem ser valorados se não (re)produzidos em juízo¹⁵⁰. Ademais, podendo-se considerar certa contaminação do magistrado julgador pela manutenção dos autos do inquérito policial no processo, o que se dirá com relação ao juiz leigo, exposto aos atos de investigação, não sofrendo limitação legal ao julgar, sequer precisando fundamentar seu voto¹⁵¹.

¹⁴⁹ “O incidente de produção antecipada de provas somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual da prova. É uma forma de jurisdicionarizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e ampla defesa. Deverá seguir os seguintes requisitos: a audiência deverá ser pública, salvo segredo justificado; ato presidido por um órgão jurisdicional; na presença dos sujeitos (futuras partes) e seus respectivos defensores; sujeitando-se ao disposto para a produção da prova em juízo; permitir mesmo grau de intervenção a que teria direito o sujeito passivo se praticada no processo”. (LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p 324).

¹⁵⁰ “Assim, como passe de mágica, em uma leitura obtusa do art. 155 do CPP, não se pode requestrar os depoimentos prestados à autoridade policial porque violam o contraditório na produção da prova, com o qual já defendemos uma noção de amor ao contraditório (cap. 1º). É o mesmo que tornar irrelevante a jurisdição, ou seja, se os depoimentos antes valem, qual o sentido de se renovarem em juízo? Justamente porque antes não havia acusação formalizada e a acusação e defesa não podem sequer perguntar. A partir do processo como um procedimento em contraditório (Fazzalari), as declarações realizadas durante a investigação preliminar para fins de condenação são um nada probatório. E esta variável deve ser considerada, pois há julgadores que acolhem. Simples assim e muitos não param para sequer pensar, no desejo de condenar, prenhe de deslizamentos imaginários decorrentes da assunção da concepção de verdade real, tão bem criticada por Salah Khaled Jr (cap. 9º), sem falar na violação do devido processo substancial”. (LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo Penal no Limite**. Editora Empório do Direito. 2015. p. 43-45).

¹⁵¹ “De qualquer forma, como a documentação dos atos do inquérito policial permanece nos autos da ação penal (art. 12 CPP), sempre poderá ter alguma influência, ainda que não expressamente declarada, no convencimento judicial”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 152). No mesmo contexto: “Até então terei medo dos juízes (acaso continuarei a nutri-lo, esse medo, ainda após, então?), tenho medo do direito alternativo, medo do direito achado na rua, do direito achado na imprensa...”. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 141). “Ainda mais grave é a situação que se produz diariamente no Tribunal do Júri, em que os jurados julgam por íntima convicção, com base em qualquer elemento contido nos autos do processo (incluindo-se nele o inquérito), sem distinguir entre ato de investigação e ato de prova. Com isso verifica-se que na prática o inquérito policial pode ter relevância no convencimento dos juízes e dos jurados”. (LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p 329).

Nos moldes em que está estruturado nosso processo penal, arraigado ainda à origem inquisitorial, o “saber jurídico” nele contido, a memória processual que se formará, será feita através de atos, seja pelo aporte dos atos de investigação (inquérito policial), seja pela produção dos atos de prova, estes sim aptos a amparar uma decisão judicial¹⁵².

Como características dos atos de prova, ao contrário dos atos de investigação, estes estão a serviço do processo penal e se prestam a convencer o juiz da verdade de uma afirmação, com base na qual proferirá sua decisão final. São atos dotados de publicidade, contradição e imediação judicial¹⁵³. A prova formada em contraditório traz credibilidade às decisões proferidas nos autos, não havendo sigilo nem tampouco surpresa para as partes no curso do processo, minimizando o caráter alucinatório que algumas evidências (indícios) possam produzir no julgador que se deixa contaminar por fatores externos ao processo para além do que deveria¹⁵⁴.

¹⁵² “El saber jurídico es, ante todo, nomenclatura: nombres, expresiones, fórmulas, que designan los datos (personas, cosas, hechos, actos) y las operaciones en que se combinan (por ejemplo, confirmación de la detención, nulidad alegada, anulación de la sentencia en apelación); y esos datos son abstracciones. Las abstracciones sirven también para una práctica inteligente, pues sumando los datos o características comunes a las diferentes especies, el analista configura el acto procesal, y al descomponerlo, explora sus elementos. Las técnicas inquisitorias exigen mucho del documentador” (narra CORDERO a exemplificar processo de 1630, porém ainda hoje não nos desvinculamos das peças escritas, principalmente no processo penal, reafirmando sua inquisitorialidade) (CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Editorial Themis. Bogotá. 2000. p. 261-289). “Como regra, os fatos podem embasar a decisão final somente quando demonstrados por meios de prova adequadamente apresentados”. (TARUFFO, Michele. **A Prova**. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2014. p. 141). “O processo precisa ser entendido como o dispositivo apto à inserção da informação no campo da decisão judicial. É o regime pelo qual o Estado estipula quais as modalidades e a forma de produção da informação”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 716).

¹⁵³ LOPES JR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 321;

¹⁵⁴ MARTINS em diálogo com o filósofo português Fernando Gil: “(...) a verdade da evidência é alheia à idéia de processo, enquanto que a verdade da prova não o é (...) à prova que vai caber trabalhar a verdade de modo não alucinatório; a prova desempenha de alguma maneira um efeito de correção sobre esse caráter alucinatório; e que ainda será a prova a retirar a verdade do albergue da evidência, sujeitando-a ao exame do processo (Rui Cunha Martins); Como se vê, na prova evidência e crença estão extremamente coarctadas, constrangidas. Em primeiro lugar, para reconhecer uma prova, tenho de determinar, graças a critérios que só podem ser epistemológicos e objetivos, que o conteúdo de conhecimento que está a ser provado não é uma ilusão, uma fabricação, uma alucinação; ele terá que ser estabelecido como um “dado objetivo”, conformemente às regras que não são nem da evidência nem da convicção. Em segundo lugar, a prova define-se pelos procedimentos que a esteiam. A condição de assentimento acha-se portanto limitada pelas outras – nas quais, pelo menos em princípio, não há lugar para crença (Fernando Gil)”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 133-134). No sentido da importância da prova produzida nos autos do processo penal a afastar a postura alucinatória/paranóica do julgador: “o conteúdo probatório é que pode gerar hipóteses mais ou menos comprováveis, rejeitando-se a causalidade extrema entre as hipóteses de fato e as conclusões, como se verifica, por exemplo, na “presunção” jurisprudencialmente construída de quem está com o produto do furto, presume-se seu autor; para além da ingenuidade, essa verdadeira inversão do ônus da prova,

Não se pode ignorar o fato de que responder a um processo penal, em si, já é algo danoso, não só ao acusado e vítima, mas a todos que os orbitam. O réu em procedimento penal está em uma posição hipossuficiente perante a estrutura estatal existente, tanto para lhe acusar, quanto para lhe julgar e aplicar, se for o caso, uma pena. Neste ambiente, a observância da formação do conjunto probatório dos autos, com o respeito às garantias fundamentais constitucionais e convencionais que tocam ao acusado, se mostra da maior importância, a fim de justificar o correto caminho do *ius puniendi*, sem provocar maiores prejuízos (para além dos já existentes e decorrentes da própria persecução) no mundo externo daqueles que convivem com o réu/vítima¹⁵⁵.

A fim de evitar a repetição de conceitos já trabalhados quando da exposição do conteúdo sobre *prova* (item 2.1), apenas reiteramos que a prova, no curso do processo penal, serve para reconstruir um fato criminoso passado e determinar a autoria (ou não) de seu cometimento, e o modo da sua efetiva ocorrência. Ela deve ser produzida em contraditório, com a disponibilidade às partes de se manifestarem sobre provas produzidas por ambas as partes, sob o amparo da ampla defesa e com a imposição de todas as garantias reclamadas para o devido processo penal. Ao final, servirá ao conhecimento e formação do convencimento do magistrado no momento de prolação de sua decisão¹⁵⁶.

como se costuma afirmar, fere de morte a lógica do Processo Penal democrático”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolagem dos significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006. p. 316-317).

¹⁵⁵ “(...) o processo penal ainda é, em si mesmo, uma tortura. (ao citar Santo Agostinho); até certo ponto isso não pode ser evitado, as a chamada civilização moderna tem agravado de um modo incrível e insuportável a triste realidade do processo penal. Quando um homem está sob a suspeita da comissão de um delito, já se encontra atirado às feras. A fera é a multidão. Tão logo surge a suspeita, o acusado e sua família são inquiridos, requeridos, examinados e colocados em uma berlinda em sua própria casa, no seu trabalho, diante de todos. Assim se reduz a pó o indivíduo que, recordemos, é o único valor que deve ser protegido pelo direito na civilização”.(CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Servanda. 2012. p. 70) No mesmo sentido: “A pessoa não pode ser tratada como objeto, ser instrumentalizada pelas instâncias judiciais de atuação, mesmo sendo acusado ou condenado por uma infração criminal. O processo, a pena e o cárcere não podem servir de instrumento ou meio à degradação humana, ao aniquilamento da essência do ser, da sua qualidade humana. Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, é o Estado que opera em função do acusado, do apenado, e não este que se submete, silenciosamente, sem possibilidade de impugnação, ao Estado”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p. 10-11).

¹⁵⁶ “A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. A “verdade” atingida no processo nada mais é que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Prova é tudo o que é apto a levar conhecimento de alguma coisa a alguém. Prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo:

Diante do todo exposto até agora, necessário refletir se o peso atribuído aos indícios de autoria, considerados suficientes, no momento de prolação da decisão de pronúncia se mostram coerentes, mesmo com relação a sua redação na lei, ante a instrução probatória finda nos processos de competência do tribunal do júri.

2.3 O FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E A DECISÃO DE PRONÚNCIA: PREVALECIMENTO DE INDÍCIOS SOBRE PROVAS (?):

Antes de enfrentar o dilema probatório na decisão de pronúncia, necessário buscar na história o contexto de tal decisão e da bipartição do procedimento do Tribunal do Júri. A competência para julgamento dos delitos dolosos contra a vida por um corpo de jurados leigos é constitucional (art. 5º, XXXVIII, da CF/1988), e a tradição de julgamentos realizados com a participação popular, no Brasil, remonta a sua primeira Constituição, de 1824, onde aportou regra já existente, desde antes da Independência do País, em 1822. O Brasil, então colônia portuguesa, com forte influência inglesa, adotou o júri popular para crimes de imprensa, ampliando o leque de delitos com o passar dos tempos¹⁵⁷.

O procedimento era dividido em duas etapas, como o praticado nos dias de hoje. A decisão de pronúncia a separar a etapa instrutória ocorrida perante o juiz de direito e o julgamento propriamente dito perante os jurados data de 1830. Naquela época, em verdade, a

Revista dos Tribunais. 2016. p. 382/385). “Praticado um ato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei. Ao Judiciário não se autoriza o non liquet; ao contrário, espera-se dele uma avaliação conclusiva acerca da matéria probatória e de direito que lhe é submetida”. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Brasília. n. 183. pgs. 67-75. jul/set. 2009).

¹⁵⁷ “O Tribunal do Júri é um tema que tem atravessado os séculos, apaixonando, no mundo todo, técnicos e leigos. Criado no Brasil em 1822, com função restrita de julgar crimes de opinião, já em 1824 passou a abranger um leque bem maior de delitos”. (STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**. Símbolos e Rituais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 1993. p. 11). “Em ambiente político conturbado e de liberdade da Metrópole que nasceu o júri, na lei de 18 de julho de 1822, antes, portanto, da Independência (7 de setembro de 1822) e da primeira Constituição brasileira (25 de março de 1824) e, ainda, sob o domínio português, mas sob forte influência inglesa. Na época o júri era apenas para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 60-62). “Entre nós, o júri foi criado por Lei de 18 de junho de 1822. Tinha competência para julgar crimes de imprensa. Era composto por vinte e quatro juízes de fato, selecionados “dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”. O seu julgamento podia ser atacado por apelação ao Príncipe”. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 165).

admissão da acusação era feita por um Júri de Acusação ou Grande Júri (23 pessoas/leigos), e o julgamento ocorria perante o Júri de “Julgação” ou Pequeno Júri (12 pessoas/leigos)¹⁵⁸. Neste ambiente era proibido que o jurado que compusesse o júri de acusação participasse do pequeno júri, com a finalidade de garantir a imparcialidade do juiz natural, uma vez que já havia se manifestado quanto à admissibilidade da acusação¹⁵⁹.

A decisão de pronúncia somente chega aos autos do procedimento com a extinção do júri de acusação, em 1841, quando por força de lei se estabelece que passa à polícia a função de formar o sumário da culpa. A admissibilidade da acusação passa a ser feita por um juiz (togado) municipal¹⁶⁰. Importante mencionar que a reforma ocorrida em 1841, realizada por conta de atuação de movimento reacionário, que culminou na centralização de poder na mão do Estado, minimizando os mecanismos de participação popular na administração da justiça, dentre eles o Tribunal do Júri, possui as mesmas bases que amparam nossa legislação acerca do Tribunal do Júri nos dias atuais¹⁶¹.

Inegável que quando da sua criação no Brasil, o instituto se mostrava mais democrático, fosse pelo cuidado com a imparcialidade e respeito ao juiz natural, com as divisões entre Júri de Acusação e Pequeno Júri, fosse pela oralidade que pautava os

¹⁵⁸ “Com a lei de 20 de setembro de 1830, foi regulamentado o júri, sendo previstos um Júri de Acusação e um Júri de Julgação. No Código de processo Criminal do Império (29 de novembro de 1832) foi estabelecida a composição dos conselhos de jurados em dois júris. Para o Júri de Acusação, era estipulado um total de vinte e três membros (art. 238), e para o Júri de Sentença, doze (art. 239). A escolha era feita entre eleitores de “reconhecido bom senso e probidade” (art. 23)”. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 165). “No júri do império havia o grande júri (grand jury) e o pequeno júri (petty jury). O primeiro, com debates entre os jurados, decidia se procedia ou não a acusação contra o réu. Se os jurados respondessem afirmativamente, o réu seria submetido a julgamento perante o pequeno júri. Do contrário o juiz julgava improcedente a denúncia ou a queixa”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 63). “No Brasil independente, uma das primeiras normas sobre o tema retirou a competência para os crimes de imprensa e determinou que os jurados fossem nomeados pelos magistrados da Coroa, tendo como requisitos: “bom senso”, probidade e elegibilidade (ser eleitor), vedada a participação da mulher, sendo que era feita uma lista anual, presidida pelo juiz de paz, que a afixaria na igreja para eventuais impugnações. O procedimento era bifásico, com um grande júri, e um segundo conselho de sentença”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. p. 7-8).

¹⁵⁹ “Contudo, tal regra não é usada nos dias de hoje em que o juiz da decisão de pronúncia, muitas vezes, é o próprio juiz presidente da sessão plenária, com graves prejuízos à imparcialidade do julgamento”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p.65.)

¹⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 165.

¹⁶¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. p.10;

juízes, fosse, ainda, pela sua origem, a Inglaterra, então considerada berço da democracia e direitos e garantias fundamentais¹⁶².

A realidade processual penal brasileira, assim construída ao longo dos anos, sem o abandono do caráter autoritário e inquisitório por parte do Estado com relação aos atos e atores do processo, permite que críticas sejam endereçadas à instituição do júri, com pleitos, inclusive, de sua erradicação da legislação, sem que se consiga fazer uma defesa mais sólida do instituto. Uma vez frente a um processo penal que se proponha democrático, permitir decisão por íntima convicção, utilização de material de investigação preliminar e decisão, ainda que de filtragem, por juiz togado, o mesmo que, na maioria das vezes atua durante toda a persecução, despachando desde os autos do inquérito, em cautelares pessoais ou reais, remete mais a mecanismos inquisitórios que democráticos.

Alerta CHOUKR¹⁶³, que desde a reforma de 1841, alguns pontos nevrálgicos acerca de procedimentos dentro do processo de júri, foram timidamente enfrentados, como a prolação de decisão de pronúncia pelo juiz togado afetar ou não o princípio do juiz natural, o limite do conhecimento exarado pelo juiz togado quando da admissibilidade da acusação e a forma de arrematação do jurado. Conforme já dito, o presente trabalho não se pretende a questionar a existência da decisão de pronúncia, muito embora entendemos que, na prática nos dias atuais, há uma ferida aberta na competência constitucional dos jurados, da forma com que a decisão de pronúncia vem sendo proferida. Entendemos que neste contexto, o procedimento deveria guardar melhor lógica, visto que se a competência atribuída constitucionalmente é dos jurados, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, nos parece que deveria haver, em mantido o filtro de admissibilidade da acusação nas mãos do

¹⁶² “A estrutura do tribunal do júri no Império, levando-se em conta a sociedade da época, foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro, até porque originária do berço da democracia e direitos e garantias individuais: a Inglaterra.” (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 65).

¹⁶³ “Centralizar para governar significava, então, esvaziar os poucos mecanismos de participação popular (seletivos, mas incipientes existentes), dentre os quais o Tribunal do Júri (e o juiz de Paz, este imortalizado em comédia por Martins Pena). Desse momento em diante, alguns pontos centrais foram timidamente enfrentados (até hoje o são), dentre eles: a) até que ponto pode-se instituir juízos de admissibilidade por juízes togados, filtrando o conhecimento da causa pela corte popular, sem que se ofenda o primado constitucional do juiz natural? b) qual o limite de conhecimento da causa do juiz togado no juízo de admissibilidade? c) Como a forma de arrematação do jurado otimiza o princípio da administração da justiça pelos seus pares?”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. p 10).

magistrado, uma mínima e discreta participação do juiz togado em manifestações que conduzam a uma decisão nos autos, seja de pronúncia ou com relação à prisão, por exemplo.

Todo o caminhado argumentatário realizado até então se presta a dialogar e debater com a segunda questão apresentada, qual seja o limite de conhecimento da causa do magistrado quando da decisão de pronúncia. O que seria uma manifestação isenta de argumento de autoridade e sutilezas interpretativas quanto à prova já carreada aos autos, que correspondesse ao não desvirtuamento do princípio do juiz natural, e se prestasse a filtrar a acusação que seria julgada pelos jurados?

Superar a incorreção da lei ao permitir que o magistrado enfrente como indícios suficientes de autoria o que é prova nos parece o ponto de partida. Trazer um pouco da história da instituição do júri nos faz compreender certos vícios de linguagem e ideologia inquisitória que permitem uma atuação para além da sua competência, pelo juiz togado. Na época em que foi abolido o júri de acusação, a acusação passou a ser suportada pelos elementos colhidos pela polícia. Não havia órgão de acusação estatal à época. O juiz togado, de base de tais dados, proferia a decisão de pronúncia, admitindo a acusação e remetendo os autos para julgamento dos juízes leigos. Neste ponto, cabe referir, que não conseguimos abandonar o uso do inquérito policial para embasar decisões, sob a justificativa de análise de “indícios” de autoria, como se as provas coletadas até então, e trataremos como provas vez que produzidas em ambiente de contraditório e de ampla defesa, perante um juiz de direito, pudessem ser ignoradas ou superadas por uma retórica sutil quando da prolação da decisão de pronúncia.

Com o aprimoramento da nossa legislação, hoje nós contamos com um órgão que investiga (polícia), o qual remete os elementos indiciários colhidos ao órgão de acusação (Ministério Público), que formula a acusação dentro de certos limites legais, cuja admissibilidade da mesma será auferida por um magistrado quando do recebimento da denúncia (indícios de autoria e materialidade presentes). Aqui, o magistrado precisa ter conhecimento dos elementos do inquérito para identificar se presente a justa causa para o prosseguimento da ação penal. A análise dos atos de investigação se permite para justificar o recebimento da denúncia.

No caso de processos de competência do Tribunal do Júri, após a admissibilidade da acusação, abre-se prazo para defesa escrita e realiza-se toda a instrução processual, com

produção de provas pelas partes, sejam elas documentais, periciais ou testemunhais, entre outras possíveis e autorizadas por lei. Depois de encerrada esta fase instrutória, caberá ao juiz, ao prolatar a decisão de pronúncia, fazer novo filtro, ou melhor, delimitar a acusação proposta (já criticamos isto no primeiro capítulo), e só então remeter os autos (a esta altura com dois marcos decisórios, ao menos, já cumpridos e à disposição dos jurados, quais sejam o recebimento da denúncia e a decisão de pronúncia) a julgamento perante o Conselho de Sentença.

O Tribunal do Júri, justamente por se encontrar no capítulo da Constituição onde estão elencados os direitos fundamentais do cidadão, deveria se revestir das premissas ali juntamente elencadas, e de tal norte não se afastar. O Júri traz consigo o ideal de participação popular no âmbito estatal, estabelecendo um padrão de comportamento social, em face da liberdade de suas decisões e apreciação das provas, decidindo de forma independente, “justa” e livre¹⁶⁴.

O julgamento de um cidadão acusado por um delito doloso contra a vida, por seus pares¹⁶⁵, membros da sociedade na qual está inserido, permite um olhar mais humano e

¹⁶⁴ “O Tribunal do Júri brasileiro encontra-se entre as garantias fundamentais, podendo ser considerado uma conquista dos direitos humanos. Representaria uma estrutura de participação de representante popular (vox populi) que foi visto e mantido como algo adequado para soluções de determinados conflitos, como no caso do Brasil, os denominados crimes dolosos contra a vida. A sociedade, através do Tribunal do Júri, ou melhor, dos jurados, busca estabelecer padrões de comportamento tendo em vista a liberdade de suas decisões e da apreciação da prova (art. 472 do CPP). Os jurados integrantes do Tribunal representariam a sociedade da qual fazem parte, decidindo em nome dela, sendo uma expressão eminentemente democrática, pois os pares decidem de forma independente, justa e livre. Seu voto é formado a partir do convencimento pessoal e não é acompanhado de fundamentação teórica de Direito ou prova posta em debate”. (CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o Tribunal do júri**. Belo Horizonte: D’Placido Editora. 2015. p. 25-27). “Os jurados, escolhidos dentre os “cidadãos de notória idoneidade”, fazem parte, assim, de um padrão de normalidade e um padrão de aceitação pela sociedade. É importante anotar, nesse sentido, que os padrões de comportamento tidos como normais correspondem a uma dada estrutura social, que os gera. Deste modo os padrões mudam em função das transformações por que passa a sociedade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**. Símbolos e Rituais. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 1993. p. 50). “Há, todavia, uma característica que acompanha o júri ao longo de toda a sua complexa história, confirmada e reforçada quando esse se transforma de instrumento processual em um mito e em um defensor da liberdade. Essa característica é dada inicialmente pela natureza ordálica de um veredito imperscrutável, baseado no conhecimento individual de determinado jurado; é aceito porque de alguma forma presume-se que o júri exprima a vox populi e, portanto, pronuncie (por definição) decisões que devam ser consideradas justas. Essa característica não desaparece com o passar dos séculos. Pelo contrário: reforça-se na medida em que o júri passa a assumir uma função política, qual seja, a proteção das liberdades individuais contra um poder opressivo; essa acaba por se tornar ainda mais importante que sua função processual. Substancialmente, há uma espécie de ato de fé no fundamento da aceitação social do sistema do júri, em virtude do qual a justiça do veredito é um axioma indiscutível e é aceito a priori como tal”. (TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons. 2016. p. 41).

¹⁶⁵ “Foi em nome desta concepção popular da jurisdição que o pensamento liberal clássico, lembrando os horrores da Inquisição, alinhou-se principalmente em favor do modelo do “juiz cidadão”. O “Poder Judiciário”,

compreensível a paixões e ódios do que a técnica legal oferece. Concordamos que uma instituição como o Tribunal do Júri aproxima a sociedade do processo penal, com o qual necessita criar empatia, a compreender que nenhum de seus membros está livre de responder a um processo, e em assim sendo, qual o processo que se quer ser submetido? O júri, nos parece, reforça o espírito dos direitos humanos fundamentais, previstos não só em nossa Constituição, os quais seguem sendo um ideal a ser perseguido pelas nações do mundo todo¹⁶⁶.

Em sendo o Júri uma instituição democrática, de participação popular no âmbito judicial criminal, não autoriza dizer que seus julgamentos estejam alheios às regras do jogo processual, mormente nos momentos onde há a presença de magistrado técnico a proferir uma decisão, como é o caso da decisão de pronúncia. Já trabalhamos anteriormente o fato de ser hoje, pós reforma legislativa de 2008, a pronúncia um juízo de admissibilidade da acusação, pós-supressão do libelo crime acusatório ofertado, então, pelo Ministério Público. Com o deslocamento da responsabilidade de limitação da acusação das mãos do órgão acusador para o juiz togado, a decisão de pronúncia passou a ter um papel de maior evidência quando do julgamento em plenário, principalmente por direcionar a quesitação que será formulada aos jurados. Importante aqui mencionar que, dentro do jogo processual, não haveria a necessidade de deslocamento de ato acusatório para as mãos do magistrado. A limitação da acusação já se

escreveu Montesquieu, “não deve ser confiado a um senado permanente, mas sim a pessoas escolhidas dentre o povo, em determinados períodos do ano...É necessário, além disso, que os juízes possuam a mesma condição do acusado, isto é, sejam seus pares, para que ele não possa suspeitar de ter caído nas mãos de pessoas propensas a lhe tratar com violência. Por sua vez, Francesco Carrara quis identificar no instituto dos jurados um dos fundamentos do “quadrilátero das liberdades” e não hesitou em manifestar repugnância pelos juízes burocratas, assalariados e funcionários do governo, tanto mais se não afeitos a dar conta dos motivos de suas decisões”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais. 2014. p. 531)

¹⁶⁶ “Os direitos fundamentais são caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direito de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São considerados direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, posteriormente complementados por um leque de liberdades de expressão coletiva, e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) também se encontram nessa categoria e seguem integrando os catálogos das constituições no limiar do terceiro milênio, na condição de conquistas incorporadas ao programa do moderno Estado Democrático de Direito, ainda que mesmo tais direitos e garantias sigam enfrentando maior ou menos déficit de efetivação”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2009. p. 272).

encontra nos autos do processo, com a denúncia recebida, peça acusatória por excelência. A decisão de pronúncia poderia seguir como ato de julgamento, momento onde o magistrado faria um filtro da acusação proposta, analisando a ocorrência ou não de delito doloso contra a vida, o que autorizaria a remessa dos autos aos jurados para julgamento.

Por outro lado, reforçando os argumentos já trabalhados, o jurado, ao receber em mãos a decisão de pronúncia e demais decisões que a confirmaram, prescinde do conhecimento técnico necessário para entendê-la como um mero filtro da acusação, sem a ocorrência do aprofundamento em questões de mérito. A pronúncia é um documento redigido por um juiz, ou seja, uma “sentença” (não terminativa), cujos elementos ali presentes foram analisados por quem conhece a melhor técnica em Direito e presenciou toda a instrução do processo (a qual por vezes levou meses, ou anos, ao contrário da 01h e 30 min de debates em plenário (cada), e minutos de depoimentos (quando são colhidos)). O jurado, autorizado que está a manejar com todo o processo, desde os atos de investigação até os atos de prova, não tem condição de separar, de per si, o que são indícios do que efetivamente é prova. Para ele, que pode decidir por íntima convicção, o depoimento na fase policial passa a ter o mesmo peso do depoimento prestado em juízo, ou até maior, se o que foi dito em juízo não corresponder ao que foi dito na polícia, mormente se na fase investigativa houve “confissão”.

Frente a tais questões, necessário enfrentar a expressão “indícios suficientes de autoria” na fase da pronúncia. O trabalho realizado até o momento deixou claro, que embora a doutrina tradicional e a jurisprudência quase em sua totalidade tratem indícios suficientes como prova nos parece não ser esta a melhor abordagem, justamente pelo ambiente em que os atos de investigação (indícios) são coletados, isto é, em procedimento sem respeito às garantias afeitas ao processo, como o contraditório e a ampla defesa. Não há como valorar um depoimento prestado perante a autoridade policial como o depoimento tomado em juízo. Da pesquisa realizada para a dissertação, denota-se, conforme já expresso anteriormente, que os depoimentos prestados na fase policial têm sido valorados a sustentar indícios suficientes de autoria, a despeito muitas vezes da prova testemunhal colhida em juízo, uma vez que não há manutenção dos termos anteriores.

Por óbvio que não cabe ao juiz, quando da pronúncia, valorar questões, mas se afirmarmos que indícios suficientes de autoria valem como prova, a simples exposição e

confrontação dos mesmos no corpo da pronúncia pode confundir os jurados, e ajudá-los a formar uma pré-convicção, antes mesmo do interrogatório em plenário do acusado.

Exemplificando:

Considerando tais premissas, passo ao exame da prova. Ao ser interrogado em juízo, X usou do seu direito de permanecer em silêncio (fl. 454). D, por sua vez, negou as acusações (fls. 461/464). A prova oral produzida, no entanto, autoriza a pronúncia dos acusados, com os elementos suficientes de autoria necessários à fase de pronúncia. A vítima W, em juízo, negou todo depoimento prestado na Delegacia, afirmando não ter visto os autores do delito (fls. 430/433). Contudo, em sede inquisitorial, relatou que estava na rua quando passou um veículo de cor branca, com três indivíduos dentro, sendo o condutor do automóvel um indivíduo de alcunha “T”. Em seguida, um dos indivíduos saiu de dentro do veículo e ficou do outro lado da rua, tendo o veículo seguido. Após, este homem que havia saído de dentro do carro sacou o revólver e disparou contra sua cabeça, porém a arma falhou, momento em que Willian empreendeu fuga. Ato contínuo, o indivíduo efetuou mais quatro disparos, acertando-o nas costas, tendo caído no chão. Neste momento, o atirador disparou mais duas vezes. Após o fato, ficou sabendo que os dois disparos que ouviu foram disparados por um Policial Militar que estava próximo ao local. W, ainda, descreveu os indivíduos que participaram do delito (fls. 172/174). A testemunha E, policial militar, em juízo, narrou ter sido testemunha de apresentação uma vez que ao chegar no local, L já estava detido. Referiu que o policial P se deparou com L atirando na vítima (fls. 383/384). A testemunha presencial, PR, policial militar, em sede inquisitorial, referiu que estava no local dos fatos quando avistou o indivíduo L empunhando uma arma e desferindo quatro disparos contra a vítima W. Após, ao identificar-se como policial, L empreendeu fuga, tendo P, em perseguição, desferido disparos contra o acusado, acertando o pé de Lauro e o detendo (fl. 15)¹⁶⁷. (grifo nosso).

Nesse sentido, passo a examinar a prova, de forma sucinta, posto que, como mero juízo de admissibilidade acusatória que é, a sentença de pronúncia não permite exame aprofundado da prova, para não influenciar os jurados. O acusado R, em seu interrogatório, negou ter efetuado disparos contra a vítima, a casa da vítima ou o carro da vítima. Admitiu que tiveram uma discussão, iniciada, no entanto, pela vítima, que teria tentado agredi-lo com um facão e, quando fugia, ouviu disparos. No entanto, versão diversa veio aos autos nas declarações da vítima e seus familiares, versões essas que também sustentam as qualificadoras imputadas na denúncia. C, a vítima, afirmou que: “ele tentou me matar, ele me deu seis tiros.(...) Ele teve uma discussão com o meu pai, o meu pai não mora ali perto, ele foi me visitar. (...) O meu pai foi fazer a volta com o carro e como ele vende droga ali, ele olhou para o meu pai e disse "qual que é desse velho trouxão" E eu chamei ele para falar com ele e ele se alterou, disse que ele era patrão, que matava, e eu briguei com ele. (...) E nós brigamos e disse "morreu aqui" Vinte minutos depois ele veio e me deu seis tiros. **MP:** Onde o senhor estava quando ele atirou? **T:** Estava em casa, dentro do meu pátio. (...) **MP:** Ele chegou com a arma **T:** Chegou com a arma na

¹⁶⁷ A escolha de partes de decisões de pronúncia citadas na dissertação é feita de forma aleatória, dentro do conjunto de decisões captadas pela pesquisa correspondente aos processos julgados em sede de Recurso em Sentido Estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, de processos de competência das Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre. A menção de quatro excertos diz com o critério de escolha, ao priorizar uma decisão de cada juiz titular das varas (número total de 04), uma vez que a linguagem e discursos utilizados se repetem em seus documentos. (PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0037810-5 (CNJ:.0166547-17.2013.8.21.0001)**. 1ª Vara do Júri de Porto Alegre.).

mão e quando eu vi ele estava em cima de mim. **MP:** E onde foi o primeiro tiro, Cássio? **T:** Tudo na minha direção, só que pegou no muro e nos carros que estavam dentro do meu pátio.” **R,** policial militar, também relatou que: “(...) O C ele compareceu na sede da companhia que fica na João Salomoni e informou que um indivíduo teria efetuado vários disparos em direção a ele. Colocamos ele na viatura, ele falou para nós que se ele visualizasse o indivíduo ele reconheceria. Fizemos buscas nas redondezas, ele localizou o indivíduo, apontou sem sombra de dúvida como sendo aquele que teria efetuado os disparos, foi efetuada a prisão do mesmo, conduzido até a área judiciária, a perícia compareceu no local onde foi constatado que houve realmente os disparos, inclusive teve veículos que foram atingidos e foi lavrado o flagrante”. E **T** pai da vítima disse que: “(...) Isso começou porque eu cheguei em casa, eu estou na chácara agora, mas naquela época trabalhava na oficina com ele, cheguei lá e o rapaz estava na esquina e perguntou por mim "quem é aquele velho trouxa babaca, é o pai do gordo que tá cuidando?" E ele vinha atrás de mim, vinha e voltava, até achei que ele ia se botar em mim. Fui embora e falei para o C "te cuida porque está assim, assim" E o C veio, falou com ele, eles se pegaram lá. (...) **D:** O senhor estava na chácara. O que aconteceu na hora dos tiros o senhor não viu? **T:** Não, não vi nada. (...)”. Os depoimentos acusatórios sustentam, portanto, os indícios de autoria necessários à fase de pronúncia e autorizam também o encaminhamento da qualificadora do motivo para conhecimento do Conselho de Sentença, dentro de sua competência Constitucional¹⁶⁸ (grifo nosso).

Considerando tais premissas, passo ao exame da prova. Ao ser interrogado em juízo, M negou as acusações, afirmando que o autor do delito foi M2. Relatou que na data do fato, havia emprestado R\$ 25,00 reais para a vítima. Posteriormente, um casal avisou-lhe que havia matado um homem na praça (fls. 467/469). Na fase policial, M alegou ter dado R\$ 25,00 reais para a vítima que lhe pagaria em seguida. Quando deslocava-se para a praça, percebeu que a polícia estava no local, sendo avisando por um segurança de que haviam matado uma pessoa. No dia seguinte, retornou ao local na tentativa de achar alguma coisa, encontrando o boné. Posteriormente, pediu para sua avó lavar o boné e vendeu por R\$ 5,00 reais. M referiu que costumava andar com faca quando roubava para sustentar seu vício (fls. 179/180). A prova oral produzida, no entanto, autoriza a pronúncia do acusado, com os elementos suficientes de autoria necessários à fase de pronúncia. R, irmão da vítima, em juízo, afirmou ter ficado sabendo, através de comentários, que o delito foi motivado em razão de uma dívida de drogas que a vítima foi cobrar (fls. 318/322). A testemunha W, na fase policial, relatou que no dia do fato a vítima usava um boné, sendo que, dias após, viu M usando tal boné. Ao questionar M sobre o boné, este informou que havia achado-o. Mencionou, ainda, que M costumava andar armado com faca (fls. 25/26). D, em sede inquisitorial, relatou que anterior ao fato estava na praça com R, sendo que este saiu, juntamente com M para buscar drogas na Vila Cruzeiro. Após ambos retornarem, D estava indo para casa, e ouviu M dizer “eu vou lá buscar os negócios para a gente dividir isso de uma vez”, tendo R2 respondido “te acalma que não é bem assim”. Narrou que R2 era quem vendia droga e M quem assaltava pedestres com faca. Além disso, mencionou que R2, no dia do fato, estava usando um boné branco, sendo que, posterior ao delito, viu M utilizando o mesmo boné. Ao perguntar sobre o boné, M teria respondido que “isto aqui é um troféu”, explicando “eu matei o cara”. Referiu, ainda, que ao perguntar sobre a arma do crime, M teria dito que deu umas facadas e jogou a faca no mato (fls. 27/28 e 89/90). C, avó do réu, em sede inquisitorial, relatou que M chegou em casa com um boné branco sujo de sangue e pediu para a declarante lavá-lo, pois queria ficar de recordação. Disse que na véspera deste acontecimento, estava com seu neto, quando um rapaz alto de boné branco pediu R\$50,00 para M, que não tinha e pediu-lhe para que entregasse a

¹⁶⁸ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0009492-1 (CNJ:0040903-64.2013.8.21.0001).**
2ª Vara do Júri;

quantia para esse rapaz. Mencionou que seu neto M é violento e que em certa ocasião ameaçou seu próprio tio com uma faca, roubando-lhe dinheiro. Ainda referiu que “por dinheiro ele é capaz de tudo” (fls. 31/32). Em juízo, relatou que na data do fato, a vítima teria pedido dinheiro emprestado para M, que pediu para ela (fls. 363/365). Após a soltura do réu, C, em sede inquisitorial, relatou que seu neto estava ameaçando-lhe, pois queria dinheiro. Disse que M mostrou-lhe uma faca grande e disse “olha só o que eu tenho, eu já matei um e agora eu vou matar outro” (fls. 410/411). Após a soltura do réu, J, tio do réu, prestou depoimento na fase policial, relatando que, alguns meses antes, M chegou em casa com a roupa suja de sangue, pedindo para C uma roupa limpa (fls. 412/413). D em juízo, referiu que D1 presenciou o delito e contou-lhe que M esfaqueou R2 em razão de uma desavença (fls. 365/368). D1, na fase policial, referiu que na data do fato, perguntou para R2 se ele estava vendendo alguma coisa, tendo este respondido que estava precisando de dinheiro para pagar um pessoal. Após, saiu do local ficando junto com ele M2, W, L e M. Ao retornar, R estava de bruços, morto (fls. 20/21). W, em sede inquisitorial, referiu que após três dias do fato, estava na praça juntamente com M2, quando M chegou usando o boné de R. M2, então falou para M “foi tu então”, referindo-se a morte de R, tendo este sorrido. Após, ouviu M2 perguntar para M o que havia acontecido, o qual afirmou que teria dado facadas, matado e jogado a faca no matagal. Disse que em certa ocasião, W2 foi cobrar uma dívida de M, tendo este ameaçado-lhe com uma faca. (fls. 87 143/144)A testemunha L, referiu acreditar que o autor do delito seja M, pois é o único frequentador do local que usa faca (fls. 92/93).H, em sede inquisitorial, reconheceu o réu M como sendo o indivíduo tatuado que anda com uma faca na cintura e que comentam que desferiu as facadas contra a vítima (fls. 173/175)¹⁶⁹. (grifo nosso).

Estão presentes também indícios de autoria, para fins de pronúncia. Em que pese a negativa de autoria por parte do réu, há nos autos depoimento do ofendido J (no caderno investigativo), que o aponta como autor dos fatos (fls. 14/15). J descreveu os suspeitos (B, N e E, estes dois últimos adolescentes) e, ainda, relatou que reconheceu os mesmos, porque jogavam futebol há muito tempo, na Restinga Nova. No mesmo sentido foram as declarações da vítima M, na medida em que descreveu os acusados (fls. 31/33). A autoridade policial identifica os representados como sendo as pessoas que respondem pelas alcunhas ou prenomes referidos pelos informantes: D seria “B”; H seria “N”; e E seria “E”. É verdade que as vítimas não repetiram, em juízo, as suas declarações da fase policial. O caso nos traz, portanto, à questão sobre a suficiência ou insuficiência dos elementos informativos do inquérito policial, não confirmados em juízo, para efeitos de pronúncia. No caso dos autos, o ofendido e a testemunha, em juízo, limitaram-se a negar que saibam quem foram os autores dos disparos. No entanto, há nos autos termos de depoimentos supostamente prestados e assinados por eles, em que apontaram o acusado e seus comparsas (fls. 14/15 e 31/33). E não existe qualquer demonstração segura de que os depoimentos em questão sejam falsos ou forjados. Nessa esteira de entendimento, considerando que a tese acusatória conta com indícios colhidos na fase inquisitorial, e que a fase judicial não chegou a trazer elementos de prova que excluam com definitividade o conteúdo desses indícios, o caso deve ser submetido ao Tribunal do Júri¹⁷⁰. (grifo nosso).

¹⁶⁹ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0083210-8** (CNJ:.0356362-33.2013.8.21.0001).
2ª Vara do Júri;

¹⁷⁰ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.07.0079451-5** (CNJ:.0794512-28.2007.8.21.0001).
1ª Vara do Júri;

Por que a insistência no trabalho em demonstrar a incompatibilidade de análise de indícios de autoria para a confecção da decisão de pronúncia? Porque, conforme já mencionado, tal decisão vai parar nas mãos de juízes leigos, sem que se possa dela fazer menção durante os debates em plenário¹⁷¹, podendo ser utilizada ainda que inconscientemente, como argumento de autoridade no momento de superação de dúvida, a qual deveria absolver o réu, pela observância da garantia da presunção de inocência, tão esquecida no curso do processo nos dias atuais¹⁷².

O argumento que forma os indícios suficientes de autoria perpassa pela utilização da prova carreada aos autos, no curso da instrução processual. A mera renovação de oitiva de testemunhas vem sendo utilizada para afirmar a suficiência de indícios. A doutrina majoritária reforça, conforme já explanado, este entendimento, ao trabalhar indício como se prova fosse. A jurisprudência quase de forma absoluta confere força probatória aos atos de investigação, não fazendo qualquer distinção entre atos de provas e indícios. O fato dos autos do inquérito fazerem parte dos autos do processo colaboram para esse desfecho, mormente em procedimentos de competência do Tribunal do Júri. Conforme dados trazidos pela pesquisa, em capítulo posterior, será possível notar que a escolha dos elementos que sustentam os

¹⁷¹ “Ora, não se permite que acusador e defesa façam alusão à pronúncia, mas entrega-se cópia dela para os jurados?! E tem o jurado condições de compreender plenamente o que ali está? Nem sempre”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 1011). E citando o alerta de NASSIF: “(...)o legislador deixou aberta a possibilidade de que o jurado possa sofrer a influência da linguagem imoderada da decisão(...)”. (NASSIF, Aramis. **O novo Júri Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 58). No sentido dos cuidados que devem ser observados com a prolação da pronúncia: “Justamente por serem leigos (jurados) é de ser exigido maior rigor neste filtro processual (pronúncia), pois a partir daqui, prepondera a persuasão sobre a exteriorização da convicção técnica probatória. A linguagem desta decisão, bem como das posteriores que enviam o réu a julgamento pelos jurados, deve restringir-se aos limites de sua função de enunciação da probabilidade”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p.91). “O excesso de linguagem (na pronúncia) continuará sendo um problema, malgrado o esforço de redação do par. 1º do art. 413... efetivamente uma vez mais tudo é empírico e o subjetivismo tem largo campo de surgimento”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuismos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2009. p. 98).

¹⁷² “(...) por se tratar de uma decisão provisória, em atípico procedimento bifásico, no qual o órgão competente para o julgamento é o Tribunal do Júri, a decisão é bastante peculiar. Especial cuidado deve ter o julgador na fundamentação, para não contaminar os jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas por um juiz profissional e, mais ainda, por aquelas proferidas por Tribunais. Não é a pronúncia o momento para realização de juízos de certeza ou pleno convencimento. Nem deve o juiz externar suas certezas, pois isso irá negativamente influenciar os jurados, afetando a necessária independência que devem ter para julgar o processo. Tampouco deve o juiz presidente fazer referência aos atos de investigação, realizados no inquérito policial (...) para não incorrer no grave erro de invocar aquilo feito na fase pré-processual para justificar a pronúncia. Os atos de investigação esgotam sua eficácia probatória com a admissão da denúncia ou queixa, pois sua função é endoprocessual”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva. 2013. p. 1009).

indícios suficientes de autoria se mostram subjetivos e ao arbítrio judicial (autorizado pelo livre convencimento).

Assim que, seguindo pela melhor doutrina, os indícios suficientes de autoria devem conter algo a mais que a sua mera captação policial, devem estar ligados de alguma forma, corroborados em algum nível, pela prova carreada na instrução probatória que antecede a decisão de pronúncia¹⁷³.

Uma proposta de conclusão se encaminha para retirar o enfrentamento dos indícios suficientes de autoria na fase da pronúncia. Uma vez que a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, atribuída constitucionalmente, é do Conselho de Sentença composto por representantes da sociedade, caberia ao magistrado tão somente analisar se há materialidade de delito, em tese, doloso contra a vida, e dessa forma remeter os autos a julgamento perante os jurados, sem qualquer tipo de menção a prova já produzida nos autos no corpo da decisão de pronúncia.

Além do uso, conforme demonstrado, de atos de investigação, mormente prova testemunhal, com toda a fragilidade que esta apresenta, para fundamentar uma decisão pós-instrução processual, nota-se que o discurso utilizado ultrapassa a simples exposição dos fatos ocorridos nos autos e identificados como “indícios suficientes de autoria”. A mera contraposição das falas dos personagens do processo, em ambiente policial e judicial, inicia um olhar sobre o mérito da causa. Tal discurso, partido de uma autoridade no processo (aos olhos do leigo) – juiz pode refrear interpretação contrária, principalmente em caso de dúvida, sendo ignorada a presunção de inocência, garantia de direito humano conferida aos acusados em processo criminal.

Já foi tratado o argumento de autoridade contido na decisão de pronúncia frente aos jurados (Capítulo 1), portanto, questionar o discurso¹⁷⁴ exarado na sentença é importante,

¹⁷³ “Diante do princípio do livre convencimento, o indício não tem valor predeterminado. Não havendo escala de valor entre os meios de prova, o indício não vale nem mais nem menos que outras provas. (...) p. 665: Quanto aos indícios suficientes de autoria, não basta qualquer indício, e sim indícios suficientes de autoria. De qualquer forma, embora se exija um conjunto probatório que indique, com alto grau de probabilidade, que foi o acusado o autor do delito, não se exige a certeza da autoria”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 491).

¹⁷⁴ “O controle se aplica não só ao discurso como prática social, mas também às mentes daqueles que estão sendo controlados, isto é, aos seus conhecimentos, opiniões, atitudes, ideologias, como também às outras representações pessoais ou sociais. Em geral. O controle da mente é indireto, uma intencional, mas apenas possível ou provável consequência do discurso. E uma vez que as ações de pessoas são controladas por suas mentes (conhecimento, atitudes, ideologias, normas, valores), o controle da mente também significa controle

pois a inobservância da garantia da presunção de inocência, neste marco decisório do processo pode refletir no julgamento dos jurados, quando superada possível falta de provas e ou dúvida, com a análise de inícios suficientes de autoria. Este tema será melhor abordado quando da análise das decisões no capítulo terceiro da dissertação.

indireto da ação. Essa ação pode de novo ser discursiva, de modo que o discurso poderoso possa, indiretamente, influenciar outros discursos que sejam compatíveis com o interesse daqueles que detêm o poder”. (VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Poder**. São Paulo: Editora Contexto.2015. p. 17-18). “Mais do que em qualquer outra decisão, a linguagem empregada pelo juiz na pronúncia reveste-se da maior importância. Deve ser ela sóbria, comedida, sem excessos de adjetivação”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 1009). Sobre o ato de julgar: É inegável que o cérebro cruza informações para bem funcionar. Normalmente, a consciência está envolvida no ato de pensar e de julgar, mas como julgamos inúmeras questões ao longo do dia, muitas vezes a consciência não está presente em todos os momentos. A consciência não é sempre necessária para discriminar, decidir, julgar questões de menor importância. Julgamos, muitas vezes. Automaticamente. Igualmente, o processo decisório judicial pode abstrair-se, em maior ou menor medida, da consciência, quando o inconsciente se interpõe”.(CARVALHO, L G Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As dimensões não jurídicas do ato de julgar. In PRADO, Geraldo. MARTINS, Rui Cunha. CARVALHO, L G Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. A Cultura Jurídica Brasileira na transição para a democracia. São Paulo:Editora Marcial Pons. 2012. p. 89). “A mente humana não é capaz, ademais, de promover todas as combinações possíveis e o trajeto tático precisa ser cuidadosamente planejado para contaminar a atenção do julgador, especialmente quando já está convencido e procura, consciente ou inconscientemente, evitar novas informações (dissonância cognitiva)...Todos nós buscamos manter a coerência entre comportamentos, opiniões, crenças e atitudes, a saber, a cada nova informação advinda do exterior...Se o processo é o embate entre acusação e defesa, a instauração de dissonância cognitiva é o modo pelo qual se estabelecerá o mecanismo da decisão, já que o julgador precisa superar as dissonâncias cognitivas no ato decisório”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª edição. Empório do Direito. 2017. p. 187-203).

3 CONFORMAÇÃO ATUAL E CRÍTICA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

Para uma melhor análise da decisão de pronúncia, na busca de uma resposta para o problema proposto na presente dissertação, qual seja *qual o real limite (probatório) da decisão de pronúncia? Até que ponto indícios suficientes de autoria pós-instrução processual podem romper com a presunção de inocência sob o argumento de decisão pró sociedade?*, uma pesquisa documental se fez necessária.

Os dados resultantes da investigação dos julgados foram dissecados em duas partes: a primeira, uma análise quantitativa¹⁷⁵ das decisões de pronúncia em primeiro grau confirmadas em sede de Recurso em Sentido Estrito, no âmbito do Tribunal de Justiça do RS; e as decisões de pronúncia proferidas por juiz singular que não foram confirmadas pelo colegiado em segunda instância. A segunda, uma análise dos discursos contidos nas decisões, os quais podem acabar influenciando o julgamento futuro pelos juízes leigos, os quais possuem acesso às decisões, sem que os atores técnicos possam fazer qualquer menção a elas durante os debates em plenário de Júri¹⁷⁶.

A pesquisa foi estruturada sobre dados colhidos no mês de Fevereiro de 2017, no site do Tribunal de Justiça do Estado do RS¹⁷⁷, selecionados os acórdãos publicados oriundos de Recurso em Sentido Estrito resultantes do termo de pesquisa “*indícios suficientes de autoria e pronúncia*”, no período de 01.01.2015 a 31.12.2016, em processos sob a competência das 1ª. e 2ª. Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre/RS. Foram exibidos ao todo 265 acórdãos.

Como segunda parte da investigação, de cada acórdão publicado no período informado buscou-se a decisão originária de pronúncia, com a finalidade de explorar possível

¹⁷⁵ “A pesquisa quantitativa se centra na objetividade. Influenciada pelo positivismo, considera que a realidade só pode ser compreendida com base na análise de dados brutos, recolhidos com o auxílio de instrumentos padronizados e neutros. A pesquisa quantitativa recorre à linguagem matemática para descrever as causas de um fenômeno, as relações entre variáveis, etc. A utilização conjunta da pesquisa qualitativa e quantitativa permite recolher mais informações do que se poderia conseguir isoladamente”. (GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo (Orgs). **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora UFRGS. 2009, p. 33).

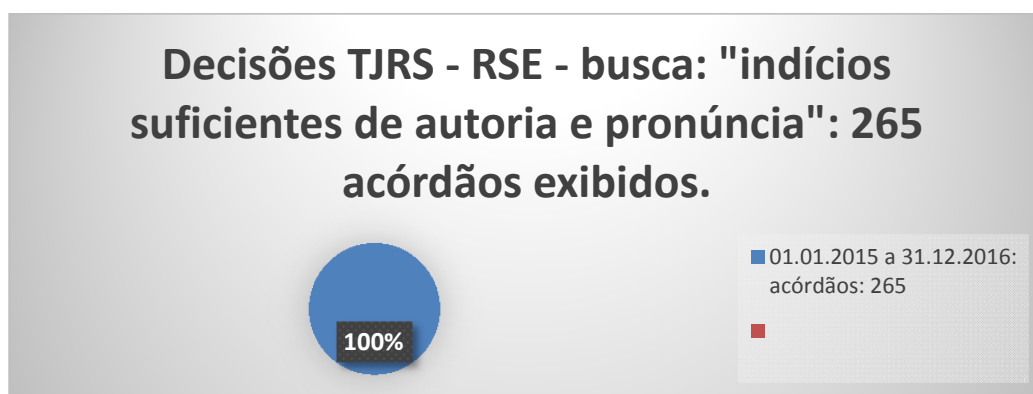
¹⁷⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. art. 472 (...):Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008); Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm.

¹⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca>.

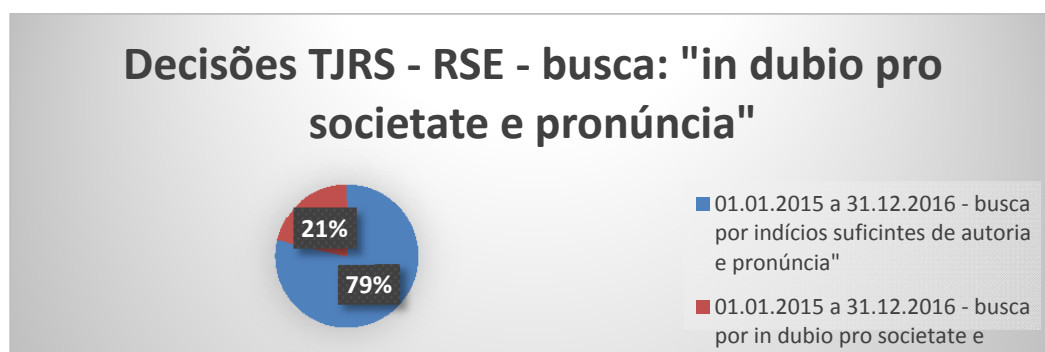
modificação ou não no discurso utilizado pelos julgadores, quando da manutenção da decisão ou em caso de despronúncia.

3.1 DA (IN) OBSERVÂNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A RECEPÇÃO DOS INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA, COM VISTAS A UM JULGAMENTO PRÓ-SOCIEDADE.

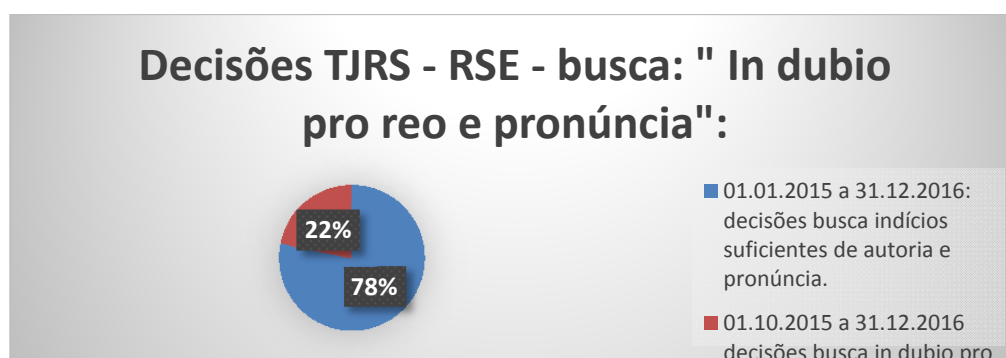
Os resultados da pesquisa documental apontam no sentido de afirmar a inobservância da garantia da presunção de inocência em ambas as instâncias decisórias, bem como o reforçar do interesse social nestas fases do julgamento de competência dos crimes dolosos contra a vida, atribuindo, portanto, ao processo penal, uma finalidade de política criminal, o que acaba por acentuar seus viés inquisitorial, ao preferir o critério de segurança sobre o direito fundamental à presunção de inocência do acusado.



A título de informação, no momento do levantamento dos dados, após a utilização do caminho de busca “*indícios suficientes de autoria e pronúncia*”, foi refeita a pesquisa com o assunto “*in dubio pro societate e pronúncia*”, utilizando os mesmos parâmetros de período e comarca, e o resultado foi de 72 acórdãos, os quais integram os 265 acórdãos utilizados para a pesquisa.

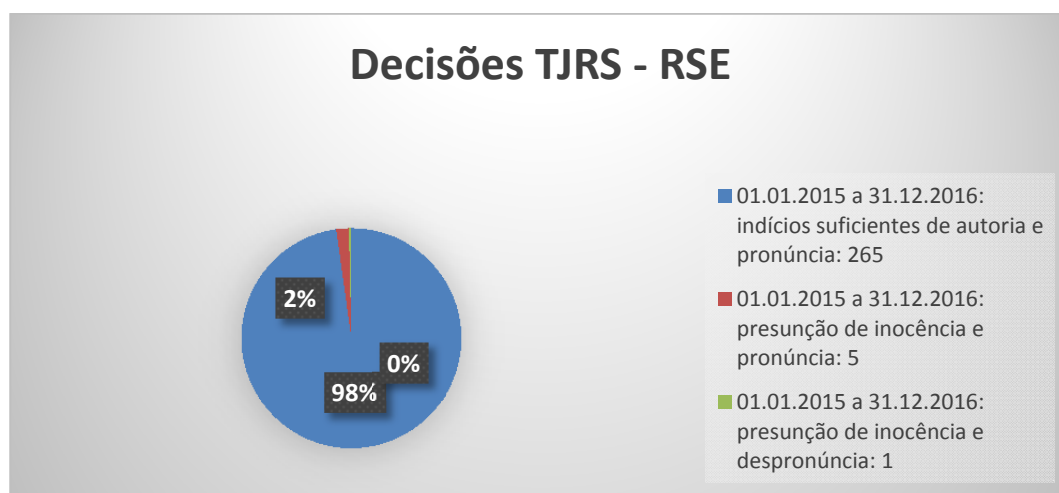


De igual forma foi utilizado o termo de busca “*in dubio pro reo e pronúncia*” e localizados 74 acórdãos.

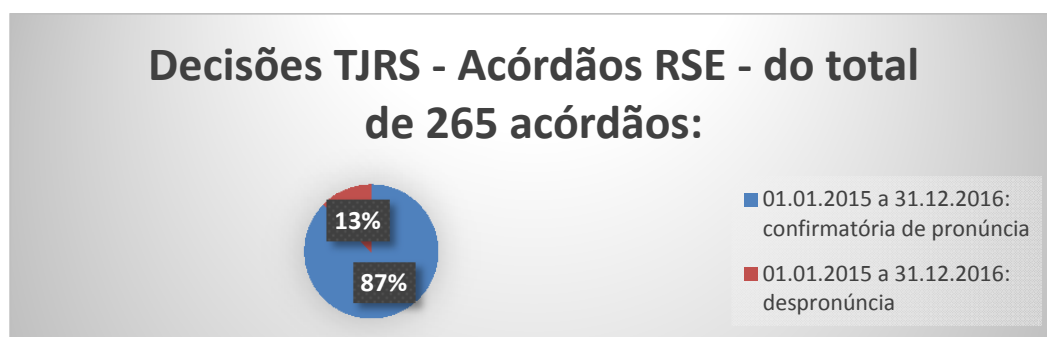


Tais números, nestes critérios de pesquisa, demonstram uma inversão na lógica dos discursos utilizados em segundo grau, com o abandono das expressões mencionadas a justificar a fundamentação dos acórdãos.

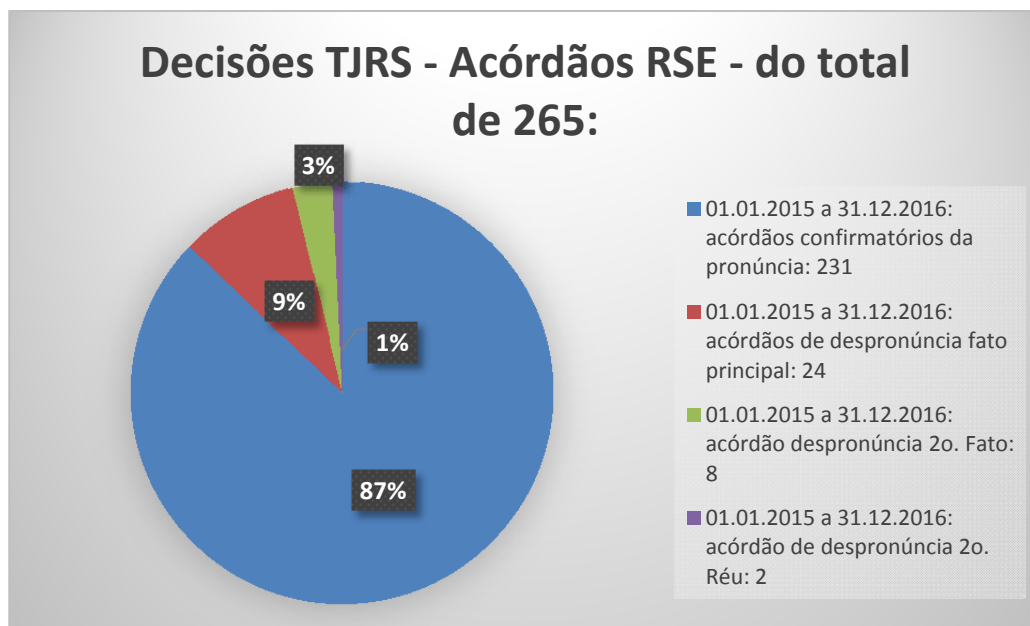
Contudo, talvez o que mais tenha chamado a atenção, e deveria servir de alerta, é que ao utilizar o termo “*presunção de inocência*” acompanhado de pronúncia e despronúncia, o resultado exibido foi de 05 acórdãos para o primeiro e 01 (um) para o segundo acompanhamento, respectivamente. Isto só reforça a inobservância da garantia da presunção de inocência em sede de decisões judiciais, onde sequer é mencionada de forma expressa durante o trabalho de fundamentação.



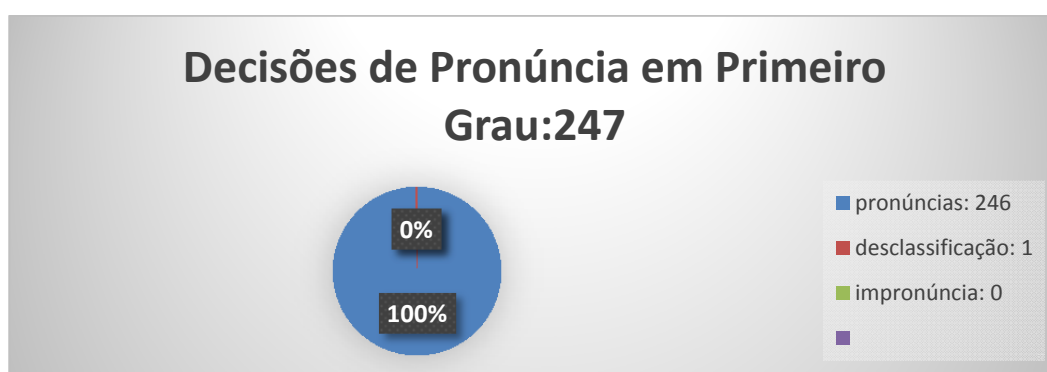
Seguindo com a pesquisa, das 265 decisões publicadas em Recurso em Sentido Estrito, somente em 34 ocorreu a despronúncia do acusado pronunciado em primeiro grau. Aqui, importante mencionar que destas 34 despronúncias em sede de segunda instância de julgamento, 08 corresponderam ao segundo fato (5 por tráfico, 2 por associação criminosa e 1 por corrupção de menor (art. 244-A do ECA) e 02 foram com relação ao segundo réu.



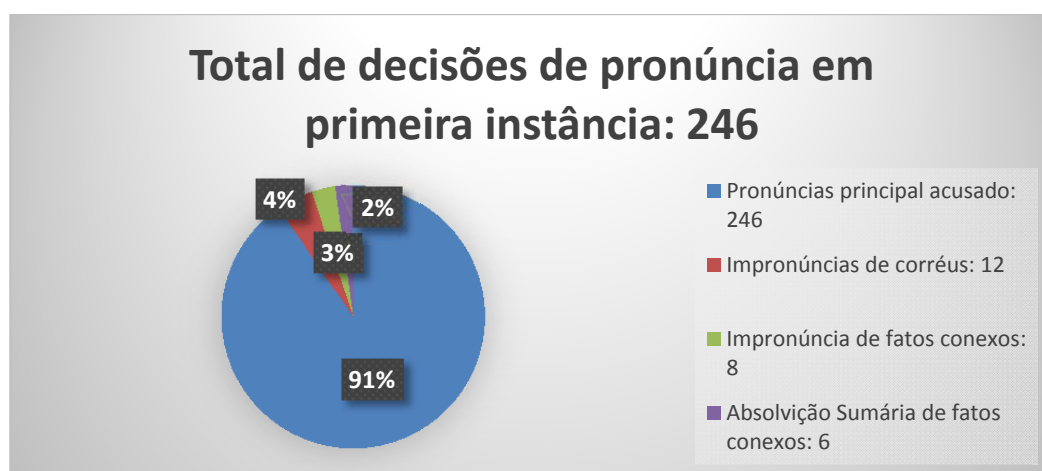
Como exposto acima, dos 34 casos de despronúncia, em verdade, somente em 24 casos não foi confirmada a decisão de pronúncia em primeiro grau, tendo em vista que em 08 casos a despronúncia ocorreu com relação ao segundo fato, sendo mantida e remetida a julgamento perante o tribunal do júri, o delito de homicídio. Em outros dois casos, a despronúncia foi com relação ao segundo réu, sendo, portanto, mantida a acusação com relação ao primeiro acusado. Assim que, os números expressos sofrem transformação, reduzindo o percentual de despronúncias ocorridas.



As decisões exaradas pelo juízo a quo, mostram outra realidade, quando enfrentadas as decisões de pronúncia e impronúncia. De posse do acesso aos 265 acórdãos, seguiu-se o caminho de retorno em busca das decisões de pronúncia e/ou impronúncia, proferidas em primeira instância. Neste contexto, houve uma quebra na numeração, ante a falta de acesso a 18 sentenças não disponibilizadas no site do Tribunal de Justiça do RS. Dessa forma, os dados coletados dizem respeito a somente 247 decisões de pronúncia em primeiro grau de jurisdição. Deste universo de 247 decisões proferidas pelo magistrado singular, 246 são de pronúncia dos acusados e 1 de desclassificação para delito de competência de vara criminal comum, ou seja, não doloso contra a vida.



De dentro do universo das 246 decisões de pronúncia foram encontradas 8 impronúncias com relação a um segundo ou demais fatos; 12 impronúncias de segundo ou demais réus; 6 absolvições sumárias de fatos conexos ao principal, isto é, muito embora tenham ocorrido impronúncias e absolvições sumárias, o réu principal na ação foi pronunciado e o fato principal levado a julgamento perante o Tribunal do Júri:



Embora não haja qualquer questionamento com relação à competência constitucional dos juízes leigos para apreciação das causas envolvendo crimes dolosos contra a vida, é necessário pontuar que o baixo percentual de despronúncias em sede de segunda instância chama a atenção, mas se mostra mais favorável se comparado com os números de primeiro grau, onde nenhuma impronúncia de réu principal foi realizada, o que leva a crer, ao menos em tese, de que o problema a ser enfrentado é o entendimento do que seriam indícios suficientes de autoria em confronto com o que é uma prova. Da análise dos textos das decisões, é possível extrair que os magistrados de primeiro grau têm como um dos pontos de partida para sustentação e formação dos *indícios suficientes de autoria*, aptos a autorizar a pronúncia do acusado, a prova indiciária, aquela produzida sem a observância do contraditório e ampla defesa, em ambiente exclusivamente policial, conforme trabalho em capítulo anterior.

A prova indiciária pessoal¹⁷⁸, produzida sem o crivo do contraditório, não pode ser valorada ao ponto de justificar indícios suficientes de autoria, pois não se sustenta perante o termo “suficiente”. A oitiva de pessoas em sede de inquérito policial constitui o quadro de elementos indiciários, resultantes de uma investigação, os quais, em conjunto com provas pré-constituídas¹⁷⁹, angariadas durante investigação, servem para formar o convencimento do órgão acusador, a sustentar a abertura de ação penal contra o indiciado. Contudo, não são capazes de qualificarem-se como “indícios suficientes” a comprovar, em tese, a autoria de um delito, ante a sua volatividade.

Também, ocorrentes são os casos levados a julgamento perante o plenário de júri, constituídos de testemunhos que não se renovaram em ambiente judicial, ou que correspondem às “testemunhas de ouvir dizer” (hearsay). Neste contexto, em sede de recurso em sentido estrito, ocorreram as despronúncias, a exemplificar:

¹⁷⁸ “Já no caso de provas constituídas, que decorram de fontes pessoais e devam ser produzidas em contraditório de partes, perante o juiz da causa, em regra, não poderá ser valorado na sentença um elemento gnoseológico obtido em inquérito. Isso porque, a oitiva de tal pessoa, testemunha ou vítima, pela autoridade policial não se dá em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial. Jamais, porém, se poderá optar por uma cômoda aceitação da versão proferida inquisitorialmente no inquérito, ao invés do depoimento de conteúdo diverso prestado em contraditório de partes”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 421). No mesmo sentido: “A prova testemunhal se caracteriza preponderantemente pela judicialidade, já que possui natureza jurídica de meio probatório. No espaço da judicialidade, o depoimento pessoal somente poderá ser valorado como meio de prova se produzido perante o juiz e sob o manto do contraditório, como forma de inibição do arbítrio estatal e de restrição do poder de coerção do Estado”. (EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2016. p. 147). “(...)as provas renováveis, como a testemunhal, acareações, reconhecimentos, etc., devem, para ingressarem no mundo dos elementos valoráveis na sentença, necessariamente ser produzidas na fase processual, na presença do juiz, da defesa e da acusação, com plena observância dos critérios de forma que regem a produção de prova no processo penal”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 326) No sentido de se reconhecer como prova somente os elementos captados sob contraditório: “É, com efeito, pela vinculação da prova ao mecanismo do contraditório que a decisão penal ganha os seus foros de legitimidade, na medida exata em que essa vinculação pressupõe o afastamento do fantasma inquisitorial – afastamento esse, entretanto, só devidamente concretizado se não for esquecido que, em sede de processo penal, a essência profunda não está, em bom rigor, no contraditório, antes reside na presunção de inocência, com todos os seus consectários legais (citando Giacomolli). O contraditório é a verdadeira condição de validade da prova. A ausência de contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção. O elemento de convicção é inidôneo para servir ao convencimento do juiz, mesmo à luz do princípio do livre convencimento motivado”. (MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 21).

¹⁷⁹ “Toda vez que o elemento de informação colhido no inquérito policial diga respeito a uma fonte real, por se tratar de uma prova pré-constituída, é perfeitamente possível ao juiz penal valorá-lo no momento de sentenciar. Assim, por exemplo, contratos, recibos, cartas e extratos bancários que tenham sido obtidos e juntados aos autos do inquérito policial serão passíveis de valoração. Isso porque, as provas pré-constituídas não exigem o contraditório em sua formação”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 420).

Recurso Em Sentido Estrito. Crimes Contra A Vida. Homicídio Qualificado. Prova Da Materialidade. Ausência De Indícios Suficientes De Autoria. Despronúncia. 1. A prova certa da existência do crime e dos indícios suficientes da autoria é requisito para a pronúncia do acusado. Por outro lado, a falta de um ou de ambos enseja a despronúncia. 2. No caso em tela, nenhuma testemunha afirma ter visto o crime e nem aponta o respectivo autor. Tampouco há prova indiciária nesse sentido, permanecendo por demais tênues eventuais referências dos parentes da vítima de que ouviram dizer (rumores) que o recorrente seria o autor do crime. Possibilidade de identificação e intimação de testemunhas oculares do fato, o que não foi feito. 3. Portanto, não há indícios suficientes que levem a crer que o recorrente tenha cometido a infração que lhe é imputada¹⁸⁰.

Recurso Em Sentido Estrito. Homicídio Qualificado. Ausência De Indícios Suficientes De Autoria. Despronúncia.

Ainda que comprovada a existência do fato, imprescindível, para pronunciar o réu, a presença de indícios suficientes de autoria. Hipótese dos autos em que as únicas referências de que o réu seria o autor do crime foram extraídas de informes de testemunhas que “ouviam dizer” por terceiros não identificados. A elucidação do crime, vale dizer, não é tarefa judicial, incumbindo à polícia judiciária e ao Ministério Público angariar elementos concretos que apontem a prática do crime pelo recorrente. Permitir a pronúncia com base em elementos por demais frágeis é chancelar as deficiências na condução das investigações e da produção da prova acusatória. Havendo referência de que alguma testemunha “ouviu dizer” que o réu foi um o autor do crime, bastaria indagar quem teria feito tais afirmações e trazer aos autos a testemunha referida, colacionando elementos acerca da autoria delitiva. Precedente. Despronúncia¹⁸¹.

Tentativa De Homicídio. Pronúncia. Indícios De Autoria. Insuficiência. 1. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia exige-se o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. 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. O artigo 413 do cpp, porém, exige a suficiência dos indícios, a indicar que, quando insuficientes, impõe-se a decisão de impronúncia. 2. No caso, a impronúncia do acusado se mostra impositiva diante da inexistência de indícios de sua participação no crime, dentre os elementos probatórios produzidos na fase judicial. Inadmissibilidade do testemunho de “ouvir dizer”, denominado hearsay testimony. Viabilidade da acusação não demonstrada. Impronúncia que se impõe¹⁸².

Homicídio Qualificado. Pronúncia. Indícios De Autoria. Insuficiência. 1. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia exige-se o

¹⁸⁰ A escolha de partes de decisões (ementas) citadas na dissertação foi feita de forma aleatória, dentro do conjunto de decisões captadas pela pesquisa correspondente aos processos julgados em sede de Recurso em Sentido Estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, de processos de competência das Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre. (RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70068473990**. Relator Des. Sergio Blattes. 3ª Câmara Criminal. Julgado dia 08 jun. 2016.)

¹⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70067362749**. Relator Des. Sergio Blattes. 3ª Câmara Criminal. Julgado dia 04 mai. 2016.

¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70059231159**. Relator Des. Sergio Blattes. 3ª Câmara Criminal. Julgado dia 18 mai. 2016.

convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. 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. O artigo 413 do CPP, porém, exige a suficiência dos indícios, a indicar que, quando insuficientes, impõe-se a decisão de impronúncia. 2. No caso, inviável a manutenção do juízo de pronúncia dos acusados, que se deu com base nos depoimentos de duas testemunhas, as quais souberam da autoria do delito através de terceiros não identificados. Nenhum dos policiais inquiridos se recordou do fato. Inadmissibilidade do testemunho de “ouvir dizer”, denominado hearsay testimony. Réus despronunciados¹⁸³.

Júri. Recursos Em Sentido Estrito. Homicídio Qualificado E Associação Para O Tráfico De Drogas. MÉRITO. Vindo aos autos declarações prestadas pela mãe do ofendido, no sentido de que já havia solicitado à acusada Maria que parasse de vender drogas para seu filho, pois não teria mais condições econômicas de arcar o pagamento, bem assim aquelas prestadas por outra testemunha, afirmando ter ouvido da vítima que estava sendo está ameaçada pela acusada, em razão de dívidas decorrentes do consumo de drogas, inviável despronúncia, porquanto tais dados informativos apontam para o fato de ser a recorrente mandante do homicídio. Limitados os indícios da autoria atribuída ao acusado recorrente a informações que teriam sido prestadas por pessoas não identificadas no sentido de que teria atraído a vítima para o local aonde veio a ser executada, não subsiste a decisão de pronúncia, pois ausentes suficientes indícios de autoria¹⁸⁴.

O que se pode perceber é que a prova indiciária suficiente para confirmar a decisão de pronúncia em primeiro grau, foi descartada em segunda instância, por se tratar de testemunhos sem qualquer suporte probatório, a qual poderia ter sido mensurada para encerramento do processo já em primeiro grau, em face da ausência de provas a demonstrar a autoria do fato, resultando na impronúncia do acusado.

A justificar tal conduta, deveria estar a observância da garantida da presunção de inocência não só como norma probatória, mas também como norma de tratamento, isto é, em não havendo sequer indícios, quiçá suficientes, do cometimento do delito pelo acusado, após finda a instrução processual realizada perante o magistrado, a impronúncia se impõe. A decisão de pronúncia, tida como um segundo filtro à acusação formulada (em que pese após a reforma de 2008 tenha sido alçada à limitadora da acusação, ante a supressão do libelo crime acusatório), deveria se prestar a uma melhor análise do contexto probatório, e não provocar qualquer constrangimento na aplicação do *in dubio pro reo*, com o completo abandono do “inclassificável” *in dubio pro societate*.

¹⁸³ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70065968588**. Relator Des. Sergio Blattes. 3ª Câmara Criminal. Julgado dia 05 out. 2016.

¹⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70065756827**. Relator Des. Sergio Blattes. 3ª Câmara Criminal. Julgado dia 10 dez. 2015.

Em um segundo momento, das decisões de primeiro grau, denotam-se vícios de linguagem e argumentação. Os magistrados, ao prolatarem as decisões de pronúncias, tentam não adentrar de forma mais consistente na análise probatória, contudo, a redação realizada acaba demonstrando não só o confronto do caderno probatório com os atos de investigação, e “indícios suficientes” são tratados como “prova” ante a linguagem desenvolvida.

A exemplificar:

No que concerne à autoria delitiva, há indícios suficientes nos autos para levar o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Analisando o exíguo acervo probatório, relativamente aos elementos que servem para elucidar os fatos, têm-se: um relato proferido pela vítima durante a investigação policial, o depoimento de dois policiais militares, que se dirigiram ao local do fato logo após à conduta delitiva, e as alegações trazidas pelo acusado¹⁸⁵.

Sumário da prova oral colhida: os réus, em seus interrogatórios, negaram a autoria dos fatos¹⁸⁶. (grifo nosso).

Trata-se de fase de pronúncia, em que impera o princípio do in dubio pro societate, que decorre da competência constitucional do Conselho de Sentença para a análise dos crimes dolosos contra a vida. Decorre disso, também, a circunstância de que é vedado ao juiz togado exame aprofundado da prova, para não comprometer a convicção dos jurados, bem como que qualquer dúvida quanto ao dolo, autoria ou excludente de ilicitude, resolver-se-á com a remessa do processo ao seu juízo natural. Considerando tais premissas, passo ao exame da prova¹⁸⁷. (grifo nosso).

No entanto, o feito revela indícios de autoria, que autorizam a pronúncia da acusada. Com efeito, o caderno probatório engendra-se com as declarações dos policiais militares¹⁸⁸: (grifo nosso).

Assim, frente ao conjunto probatório coligido ao longo de toda a instrução criminal, presentes prova da materialidade do fato I e indícios suficientes de autoria para o juízo de admissibilidade da acusação – conforme fundamentação acima exposta –, inviável a impronúncia dos acusados¹⁸⁹. (grifo nosso).

Assim, frente ao conjunto probatório coligido durante a instrução criminal, em que presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para o juízo de

¹⁸⁵ A escolha de partes de decisões de pronúncia citadas na dissertação foi feita de forma aleatória, dentro do conjunto de decisões captadas pela pesquisa correspondente aos processos julgados em sede de Recurso em Sentido Estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, de processos de competência das Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre. Os discursos identificados nas decisões expostas se repetem nas sentenças dos quatro juízes titulares das Varas do Júri de Porto Alegre. O enfrentamento do conteúdo expresso na pronúncia segue sempre a mesma linha de raciocínio, não havendo prejuízo para a pesquisa a não menção de mais decisões.

PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº:001/2.13.0021900-7** (CNJ:.0100205-24.2013.8.21.0001). 1ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁸⁶ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0037818-0** (CNJ:.0166568-90.2013.8.21.0001).

1ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁸⁷ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.14.0025885-3** (CNJ:.0121921-73.2014.8.21.0001).

2ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁸⁸ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.11.0097023-0** (CNJ:.0299282-82.2011.8.21.0001).

1ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁸⁹ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.14.0025885-3** (CNJ:.0121921-73.2014.8.21.0001).

2ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

admissibilidade da acusação – conforme fundamentação acima exposta –, inviável de se operar, neste momento, a desclassificação da conduta teoricamente praticada por W, como postulado por sua Defesa, pois importaria em apreciação do animus necandi, matéria de competência constitucional exclusiva do Tribunal do Júri¹⁹⁰. (grifo nosso).

A prova oral produzida, no entanto, autoriza a pronúncia do acusado com os elementos suficientes de autoria e dolo necessários a fase de pronúncia¹⁹¹. (grifo nosso).

A uma primeira observação, a análise da linguagem aplicada nas decisões, enfrentando como prova o que era para ser apontado como indício suficiente de autoria, pode parecer um rigor técnico exacerbado e sem propósito, visto que supostamente não produz qualquer alteração prática maior no mundo real. Entretanto, importante manter a lembrança que tal decisão será entregue a um juiz leigo, com capacidade para ler “prova” e entender como “fato provado”, e mais, analisado e valorado por um juiz, ator técnico do processo penal. Tal contexto de apreciação do conteúdo da decisão de pronúncia deve ser considerado, não só dentro do ambiente do processo de competência do Tribunal do Júri, onde o julgamento se dará por íntima convicção e sem fundamentação e, mormente sob a análise da doutrina aplicada ao direito humano à presunção de inocência¹⁹², e sua confrontação ou conformação dentro do processo penal.

É necessário atribuir à decisão de pronúncia certa cautela, principalmente pelo fato de que será observada em plenário de julgamento por um jurado, juiz leigo, membro de um corpo social contaminado pelos mais diversos discursos no tocante ao assunto criminalidade. Conforme alerta COUTINHO¹⁹³, “em períodos como o atual, onde se manipula

¹⁹⁰ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo n: 001/2.11.0091861-0** (CNJ:.0275404-31.2011.8.21.0001).

2ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁹¹ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo n:001/2.13.0086248-1** (CNJ:.0371198-11.2013.8.21.0001).

2ª. Vara do Júri de Porto Alegre;

¹⁹² “Os contextos não são um tipo de condição objetiva ou de causa direta, mas antes construtos (intersubjetivos) concebidos passo a passo e atualizados na interação pelos participantes enquanto membros de grupos e comunidades. Se os contextos fossem condições ou restrições sociais objetivas, todas as pessoas que estão na mesma situação social falariam do mesmo modo. Portanto, a teoria precisa evitar ao mesmo tempo, o positivismo social, o realismo social e o determinismo social: os contextos são construtos dos participantes”. (VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Contexto**. Uma abordagem sociocognitiva. São Paulo: Editora Contexto. 2012. p. 11).

¹⁹³ “Não é preciso saber muito sobre a “viragem linguística” para se ter presente que a palavra não segura nada (não permitindo “o” sentido, mas tão só “um” sentido entre tantos possíveis; tampouco “a” verdade – Toda! -, sempre demais para um humano), justo porque desliza em giros produzidos pelas freudianas condensações e deslocamentos (ou metáforas e metonímias, como queria Lacan), motivo bastante para ser levada mais a sério no Direito, o que, de fato, não ocorre. Eis aí a fonte de boa parte do sofrimento de alguns juristas ao se defrontarem com ceguinhos, nefelibatas e catedráticos, como conceituou Lyra Filho, mormente em períodos como o atual,

discursivamente tudo o que for possível”, entregar em mãos de um agente leigo, decisão judicial (reforçando o argumento de autoridade implícito), da qual as partes não podem fazer menção durante os debates em plenário, é deixar ao livre arbítrio daquela parte a interpretação do texto, com potencial de afastar a sua dúvida no momento da votação, ante a “análise” probatória já efetuada pelo próprio juiz da causa. Neste contexto, nos parece que o próprio jurado viria a abrir mão da sua competência de julgador, ao embasar a sua convicção em uma decisão proferida por um juiz ou colegiado de Tribunal¹⁹⁴.

Afora tal vício de linguagem, ao trabalhar como prova o que deveria ser tão somente nominado como indício, identificado nas decisões proferidas o trabalho de confronto do conteúdo dos autos, mormente no que diz respeito aos depoimentos, com o fito de demonstrar os “indícios suficientes de autoria” ou a existência de duas versões nos autos, para o fato denunciado, o que, ao final, também pode servir de roteiro ao jurado, não só durante o julgamento, mas também no momento da votação.

A exemplificar o discurso:

Ao ser interrogado em juízo, A alegou ter agido em legítima defesa. Referiu que a vítima G e outro “gordinho” tentaram subtrair sua bicicleta, tendo desarmado G, o qual estava portando uma faca e, defendeu-se: “(...) Peguei a bicicleta e saí correndo. Eles vieram atrás e o J veio com uma faca e me defendi. Com o que eu aprendi no curso de vigilante eu tomei a faca. Eu não tinha intenção de cortar, mas ao pegar a faca deu um raspão no pescoço e aí saiu sangue eu saí todo ensanguentado, fui em casa tomei banho e resolvi voltar para conversar porque eu não tive a intenção.” (fls. 315/317). A prova oral produzida, no entanto, autoriza a pronúncia do acusado, com elementos suficientes de autoria e dolo necessários à fase da pronúncia. A vítima G, em juízo, relatou que na data do fato estava juntamente com o réu A, o qual era seu amigo, ocasião em que após uma discussão por bobagem, se desentenderam. Em seguida, Â lhe desferiu uma gravata e após atingiu seu pescoço com uma faca: “Eu que imobilizei ele que me deu pescoção e levantei e imobilizei e larguei no chão e na brincadeira que ele caiu de costas no chão e estiquei o braço para ele levantar de novo, que era brincadeira eu estava levando por isso, onde ele se levantou com o punhal cravando no meu pescoço”. (fls. 301/307). A testemunha P, em sede inquisitorial, relatou que após uma discussão entre G e Â, o acusado desferiu uma facada no pescoço de G e empreendeu fuga (fl. 30). Assim, frente ao conjunto

onde se manipula discursivamente tudo o que for possível. Os lúcidos, sem embargo, sempre souberam ler nas entrelinhas, de modo a não se iludirem”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Absurdo das Denúncias Genéricas**. FISCHER, Otavio Campos (Coord). Tributos e Direitos Fundamentais. Ed. Dialética. São Paulo. 2004. p.136).

¹⁹⁴ “No topo da escala está o juiz. Não existe um cargo mais alto que o seu, nem uma dignidade mais imponente. Assim, se aqueles que estão ante o juiz para serem julgados são partes, quer dizer que o juiz não é parte. Em efeito, os juristas dizem que o juiz está super partes, por isso, o juiz está no topo e o imputado no chão, abaixo dele, um na cela, o outro acima da cátedra”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2ª. edição. Editora Minelli. 2006. p. 31/32.)

probatório coligido nos autos, havendo duas versões acerca da dinâmica do fato em apreço, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para o juízo de admissibilidade da acusação – conforme fundamentação acima exposta – inviável o acolhimento da tese de legítima defesa alegada pelo Réu, cabendo ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, juízo constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e exarar seu veredito final. É digno de destaque que, neste momento processual, seria inadequado reconhecer-se eventual incidência da excludente de ilicitude de legítima defesa, como postulado pela Defesa do réu, pois importa em apreciação do mérito, que é matéria de competência exclusiva do Tribunal do Júri, e há versão contrária a do réu que não permite seu acolhimento de plano¹⁹⁵.

O réu negou a autoria delitiva. Corroborando com as teses da acusação, têm-se os depoimentos das testemunhas R e H. R., genitora da vítima: “EM JUÍZO: (...) T: Eu não estava no momento, o que eu soube foi que a minha ex-nora que agora não é mais, me disse que eles estavam jogando sinuca nesse local e quando viu chegou esses rapazes e falaram assim para ele: tu sabe o que tu fez e saíram atirando, daí depois eu soube que foi 09 milímetros por que eu acompanhei a perícia, não é, aí eu perguntei para eles qual era o calibre que tinha matado ele, daí eles me falaram que era uma 09 milímetros que eles teriam atirado nele. MP: Quantos rapazes eram? T: Que me falaram era 05. MP: A senhora sabe o nome de algum deles? T: Eu sei, me disseram que era o N, o A e quem forneceu as armas me disseram que era que faleceu o M e esse D era o motorista que conduziu eles até lá (...). MP: Qual o motivo porque teriam matado o J? T: Por que o A esse ameaçou o meu filho que vai depor agora de morte lá no Ipu perto da onde ele mora, agora não mora mais, e ele ligou para o irmão e aí esse meu filho foi até lá e discutiram e acabou esse meu filho dando tiros nele. Aí ele se recuou para trás de um trailer lá e disse assim para o meu filho, assim a minha nora me falou: quando eu me recuperar eu vou te buscar, falou assim, daí ele foi ser medicado saiu do hospital foi lá e matou ele. (...)”. H, irmão da vítima (fls. 419/424). “EM JUÍZO: (...) T: O que aconteceu assim ó, eu tive uma desavença com o A esse, o N, por causa de namorada e coisa assim, aí a partir daí ele começou a me ameaçar, foi até a minha casa botou uma arma na minha cara, me deu um soco no rosto, a partir daí começou as ameaças, daí foi aonde eu comecei a me assustar e comuniquei o meu irmão, daí o meu irmão teve uma, duas vezes, conversou com ele, discutiram, se ameaçaram, daí um certo dia eu fui no trailer para buscar um refri e ele estava e daí ele me ameaçou, estava armado, tudo, daí eu retornei a ligar para o meu irmão, daí o meu irmão veio e eles tiveram uma desavença e o meu irmão efetuou uns disparos nele, uns tiros nele, aí depois através disso ocorra esse homicídio do meu irmão, uns 02 meses depois. Inclusive daí eu fui acusado dessa tentativa de homicídio contra o A, respondi a tentativa, fui absolvido por essa tentativa aí, realmente não fui eu, no caso eu era a vítima, não é, e resultou nisso daí. (...). MP: O senhor sabe quantas pessoas estão envolvidas na morte do seu irmão? T: A princípio três pessoas. (...). O D, o Da que era o taxista que levou e o A que é o N. (...)”. Diante dos depoimentos prestados, inviável o acolhimento do pedido de impronúncia, conforme postulado em memoriais pela defesa, já que, existindo duas versões contrapostas na prova, o órgão julgador competente para dirimir a controvérsia é o Conselho de Sentença. Assim, tais depoimentos

¹⁹⁵ A escolha de partes de decisões de pronúncia citadas no corpo da dissertação foi feita de forma aleatória, dentro do conjunto de decisões captadas pela pesquisa correspondente aos processos julgados em sede de Recurso em Sentido Estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, de processos de competência das Varas do Júri da Comarca de Porto Alegre. Os discursos identificados nas decisões expostas se repetem nas sentenças dos quatro juízes titulares das Varas do Júri de Porto Alegre. O enfrentamento do conteúdo expresso na pronúncia segue sempre a mesma linha de raciocínio, não havendo prejuízo para a pesquisa a não menção de mais decisões. (PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0086248-1** (CNJ:0371198-11.2013.8.21.0001). 2ª. Vara do Júri.)

constituem-se em elementos mínimos legalmente exigidos, impondo-se a pronúncia. É certo que nessa fase “in dubio pro societate” ou seja, na dúvida impõe-se a pronúncia¹⁹⁶.

No que concerne à autoria delitiva, há indícios suficientes nos autos para levar o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri. Analisando o exíguo acervo probatório, relativamente aos elementos que servem para elucidar os fatos, têm-se: um relato proferido pela vítima durante a investigação policial, o depoimento de dois policiais militares, que se dirigiram ao local do fato logo após à conduta delitiva, e as alegações trazidas pelo acusado. S, ao depor perante a autoridade policial, relatou ter se deslocado, na data do fato, à residência do acusado para com ele ter relações sexuais, haja vista ser garota de programa. Ao chegarem no local, após a ingestão de bebida alcoólica, a vítima se negou a manter relação sexual com J, razão pela qual ele a agrediu com socos, chutes e, posteriormente, com golpes de faca. Ato contínuo, o acusado teria acionado a Brigada Militar pelo telefone, pedindo auxílio, haja vista os ferimentos sofridos por S. A versão trazida pelo acusado reflete situação diversa. J negou o intuito de manter relações sexuais com a ofendida, aduzindo ter tão somente permitido que esta se dirigisse à sua residência para consumir drogas. Após o uso excessivo de substâncias entorpecentes, S teria agredido o acusado, razão pela qual este passou a se defender com uma faca. Na sequência, J teria procurado por socorro. Os policiais militares, em Juízo, revelaram ter encontrado a vítima desnorreada, com ferimentos no pescoço e na região abdominal, muito ensanguentada. De acordo com os milicianos, o acusado estaria com sinais de embriaguez, muito atordoado com a situação, mas sem opor resistência, tendo, inclusive, aberto a porta da casa para que adentrassem. Diante de tais elementos, tenho que é forçoso reconhecer o deslinde de submissão do acusado ao Conselho de Sentença. A colaboração do réu na tentativa de socorrer a vítima vem amparada não apenas pelo seu depoimento, mas pelos relatos dos policiais e da própria S, que confirmou o telefonema dado por J. Todavia, tal circunstância não está apta a afastar a possível existência de animus necandi na conduta praticada pelo réu, que deverá ser julgado pelo corpo de jurados. Embora as razões que permearam o lamentável desfecho dos fatos não tenham sido verdadeiramente esclarecidas nos autos, o contexto desse nítido confronto entre vítima e acusado deve ser levado aos juízes constitucionalmente competentes para elidir os conflitos dos crimes dolosos contra a vida, apontando, ao final, a decisão que melhor retrate a visão da sociedade sobre a dúvida instaurada¹⁹⁷. (grifo nosso).

Os réus, em seus interrogatórios, negaram a autoria dos fatos. S relatou que estava em casa no momento do episódio e acredita estar sendo acusado por causa de seus antecedentes. J disse que estava na casa de sua tia na Vila Cruzeiro quando da ocorrência do crime. A vítima R, em juízo, narrou:

MP: O senhor pode me narrar a cena, como que aconteceu, o que o senhor viu? **T:** No momento eu estava de costas, quando eu fui alvejado eu caí no chão e em seguida eu levantei, tomei outro tiro na cabeça, consegui levantar e segui só para a frente, corri para a frente. [...] **MP:** O senhor não viu os réus ali? **T:** Não, não vi. **MP:** O senhor desmente então o que o senhor falou na Delegacia de Polícia, é isso? **T:** Na Delegacia de Polícia é uma coisa, a gente está com raiva, cabeça quente, mas na frente do Juiz é outra. (fls. 303v/304).

¹⁹⁶ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.07.0015804-0** (CNJ:0158042-47.2007.8.21.0001). 2ª. Vara do Júri.

¹⁹⁷ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.13.0021900-7** (CNJ:0100205-24.2013.8.21.0001). 1ª. Vara do Júri.

Porém, na fase inquisitorial, trouxera narrativa diversa, na qual aponta os acusados como autores do delito (fls. 13/15): (grifo nosso)

Que (...) estava na rua conversando com alguns amigos quando percebeu que haviam feito um disparo de arma de fogo. Que imediatamente o declarante sentiu uma dor no braço direito. Que ao olhar para trás viu a pessoa de F com uma arma em punho apontando para o declarante momento em que passou a desferir outros tiros. Que um dos tiros acertou de raspão a nuca do declarante que caiu no chão. Que imediatamente levantou e saiu correndo. Que na esquina da rua onde o declarante levou os tiros estava a pessoa de R dando cobertura para F. (fls. 13/14).

O policial civil C (fls. 416/418) conta que foi responsável por colher os testemunhos da vítima e de sua companheira:

J: O que o senhor sabe a respeito disto? **T:** O que foi, eu mesmo que ouvi a vítima e a esposa da vítima. No caso, a própria vítima que nos falou que ao virar para trás, depois que tomar o tiro, viu o senhor Fabiano com a arma apontada para ele e desferiu mais alguns tiros depois. E a esposa da vítima eu ouvi também depois, ela não estava presente, falar que teria sido o senhor F que deu os tiros.

K relatou que os comentários na comunidade eram de que F teria efetuado os disparos que atingiram D (seu ex-companheiro); contudo, não mencionaram o nome de R. R e E não acrescentaram nada de relevante a ser observado nesta fase. **5. Discussão:** No caso dos autos, a **materialidade** dos fatos está suficientemente comprovada no auto de exame de corpo de delito indireto (fls. 360/361), boletim de atendimento médico (fls. 199/211) e relatório do local de crime (fls. 215/216). A **autoria**, para fins de pronúncia, restou suficientemente demonstrada. Em que pese a negativa de autoria por parte dos réus, há indícios bastantes de que os mesmos efetuaram os disparos que atingiram o ofendido, sobretudo porque a vítima, em seu depoimento no inquérito policial de fls. 13/15, aponta-os como autores. Ainda, há notícias de que o acusado F teria intimidado a vítima para que mudasse seu depoimento em juízo, conforme o que consta das interceptações telefônicas deferidas no processo nº 015/2.13.0006351-2, degravadas nas fls. Em suma, há duas versões divergentes nos autos. A primeira – a tese defensiva –, de que os réus não são os autores do fato, porquanto não estavam no palco dos acontecimentos. A segunda, de que foram os acusados os responsáveis pelos tiros que atingiram D, uma vez que o referido ofendido apontou os réus como autores do crime em sede policial, e depois retratou-se em Juízo porque foi intimidado. Esta última versão, que aproveita à tese acusatória, está amparada pelos indícios já mencionados acima. É o que basta para a pronúncia. Os argumentos que podem fazer o julgador pender por uma versão ou outra (as suas verossimilhanças e inverossimilhanças, os depoimentos circunstanciais das testemunhas, os antecedentes e a índole dos envolvidos etc.) devem ser arguidos em plenário, e não serão objeto de análise aprofundada nesta fase, sob pena de se invadir a competência do Tribunal do Júri. (grifos nossos).

Por toda a discussão formada na presente dissertação, é importante ressaltar que a decisão de pronúncia, conforme está posta na lei e trabalhada na prática, implica em contradições com a melhor doutrina. Enquanto que o § 3º do art. 411¹⁹⁸ fala em encerrada a

¹⁹⁸ BRASIL. **Código De Processo Penal**. Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta

instrução probatória, o mesmo texto legal, logo mais, no art. 413¹⁹⁹, exige que o magistrado fundamente a decisão, ao pronunciar o réu, em *indícios suficientes de autoria*. No mesmo contexto, os magistrados, como elementos a sustentar a fundamentação de decreto de pronúncia, utilizam-se de argumentos probatórios a embasar a convicção pela identificação de indícios suficientes de autoria, o que, ao final, para os jurados se tratará somente de uma decisão onde analisada a prova dos autos em desfavor do réu, o que pode acabar reduzindo a responsabilidade sobre o seu julgamento quando da votação em plenário, causando a falsa sensação de “não dúvida”, isto é, o juiz leigo em dúvida no momento da votação pode socorrer-se dos argumentos exarados na (s) decisão(ões) que lhe(s) foi(ram) alcançada(s), passando por cima da presunção de inocência (aqui como norma de juízo – *in dubio pro reo*), e reforçando o argumento pró sociedade através da falácia dos indícios suficientes de autoria, os quais recebem tratamento de prova no momento de remessa do acusado à plenário de julgamento.

3.2 DO DISCURSO IMPLÍCITO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SEU ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO:

O ser humano como ser social, utiliza-se da linguagem não só para interagir socialmente, mas também para (a)firmar convicções, as quais apontarão as bases e a construção de sua história. Toda relação linguística impõe um reconhecimento das partes que estão a interagir verbalmente. É um processo de reconhecimento do “eu” no “outro”²⁰⁰.

ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. § 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código. <disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>;

¹⁹⁹ BRASIL. **Código De Processo Penal**. Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: nov. 2017.)

²⁰⁰ “Como as ações linguísticas se dão na relação entre um eu e um tu, a interação verbal funciona, nas imagens recorrentes de WITTGENSTEIN como um jogo. Isto demanda considerar que a racionalidade do jogador implica que ele se coloque no lugar do outro e examine cada situação de seu ponto de vista”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali. 2001. pgs: 13-17.) No mesmo sentido: “A linguagem como instrumento de significação no mundo é o desejo de encontrar um outro, diferente ou semelhante dele, e de estabelecer com este outro a comunicação necessária para um entendimento (...) “os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo” (WITTGENSTEIN) (...) o auditório que nos ouve deve estar no mesmo nível, sob pena de não alcançar a legitimidade no discurso(...)

No âmbito judicial, onde a linguagem é o reconhecido ofício dos atores técnicos, seja ela verbal ou escrita, natural que jogos de reconhecimento e manipulações a fim de reforçar uma ideia de poder (mormente em contexto decisional), fazem parte da sua história e desenvolvimento. Uma decisão judicial em procedimento processual penal deveria exercitar a empatia que a linguística refere (espelhamento do eu no outro) e se manter distante dos discursos de afirmação de poder (parte mais forte – parte mais fraca). Por óbvio, que tudo isso dentro de uma ética e técnicas processuais, ou seja, jogar dentro das regras do jogo.

A questão da linguagem utilizada neste ambiente – decisão de pronúncia – deve ser enfrentada de forma séria, uma vez que pode produzir no campo mental do jurado – juiz leigo/cidadão – uma pré-imagem de como os fatos se passaram, provocando um constrangimento na tentativa de desfazimento de tal absorção/montagem (dissonância cognitiva)²⁰¹. Até porque o juiz que está a proferi-la está no processo desde seu início, participou ativamente da coleta de provas, em determinados casos enfrentou autoria e materialidade para decretar uma prisão²⁰². A estruturação da decisão de pronúncia, muito embora limitada em seu conteúdo por lei, não escapa da exposição de conceitos pré-estabelecidos sobre o que ocorreu nos autos. Ao confrontar depoimentos na decisão, o

é aqui que surge um compromisso ético do operador do discurso”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. p. 8).

²⁰¹ “A cognição e o comportamento humano estão fortemente vinculados, razão pela qual será necessário (re)organizar mentalmente e justificar a coerência interna. A força do novo argumento/informação, quando dissonante à cognição pré-existente, faz com que haja maior pressão para se reduzir a dissonância introduzida, impondo ao sujeito que manipule (consciente ou inconscientemente) as razões para a manutenção da crença, comportamento, opinião, ou atitude. Em geral, o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita, etc) o que não convém”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 201).

²⁰² “Trata-se de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência, e por ocupar, de facto, a posição da parte contrária diante do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial, isto é, de processar as investigações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram em regra construídos de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa”. (SCHUNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Marcial Pons. 2013. p. 207). No mesmo contexto: “(...) são os elementos colhidos no contraditório judicial que legitimam (a pronúncia). Estamos diante de um provimento jurisdicional de outra natureza e com outra finalidade, com efeitos mais negativos dos irradiados pelo recebimento da denúncia. Por isso não basta o mero juízo de possibilidade, mas há de ser exigido um juízo de probabilidade de autoria (...) justamente por serem leigos é de ser exigido maior rigor neste filtro processual (pronúncia), pois, a partir daqui, prepondera a persuasão sobre a exteriorização da convicção técnica probatória. A linguagem desta decisão, bem como das posteriores que enviam o réu a julgamento pelos jurados, deve restringir-se aos limites de sua função de enunciado de probabilidade (...)”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) Do Processo Penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p. 91).

magistrado pode acabar escolhendo as partes que de alguma forma, ainda que inconscientemente, sustentem o resultado que pretende proferir²⁰³.

Seguindo com a exemplificação dos discursos, nota-se nítida diferença na análise de depoimentos, para fixação da presença de indícios suficientes de autoria na fase da

²⁰³ “Impõe-se, ao juiz, secundar Jung e admitir que não se reage só com o consciente e que a ânsia de ajustar a premissa menor na premissa maior pode esconder, também, um impulso inconsciente. A simples reconstituição do fato passado e sua fixação nos autos já pode revelar algo de inconsciente. Em consequência disso, a sentença poderá conter significados inconscientes, alguns justos, outros injustos, que cumpre esclarecer antes da sua prolação: é preciso desincumbirmos de nossas responsabilidades intelectuais e também de nossas responsabilidades éticas, porque, sem dúvida, a sentença tem uma dimensão inconsciente. Entre o sujeito que fala e, portanto, sua sentença, e o sujeito verdadeiro que se oculta, pode existir uma grande diferença e pode ser essa diferença que orientou toda a fala, toda a sentença”. (CARVALHO, L G Grandinetti Castanho de. *Estado de Direito e Decisão Jurídica: As dimensões não jurídicas do ato de julgar*. In PRADO, Geraldo. MARTINS, Rui Cunha. CARVALHO, L G Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial**. A Cultura Jurídica Brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2012. p. 114/115). No mesmo sentido: “Os contextos não são um tipo de situação social objetiva, e sim construtos dos participantes, subjetivos embora socialmente fundamentados, a respeito das propriedades que para eles são relevantes em tal situação, isto é, modelos mentais. A tese crucial de um modelo mental é que, além da representação do sentido de um texto, os usuários da língua também constroem modelos mentais dos eventos que são assunto desses textos, isto é, a situação que eles têm como denotação ou referência. Uma das propriedades fundamentais dos modelos mentais é serem pessoalmente únicos e subjetivos. Eles não representam objetivamente os eventos de que fala o discurso, mas antes a maneira como os usuários da língua interpretam ou constroem cada um a seu modo esses eventos, por exemplo, em função de objetivos pessoais, conhecimentos ou experiências prévias(...)Embora na maioria das formas de discurso entre membros de uma mesma comunidade os modelos mentais sejam suficientemente semelhantes para garantir o sucesso da comunicação, convém ressaltar que os modelos mentais incorporam necessariamente elementos pessoais que tornam possível o mal-entendido, mesmo quando eles têm muitos elementos socialmente compartilhados”. (VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Contexto**. Uma abordagem sociocognitiva. São Paulo: Editora Contexto. 2012, p 87-92). “Nossa mente subliminar pega os dados incompletos, usa o contexto ou outras pistas para completar a imagem, faz algumas deduções e produz um resultado algumas vezes exato, outras vezes não, mas sempre convincente. Nossa mente também preenche as lacunas quando julgamos as pessoas, e a categoria a que a pessoa pertence é parte dos dados que usamos para fazer isso. (...) p. 174: Classificar é um dos atos mentais mais importantes que desempenhamos, e nós fazemos isso o tempo todo. (...)p. 178: quando categorizamos, nós polarizamos. Quando isso não é feito da forma adequada, distorcemos nossas percepções, às vezes com resultados prejudiciais para os outros ou até para nós mesmos. Isso vale em especial quando nossa tendência a classificar afeta nossa visão acerca de outros seres humanos”. (MLODINOV, Leonard. **Subliminar**. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2013. p. 181.) Aqui é importante mencionar toda a seletividade contida no sistema penal brasileiro, onde, o fato de ser réu em um processo já traz consigo a carga do pré-conceito (preconceito) de estar a margem daquilo que sociedade espera de seus cidadãos. Não há estado de inocência que se reconheça ou se sustente nos processos hoje em dia, seja pela pré-disposição judicial, seja pela pré-disposição social. Responder a um processo criminal, por si só, nos dias atuais, já pode ser considerado um crime em si. A cobrança social tem assim demonstrado. O resultado final tem sido o que menos importa para a classificação do imputado. “É preciso se perguntar se esses atos de justiça popular podem ou não se coadunar com a forma de um tribunal. A minha hipótese é que o tribunal não é a expressão natural da justiça popular, mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, domina-la, sufoca-la, reinscrevendo-a no interior de instituições características do aparelho do Estado. O aparelho judiciário teve efeitos ideológicos específicos sobre cada uma das classes dominadas. p. 128: (...) mas em relação a moral, existe também o contra poder: o ladrão não é aquele que se crê...Nesse caso, o problema torna-se muito difícil. É do ponto de vista da propriedade que há roubo e ladrão. Direi para concluir que a reutilização de uma forma como a do tribunal, com tudo o que ela implica – posição do juiz como terceiro termo, referência a um direito ou a uma equidade, sentença decisiva – deve também passar pelo crivo de uma crítica muito severa”. (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Editora Paz & Terra. 2014. p. 87-113).

pronúncia entre duas decisões de pronúncia, proferidas por magistrados titulares de varas diversas:

Sentença 1: Da Autoria: Em juízo, os réus negaram a autoria. Entretanto, da análise dos autos, verificam-se presentes os indícios suficientes de autoria, tendo em vista os depoimentos das testemunhas A (fls. 597/599), R (fls. 599/600v), I (fls. 668/669v) e R (fls. 670/671), os quais narram como teriam ocorridos, em tese, os fatos que apontam os réus como autores dos delitos narrados na denúncia. Assim, verificam-se presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria em relação aos réus. Desta forma, no que concerne aos fatos descritos na exordial acusatória, com fulcro no artigo 413 do Código de Processo Penal, torna-se imperiosa a decisão de pronúncia e a análise profunda da prova pelo Conselho de Sentença, Juízo Constitucional do fato e delito conexo²⁰⁴.(grifo nosso).

Sentença 2: 3. Sumário da prova oral colhida: Em seu interrogatório, o réu (fls. 824/836) negou a autoria dos fatos. Acrescentou, ainda, que: “J: Por que o senhor acha que estariam lhe colocando como alguém que tenha determinado este delito? I: Não tenho ideia. J: Ele estava cobrando, como consta aqui, dívidas do senhor? I: Ele estava lá e conversou com a minha gerente. J: Quem é a sua gerente? I: A dona I. J: E aí? I: E na época eu fiquei com aquele serviço que foi feito lá no Centro, não foi determinado, porque a SMIC não deu o alvará, aí ele fez uma parte do serviço, eu recebi uma parte e a outra parte não foi trabalhada e ele não recebeu, aí fechou a boate, nós nunca mais nos vimos, passaram-se dez ou doze anos. J: Mas ele veio a cobrar do senhor? I: Ele ligou par a sauna e conversou com a I. J: Diretamente ao senhor ele nunca procurou? I: Não senhora, comigo ele não conversou. J: A I lhe disse alguma coisa que estivesse ela mesma tendo algum problema com ele, fora essa cobrança de dívida que era relacionada ao senhor e não a ela? I: Não. Ele ligou e ela me avisou que um rapaz tinha ligado assim e assim, que ele frequentava a sauna e falou que eu devia 2500 para ele e ela me disse “Deixa que eu faço um acerto com ele.” J: Ela, então, se escorregou, perante o senhor pelo menos, de resolver o problema? I: Sim senhora. E ele frequentava a sauna, estava frequentando a sauna. Além disso, LC relatou que comprou um telefone da vítima, porque esta “apareceu na sauna com uma mochila cheia, ele e outro rapaz, uma mochila com tablet e telefones, e me ofereceu telefone” (fl. 827). Quanto ao fato da codenunciada I apontá-lo como mentor do homicídio, relatou que não tem “ideia do motivo pelo qual ela está fazendo isso” (fl. 828). Por fim, disse que sabia que o ofendido teria dado móveis a ela para que mobiliasse seu apartamento; contudo, seu companheiro T não podia saber (fls. 833/834). A testemunha E (fls. 765/768), por sua vez, disse que: “MP: O que sabe sobre a morte dele? T: [...] Ele foi umas três e meia lá para casa porque a minha filha estava de aniversário tomar um chá que as seis horas começava o nosso trabalho – Alan Cardec. [...] Aí na hora do café, umas três e pouco, ele estava sempre no telefone, alguém ligando para ele e ele brincou “tão me chamando, hoje vou receber o dinheiro de uma tal de L numa sauna”. Não sei se é apelido. Mas porque tu tem que ir? - eu perguntei para ele e ele disse “ele disse a era para mim ir lá para receber todo o meu dinheiro que ele conseguiu emprestado com não sei com a mãe dele, sei lá. MP: Era para ele ir numa sauna? T: Sim. Ele disse que era depois das oito horas e achava estranho. Eu disse para ele não vai, se ti acha estranho porque tu vai? Mas eu sou homenzinho – ainda brincou. Eu disse “não vai”. Ele ficou sentado até as sete horas lá me cuidando porque eu disse

²⁰⁴ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº: 001/2.14.0055542-4** (CNJ:0264970-75.2014.8.21.0001). 2ª Vara do Júri.

“não vou deixar tu sair”. MP: Ele disse a origem desse dinheiro que o L devia para ele? T: Ele tinha arrumado um banheiro para ele há tempo atrás e ele não tinha pago. Era oitocentos reais e ele pediu 4 mil, se não me engano, por todo o tempo de atraso. MP: O L tinha alguma relação com essa Sauna, Boate? T: Acho que era dono. Ele me passou sempre que era dono. MP: A vítima costumava frequentar esse lugar? T: Que eu saiba não. Uns 08 anos assim que eu nunca vi ele falar disso. Só se antigamente quando eu não tinha muito contato com ele. MP: A senhora disse para o delegado que ele bem arrumado e perfumado. T: Sim. MP: Ele não costumava andar assim? T: Ele chegou todo arrumado e me disse “quem sabe hoje sai um cineminha” com tal de N que não sei quem é. Eu disse “mas tu não leva jeito” – brincando, sempre, né. Ele disse “eu sei que eles vão me matar”. Ele estava sempre brincando! [...] MP: Ele disse que ele ia matar o M naquele dia ou ele costumava dizer que ele ia ser morto por alguém? T: Aquele dia ele falou também. Desde que ele deu um telefonema para cobrar esse dinheiro, foi uns meses antes. Ele achou esse telefone e foi ligar para esse tal de L cobrando. Desde aquele dia ele começou com essa palhaçada dizendo “ele vai acabar comigo”. [...] MP: E aí? T: Aí ele toda hora recebendo telefonema e no celular e rindo. E ele disse “hoje vou morrer com a barriga cheia e no meio dessas mulherada”. [...] MP: Mais alguma coisa a dizer a respeito dos fatos que eu não tenha lhe perguntado? T: Daí ele depois de tudo, era umas seis e pouquinho e ele recebeu um telefonema de novo e disse “daqui um pouco vou passar aí”. Eu disse “tu não vai Marco, não vai é noite, vai agora então”. E ele disse que era para ir depois da oito uma coisa assim. [...] D: Ele chegou a comentar como que estava a negociação? Ele falou que a pessoa terminaria de pagar ele nesse dia. Então, ele já tinha recebido alguma parcela? T: Sim. Eles mandaram ele ir lá para fazer um acerto e ele disse que agora “eu quero 4 mil e não quero mais 800” e essa tal de N que fez o negócio com ele que ia pagar 500 pilas por semana. A primeira vez ele recebeu. A segunda já deram só 200 e ele ia receber... daí ele começou a ligar para lá e dizia “quero meu dinheiro” – eu vi ele ligar uma vez. E, naquele dia que ele foi lá em casa ele disse que eles iam pagar toda a dívida tirando o que ele já tinha dado. Que ele ia receber. Ele saiu da minha casa umas sete horas e foi para casa de Elizabete que é perto de casa. [...] Eu fiquei preocupada. “Bom, ele já foi para lá”. Ele tinha ido lá até umas 08h10 8h20 que ela me falou depois que eles tinham marco depois de ir lá na Boate. D: Eles ligaram para marcar de buscar o dinheiro. Ele disse quem ligou, se foi... T: A primeira vez foi o L que ele disse “olha o L me ligando porque tem o dinheiro”. O L ligou umas três e pouco eu acho e depois a tal de N perguntando o horário que ele ia buscar o dinheiro. Depois ele estava naquele zap-zap, sei lá, naquele coisa falando e falando que ele disse “quem sabe vai pintar um cineminha”. [...] D: Ele nunca comentou se a N era casada, se trabalhava na boate? T: Era separada e trabalhava na Boate. D: Sabe se ele deu presente, eletrodoméstico? T: Ele deu um monte de coisa para ela. Tirou tudo de dentro da casa ele, fiquei apavorada quando cheguei lá e não tinha mais nada.” E (fls. 769-verso/771-verso) relatou que M estava namorando com uma moça que trabalhava numa boate, mas não sabia se era algo sério (fl. 771). Ainda, apontou a co-denunciada I como sendo a pessoa da foto que a vítima teria mostrado como sendo de sua namorada (fl. 770). O policial civil J (fls. 772-verso/775-verso) informou que foi até o escritório e que “L não queria deixar que ela conversasse com a gente em apartado. Mas mesmo assim, ela pediu para a gente conversar que ia dar um novo depoimento”. Há informações de que I estava sendo ameaçada por “L”: “MP: Ela dizia que estava sendo ameaçada? T: Aí foi que no novo depoimento ela esclareceu para a gente que nessa, quando a gente pegou ela, que tinham ameaçado ela que “eu te sustento, tu não te sustenta”, não me lembro com detalhes. Ele usou o poder econômico e a residência onde ela estava era “alugada para ela” e então que os dois estavam na mesma barca e se ele afundasse ela ia junto. Ele começou a ameaçar ela nesse sentido e já com a história que iam colocar a culpa numa outra pessoa, que essa outra pessoa ele iria conseguir sobre a amizade que ele teria com os traficantes dos Cafunchos e que ele iria conseguir que alguém assumisse a bronca da morte

como eles chamam. MP: O senhor confirmou que ela estava sendo ameaçada e pressionada pelo L? T: Sim, ela inclusive fez uma ocorrência sobre isso. [...] MP: Realmente existe aqui uma denúncia também, além do homicídio, a subtração do celular que o senhor já disse que havia sido entregue para a sogra? T: Sogra dele, a mãe da D. MP: E o senhor também está confirmando que ela lhe disse, a denúncia do fato quatro por coação no curso do processo, que ele então pressionava a I a mudar o seu depoimento, é isso? T: Sim, que estaria colocando uma outra história, uma outra versão da história nesse fato.” A ex-funcionária da sauna V (fls. 802/808) relatou que a vítima era cliente de “N” e que T (companheiro de I) não sabia que “ela fazia programa lá dentro”. No mesmo sentido foram as declarações de J (fls. 808/814). Acrescentou, ainda, que I e o ofendido tinham um caso (fl. 810). J (fls. 820/824) disse que fazia “trabalhos” todas as segundas-feiras para o acusado LC e que algumas oferendas realizadas (para chamar clientela) envolviam sangue animal (fl. 824). As testemunhas P (fls. 768/769-verso), Q (fls. 771-verso/-772), G (fls. 776/777), A (fls. 814/818) e J (fls. 818/820) não acrescentaram nada de relevante para efeitos nesta fase. De todo modo, cumpre referir que a vítima do quarto fato (e co-denunciada no homicídio) I (fls. 142/144) relatou que o réu tinha ameaçado-lhe: “[...] depois que terminou seu depoimento, na entrada da delegacia foi abordada por uma mulher que se identificou como advogada e se chamava D, junto com outro homem que disse ser advogado também, [...] Esperou o T terminar o depoimento dele, depois saíram juntos até a boate perto da perimetral, [...] falaram com C que comanda a boate [...] daí ele deu dinheiro para a depoente [...] para pegar um táxi e ir para casa, foi o que fizeram. [...] do nada, apareceu o L e já foi puxando a depoente para dentro da casa dele e mandou o T embora pra dentro de casa. Lá dentro da casa do L ele começou a interrogar a depoente, com mil perguntas, principalmente o que tinha contado para a polícia, a depoente com muito medo ia só dando respostas curtas e evitava dar explicação e nisso o Lia ficando cada vez mais nervoso, começou a perguntar se a depoente tinha deixado a bolsa sozinha, respondeu que sim, daí ele começou a perguntar para a depoente se não estava com alguma escuta, respondia ele que não, mas mesmo assim ele começou a revistar a depoente atrás de alguma escuta, chegou a colocar a bolsa da depoente em outra peça da casa, [...] a depoente disse que precisava ir para casa [...] nisso ele disse que de manhã [...] vou te levar até o meu advogado [...] De manhã, [...] O L colocou a depoente dentro da camionete Sportage branca, [...] foram pegar a D [...] e dali foram para o escritório da mesma advogada D [...] Que no trajeto [...] com a D já dentro do carro, eles ficaram conversando sobre a história que iam contar sobre o celular, daí o L aumentava o volume do carro para que não escutasse o que eles estavam falando, mesmo assim conseguia escutar, ela chegava bem pertinho para falar com ele, e combinaram a história de que o L tinha comprado o celular do M que ele teria chegado lá com uma bolsa com um monte de celulares “meia nota”, daí o L teria ligado para a D ir ali escolher o celular para dar de dia das mães para ela, daí a D iria dizer que não podia ser um celular “meia nota” e deveria ter nota fiscal, daí o M ofereceu o celular usado dele e que levaria a nota fiscal na próxima semana, a D concordou com a história, e que era para dar detalhes que o telefone tinha que poder baixar “whatsapp” e coisas assim. Quando estavam quase chegando no escritório da advogada, o L ameaçou a depoente dizendo: “tu conhece o efeito dominó?”, a depoente perguntou como assim? O L disse: “não te faz de burrinha”, [...] “que se tiver uma pecinha só do outro lado e o meu dominó cair e bater na outra pecinha, vai cair também, todos vão cair juntos”; a depoente ficou sem reação e não falou mais nada. Já dentro do escritório, estavam os advogados D e o P, a D e o L, e a depoente, o L começou a contar toda a história que tinham combinado dentro do carro, e acrescentou que conhecia o M há muito tempo, que ele (M) foi cobrar uma

dívida de uns dez anos atrás e entraram em um acordo onde M ia como cliente na sauna e tinha se encantado com a gerente (a depoente)²⁰⁵. (grifo nosso).

Comparando as duas decisões, não se pode dizer que a segunda pronúncia tenha uma linguagem concisa na análise da existência de indícios suficientes de autoria para remessa dos autos a julgamento perante o Conselho de Sentença. Muito embora o magistrado não externar sua opinião sobre os fatos, o simples esmiuçar da prova testemunhal, dando a entender que está confirmada de forma suficiente a acusação, nos parece demonstrar não só o argumento de autoridade da decisão de pronúncia, mas também a linguagem seletiva nela exposta. E se a defesa pretender trabalhar os depoimentos das *testemunhas P, Q, G, A e J*, as quais não acrescentaram nada de relevante para efeitos nesta fase? O discurso pré-conceituado nesta fase cria uma dificuldade a mais para a defesa, a qual, não podendo fazer menção ao conteúdo da decisão, precisará concentrar forças em desfazer o conhecimento já absorvido pelos jurados pela leitura da mesma.

ROSA, ao trabalhar o efeito Halo, ensina:

o efeito halo opera pela expansão, contaminação, de uma característica da pessoa às qualidades que se imagina, tanto positiva quanto negativamente. E como o processo penal acontece por meio de interação humana, na maioria das vezes, sem que tenhamos informações qualificadas sobre pessoas que interagimos.²⁰⁶

Assim, estaremos suscetíveis a todo tipo de informação prestada por terceiros (indireta – pronúncia – juiz) ou criaremos a nossa própria, por conta do efeito halo.

O jurado é um julgador visual. Desde a sua entrada em plenário, está a captar através de seus sentidos, o ambiente que vai ocupar. Todas essas primeiras impressões podem

²⁰⁵ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. Processo nº: 001/2.15.0033226-5 (CNJ:0103634-28.2015.8.21.0001). 1ª Vara do Júri.

²⁰⁶ “O ditado popular diz que a primeira impressão é a que fica. Ainda que possa não acontecer em todos os momentos, no ambiente forense, não raro há a possibilidade de que a primeira avaliação do acusado, do defensor, da testemunha, etc., possa contaminar o julgamento de outros fatores, e talvez o resultado. Muitas vezes a primeira impressão, tanto positiva como negativa, acaba se estendendo aos atos processuais. p. 132 ao trabalhar o Efeito Borboleta: Por isso acolhi o efeito Borboleta batizado por Edward Norton Lorenz e darei importância aos detalhes, segundo o qual, o simples bater de asas de uma borboleta pode influenciar o curso das coisas e implicar em uma tempestade do outro lado do mundo, como a reputação do acusado, do jogador, a linguagem corporal, o ar condicionado quebrado da sala de audiências...Em cada processo judicial, talvez, o simples olhar do acusado, a vestimenta, o humor dos julgadores, a época do ano, enfim qualquer variável, possa alterar o resultado do jogo processual”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 220 e ss).

ser consideradas premissas de partida para o julgamento que vem pela frente. Conforme MLODINOV²⁰⁷, o movimento de reconhecimento de ambientes e pessoas passa necessariamente pela estereotipagem inconsciente, isto é, em uma linguagem mais coloquial, a primeira impressão é a que fica. Ao tomar conhecimento do conteúdo de decisões que afirmam, ainda que em tese, que o acusado cometeu um delito contra a vida, com várias páginas a demonstrar tal conteúdo em confrontar os depoimentos prestados, qual o quadro mental que se forma (?), sem se afastar da seletividade que hoje está reforçada em nosso ambiente social (os que não cometem crimes/os que cometem), naquele julgador leigo²⁰⁸?

O discurso em ambiente judicial, mormente o incurso em decisões judiciais, trabalha, ainda que de forma inconsciente, com jogo de poder²⁰⁹, influenciando não só atores profissionais, como também sugestionando juízes leigos expostos a um processo criminal onde necessitam decidir a liberdade de um cidadão (seu par). Tal exercício de poder se

²⁰⁷ “Infelizmente, se a ciência já reconheceu a estereotipagem inconsciente, a lei ainda não. Podemos todos lutar pessoalmente contra os vieses inconscientes, pois as pesquisas têm mostrado que nossa tendência a categorizar as pessoas pode ser influenciada por nossos objetivos inconscientes. Nosso juízo inconsciente, amplamente apoiado em categorias que atribuímos às pessoas, está sempre em competição com nosso pensamento mais deliberativo e analítico, que pode ver essas pessoas como indivíduos”. (MLODINOV, Leonard. **Subliminar**. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Editora Zahar. 2013. p. 188). No mesmo sentido: “(...) o discurso do direito desenvolve um jogo com o destinatário de suas normas. Desse jogo, tenso, desenvolvido por estratégias e táticas argumentativas, emerge a figura da autoridade, isto é, aquela que pelo poder detém os meios institucionais de fazer valer pela sanção as normas jurídicas. Assim, o sistema judiciário é uma instituição com instrumentos de controle, que permitem continuar o projeto ideológico definido pelo grupo que detém o poder na sociedade, dentro da teia de pressões que caracteriza qualquer sociedade”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali. 2001. p. 18).

²⁰⁸ “O poder discursivo costuma ser direta ou indiretamente persuasivo e, portanto, exhibe justificativas, argumentos, promessas, exemplos e outros instrumentos retóricos que aumentam a probabilidade de os receptores formarem as representações mentais desejadas. Uma estratégia crucial quando se trata de disfarçar o poder é convencer as pessoas sem poder de que elas praticaram as ações desejadas em nome de seus interesses”. (VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Poder**. São Paulo: Editora Contexto. 2015, p. 84). “Muitas vezes a primeira impressão, tanto positiva como negativa, acaba se estendendo aos atos processuais. Se o acusado aparenta ser honesto pode implicar uma série de adjetivos positivos, enquanto a impressão desonesta, negativos. Lembre-se de que nem todas as informações se dão pelo nível da consciência. A habituação aos padrões (droga + local da prisão + ficha de antecedentes = culpado) gera a convicção antecipada e os detalhes parecem supérfluos, mesmo sem se ter prestado atenção ao caso. O processo penal será uma fusão de horizontes de diversos mapas mentais/cognitivos(...) e será a partir dos mapas mentais, com as limitações do aparato cognitivo, que as decisões serão tomadas”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 224-228).

²⁰⁹ “O palco e os atores que escrevem, pronunciam e executam o discurso jurídico são indissolúvelmente ligados à sociedade e aos seus modos de conviviabilidade e sociabilidade, nas invenções do cotidiano. O discurso está intimamente ligado ao poder e à microfísica do poder, e Foucault já mostrou que o discurso, antes mesmo de ser um sistema discursivo, é um aspecto cultural da sociedade. O Discurso, portanto, está na ordem das leis. O discurso relaciona-se diretamente com o poder e o desejo de expressar um poder. A interpretação também é um lugar de poder na esfera do discurso jurídico. Interpretar o discurso jurídico equivale a descobrir o que está por trás dele e anunciar uma decisão”. (MELO, Ezilda. **Tribunal do Júri: arte, emoção e caos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito. 2016: p: 32-33).

encontra administrado por regras procedimentais, deixando de lado conceitos como dimensão social, poder, controle ou domínio, quando se cuidam de interações humanas, as quais culminarão em decisões a serem cumpridas. Segundo VAN DIJK²¹⁰, o poder estilístico de um jargão altamente técnico compartilhado pelos representantes jurídicos envolvidos serve, em última análise, para subjugar ainda mais o réu.

A exemplificar os discursos que chegam às mãos dos jurados:

Sentença 1: Em Juízo, a vítima J relatou que discutiu com o acusado em decorrência de intrigas pretéritas no trabalho, ocasião em que o acusado teria lhe dito, gritando, que iria matá-lo, vindo a agredi-lo com um facão. Segundo o ofendido, lesionado na nuca e braço, a agressão cessou quando desferiu socos e pontapés contra o acusado, bem como lhe deu uma “gravata” para que largasse a faca. Logo após, empreendeu fuga. A testemunha D, afirmou que não presenciou o fato, bem como sequer sabe quem é réu ou vítima, pois foi chamada por J quando ele já se encontrava lesionado. Interrogado, C alegou ter agido em legítima defesa. Aludiu que, na oportunidade, foi agredido por J, que lhe desferiu socos e o ameaçou de morte, momento em que conseguiu sacar um facão e atingir a vítima, tendo assim, somente se defendido das agressões perpetradas pelo ofendido. Após ter sido rendido pela vítima, o acusado conseguiu se desvencilhar e empreender fuga, no intuito de se proteger. Embora o réu sustente legítima defesa, não há como acolher a tese neste momento processual, eis que a situação de estar ou não se defendendo é duvidosa. Assim, havendo incerteza quanto à real intenção de matar, ou quanto à possível ocorrência de uma ação exculpatória, a solução imposta é a pronúncia, para que o acusado seja submetido a julgamento pelo Conselho de Sentença. No que tange à qualificadora da motivação fútil, tenho que deve ser mantida. A motivação fútil encontra conforto nos relatos tanto da vítima quanto do acusado, uma vez que ambos confirmam que o fato teria ocorrido em decorrência de supostas intrigas ocorridas no ambiente de trabalho²¹¹. (grifo nosso).

Sentença 2: 5. Qualificadoras: Quanto à qualificadora do **motivo torpe**, a mesma encontra base na palavra do policial civil G (mencionada acima, no sumário da prova oral), porquanto indicou que as investigações apontam que os réus são envolvidos com o tráfico de drogas. Além disso, como já foi registrado acima, há nos autos informações de que o homicídio em questão seria “um acerto de contas”, em razão do ofendido ter prestado depoimento e apontado o acusado D como suspeito do homicídio de JV (em processo distribuído sob o nº 001/2.13.0024074-0), sendo que este crime teria, em princípio, relação com o tráfico de drogas. Cumprirá

²¹⁰ “Além do poder incorporado em suas funções pragmáticas de diretivas jurídicas, tais textos também manifestam poder indiretamente por meio de seu exclusivo “juridiquês”. O léxico, a sintaxe, o estilo retórico arcaicos não apenas simbolizam e reproduzem uma tradição jurídica, facilitando assim a comunicação entre os profissionais da área, como abviamente excluem os leigos da compreensão, comunicação e, portanto, resistência efetivas”. ((VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Poder**. São Paulo: Editora Contexto. 2015, p 84).

²¹¹ PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº:001/2.14.0050776-4** (CNJ:.0242260-61.2014.8.21.0001); 1ª Vara do Júri.

ao Júri decidir se este foi mesmo o motivo do crime e, caso afirmativo, se há torpeza nesse móvel²¹². (grifo nosso).

Sentença 3: 3. Sumário da prova colhida: Em seu interrogatório, o réu (fls. 719/727) negou a autoria dos fatos. Alegou que os homicídios foram praticados por R e A. A testemunha M tia do acusado, narrou em juízo o seguinte: “**MP:** Que a senhora sabe a respeito da morte do CA? **T:** Na verdade eu não sei nada, me contaram que tinha sido o D e o R, mas na verdade eu fiquei sabendo que não era o D, porque lá onde eu morava, voltei lá para saber direitinho, além de ser meu sobrinho o D é meu afilhado. Na raiva eu falei que era ele, mas na verdade me disseram que não era ele e não acho justo ele estar na cadeia, pagando por uma coisa que foi o irmão dele que fez.” Na fase de inquérito policial, porém, a informante declarara que ficou sabendo por moradores da vila que os autores dos crimes haviam sido os irmãos D e R. Disse ainda ter tomado conhecimento de que D “entrou na vila dizendo que havia matado os dois”. Deu detalhes sobre como o crime ocorreu, dizendo ter ouvido que os autores mandaram as vítimas se ajoelharem e andar de joelhos vários metros, além de ter descrito o que as vítimas falaram antes de morrer. M declarou também que seu companheiro havia saído de carroça no dia do crime, sendo que, dias depois, encontrou a carroça e o cavalo na casa de R e D. Disse, mais, que tem outras informações sobre o crime, que não revela por medo de D e de R. O irmão do acusado R assumiu, em juízo, a autoria dos crimes ora investigados, e eximiu D de responsabilidade: “**J:** O que sabe deste fato que teu irmão estava sendo acusado? **T:** Que fui eu que cometi o crime. **J:** Estás assumindo este fato? **T:** Sim, fui eu e o A. [...] **J:** Como foi este fato? **T:** Eu namorava a enteada do CA e ele era contra, sempre mantinha ela trancada, tinha ciúmes dela, eu me afastei um pouco e aconteceu dele ter discutido com um amigo meu e eu estava junto e ele botou uma foice no meu pescoço, o CA. Eu saí correndo e ele efetuou três disparos, um pegou na minha perna, eu tinha uma espingarda calibre 20 e eu fui e cometi o fato. **J:** Qual a participação do teu irmão, D, no fato? **T:** Nenhuma.” A filha do ofendido CA, J, CA e a mãe do réu A (fls. 701/707) trouxeram narrativas semelhantes a de MC e R, porquanto apontaram este como autor dos homicídios em questão. Consta ainda o depoimento das testemunhas presenciais A e F que relataram que estavam no palco dos acontecimentos e presenciaram R atirando contra as vítimas. Em contrapartida, o pai do ofendido E, J, disse o seguinte: “**J:** Se tinha algum desentendimento entre o seu filho E e D, o que motivou essa morte? **T:** Não tinha desavença, o problema é o seguinte, o problema que quando esse D foi para fazer, acho que para pegar outra pessoa, foi o que eu soube, segundo o que eu soube, daí ele disse, olha, aí pegou essa outra pessoa, só que o meu guri estava junto, até se escondeu embaixo de uma carroça, parece que embaixo de um carro, aí ele disse, ó, o negócio é o seguinte, eu sinto muito, eu não ia te matar, mas não posso deixar testemunha. [...] **J:** Quem contou isso para o senhor? **T:** Isso aí eu nem me lembro, faz tantos anos que eu soube disso aí. **J:** E o que era isso, era envolvimento com tráfico, dívida, mulher? **T:** Não, o meu guri foi embora, ele morava com uma mulher na Serraria na época, depois ele embora com a mesma para fora. **J:** O seu filho? **T:** Isso, e eu acho então que lá fora até estava envolvido com droga, não vou lhe enganar, mas antes não, e aí eu acho que foi uma desavença por isso, sei lá o que pode ter acontecido. **J:** Pelo que o senhor sabe o acusado pretendia matar uma pessoa e o seu filho estaria junto, foi isso que eu entendi, e aí matou um e executaram seu filho também? **T:** Isso.” No mesmo sentido foram as declarações de M, C e M. O policial militar MM não acrescentou nada de relevante para efeitos desta fase. No inquérito policial consta, ainda, o depoimento de F, companheira de uma outra vítima (G) que também teria

²¹² PORTO ALEGRE. Justiça Estadual. **Processo nº:001/2.13.0077276-8** (CNJ:0336826-36.2013.8.21.0001); 1ª Vara do Júri.

sido morta por D e R anteriormente. A testemunha F não foi encontrada para ser ouvida em juízo, razão pela qual o MP acabou por desistir da inquirição. Nessa esteira de entendimento, considerando que a tese acusatória conta com indícios colhidos na fase inquisitorial, e que a fase judicial não chegou a trazer elementos de prova que contradigam ou excluam a confiabilidade do que foi apurado na investigação, o caso deve ser submetido ao Tribunal do Júri. Quanto à qualificadora do **recurso que dificultou a defesa do ofendido**, registro que há nos autos demonstração suficiente, para estes efeitos, de que os fatos ocorreram nestes termos, porquanto a palavra da companheira da vítima CA, M, conforta o descrito na exordial, ou seja, que o acusado, acompanhado dos adolescentes, fizeram as vítimas se ajoelharem e andarem vários metros até serem alvejados na cabeça. Assim, esta qualificadora também deverá ser submetida ao crivo do Júri. (grifo nosso).

Acórdão 1: Destarte, o fato de a testemunha ter mudado a sua versão na fase de instrução não rechaça a existência de indícios suficientes de autoria calcados na fase policial, a apontar a prática do fato ao pronunciado, sobretudo se levarmos em conta, como afirmado pela testemunha em comento, o grande temor que o réu causa na comunidade, em razão de fazer parte de facção criminosa de alta periculosidade. Já os indícios de autoria restam substanciados nas palavras das testemunhas, sobretudo de ME que, quando ouvida perante a autoridade policial, disse que na data do fato estava na quadra da escola de samba do estado maior da Restinga, localizada na Av. João Antônio da Silveira, próximo ao Fórum. Que após terminar o ensaio, por volta das 00h50min, se deslocou para casa a pé e **no caminho avistou a vítima, a qual estava acompanhada dos amigos W e G**. Que a vítima e os amigos estavam caminhando no sentido contrário, em direção a Avenida João Antônio da Silveira. Que a depoente ao sair da escola de samba atravessou a avenida e ingressou na Alameda P e, logo em seguida, entrou no acesso K, e pretendia acessar a Alameda E e depois a rua de sua casa, alameda F. **Que a vítima e seus amigos vinham pelo acesso K, em sentido contrário, quando, de repente, a depoente visualizou um clarão e barulho de vários tiros. Que então se escondeu atrás de uma árvore, onde ficou aguardando pararem os tiros. Que nisso W e Gerson passaram correndo e ingressaram na Alameda E e entraram na casa do indivíduo de alcunha V**. Que após eles passarem, continuou caminhando e entrou na Alameda E e viu que eles estavam recém fechando a porta. Que a casa de V fica na esquina da Alameda E com a Alameda J. **Que fez a volta na quadra e foi até onde estava a vítima. Que ao chegar no local encontrou a polícia e viu seu marido JO. Que não conversou com ninguém, se mantendo afastada e no meio das pessoas que se aglomeraram no local**. Que do local se deslocaram para o Hospital Moinhos da Restinga e de lá para o HPS. Que a vítima faleceu durante a madrugada. Que ficou muito nervosa e não conseguia falar sobre o ocorrido com a polícia. **Que policiais compareceram no HPS e conversaram com seu marido, porém o mesmo, com medo de represálias, acabou não informando os verdadeiros fatos. Disse que visualizou que o primeiro tiro na vítima foi dado pelo indivíduo W, mas tanto W quanto G efetuaram vários disparos contra a vítima**. Que ouviu cerca de nove disparos (...) que não sabe informar se mais alguém presenciou os fatos, mas acredita que se teve alguém dificilmente irá falar, pois os autores possuem envolvimento com a quadrilha dos Primeira, da primeira unidade. (...). Some-se a isso os autos de reconhecimento de pessoa por fotografia, fls. 40/41, no qual a testemunha afirmou **reconhecer com plena convicção** o réu e o menor em questão como sendo os autores dos disparos que vitimaram MA. Nesse ponto, destaco que não se sustenta a tese de que não pode ser relevada, para fins de pronúncia, a **prova produzida na fase inquisitorial**. Isto porque, em se tratando de crime de competência soberana do Tribunal do Júri, deve ser relativizada a regra contida no art. 155 do CPP, visto que inaplicável vedação do dispositivo, já que os jurados decidem por íntima convicção, podendo valorar todo e qualquer elemento contido nos autos. Nesse sentido, precedentes deste Tribunal

(argumento de autoridade). A parte grifada consta do corpo do próprio acórdão, a fim de ressaltar os argumentos para manutenção da pronúncia²¹³. (grifos nossos).

Acórdão 2: 2. Os recursos não procedem. Esta Câmara, como a jurisprudência pátria (argumento de autoridade), já firmou o posicionamento que, nas hipóteses em que o Tribunal do Júri é competente para o julgamento da ação penal, absolvição sumária ou a impronúncia ou a desclassificação do delito ou, ainda, o afastamento das qualificadoras, só podem ocorrer, quando não houver prova da materialidade ou autoria do delito, da presença inequívoca de dirimente ou da ausência do animus necandi ou, ainda, no caso das qualificadoras, que nenhuma prova sobre elas tenha sido produzida durante a instrução probatória. Apenas nas situações referidas acima se impõe ou absolvição sumária ou a impronúncia ou desclassificação da infração penal ou, ainda, o afastamento de qualificadora. E é no sentido apontado anteriormente, existência de prova mínima sobre o fato delituoso, a autoria e apenas uma das qualificadoras denunciadas que se apresenta a sentença de pronúncia. Ou seja, há razoável prova informando que o recorrente é autor de um homicídio qualificado em ação que dificultou a defesa da vítima, tendo como ofendido CAJ, razão pela qual, dentro do princípio in dubio pro societate, acolhe-se a sentença ora atacada²¹⁴. (grifos nossos).

Acórdão 3: O recurso da defesa não merece guarida. Alega a defesa que o réu agiu em legítima defesa, narrando que a prova é no sentido de que o acusado apenas se defendeu da agressão da vítima. Afirma que a única prova que agasalha a acusação é o depoimento da vítima, que só foi ouvida na fase policial e, portanto, não pode ser usada com a finalidade de pronunciar o acusado. Contudo, entendo que há indícios suficientes para a pronúncia, pois se têm, nos autos, prova da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva. Na atual fase processual, que é de mero juízo de admissibilidade da acusação, só pode ser operada a absolvição, pela presença da excludente de legítima defesa, quando estreme de dúvida a presença da excludente, o que não se apresenta nos autos. (ainda que a prova a imputar versão diversa da do réu seja a da vítima ouvida somente na polícia); A materialidade do crime veio demonstrada no auto de prisão em flagrante, no auto de apreensão, no prontuário de atendimento médico, no laudo pericial do local do crime, bem como pela prova oral coligida. O réu J, em juízo, confirmou ter golpeado a vítima com uma faca, alegando, contudo, legítima defesa. Relatou que encontrou a vítima, juntamente com outra mulher que ele já conhecia, e permitiu que apenas a vítima, que ele não conhecia, usasse a sua residência para consumir crack. Contou que, após a droga acabar, a vítima queria que ele fosse buscar mais crack e, diante de sua negativa, ela passou a lhe agredir, motivo que fez uso de uma faca para se defender. Contou que estava muito embriagado e que também tinha feito uso de crack naquele dia. LF e GP, policiais militares, relataram que, ao chegarem ao local, encontraram o acusado no pátio da frente da casa, muito atordoado e alterado, dizendo que tinha esfaqueado a vítima, a qual foi encontrada deitada, no chão da sala, muito ferida e perdendo muito sangue. Contaram que a vítima tinha ferimentos no pescoço e na região abdominal e que o réu não aparentava ter lesão. AC não presenciou os fatos, mas contou que ficou sabendo através de vizinhos e do próprio acusado, que ele “pegou uma pessoa na rua”, pois estava se sentindo sozinho, mas os dois entraram em conflito, visto que a garota queria “tirar dinheiro” dele. Hermes Roni Freitas Nunes

²¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 70069127256** (Nº CNJ: 0122919-25.2016.8.21.7000). Relatora Des. Claudia Hardt. 1ª Câmara Criminal. Julgado dia 20/07/2016.

²¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 70063802128** (Nº CNJ: 0065590-89.2015.8.21.7000). Relator Sylvio Batista Neto. 1ª Câmara Criminal. Julgado dia. 15/05/2015.

nada soube esclarecer a respeito dos fatos, limitando-se a abonar a conduta do réu. O irmão do réu, JR, não presenciou os fatos, contando que ficou sabendo do ocorrido através de sua irmã. Relatou que J é alcoólatra, mas que ficou sóbrio por alguns anos. Acredita que, no dia do fato, o irmão estava drogado, visto que não costuma ser uma pessoa agressiva. A vítima, S, que não foi localizada para prestar depoimento em juízo, disse, na polícia, que é garota de programa e foi abordada pelo acusado enquanto estava na Rua Nilo Peçanha. Relatou que entrou no carro de J, que estava bêbado e muito alterado, e foram até a casa dele para fazer um programa. Contou que, na casa de J, disse para ele que estava menstruada e que não poderia fazer sexo, momento em que ele passou a lhe agredir e desferir os golpes de faca. Dessa forma, observo que a autoria não veio apontada somente em elementos da prova inquisitorial, notadamente porque o policial LF narrou: “perguntamos a ela o que havia acontecido e a mim ela falou que conheceu ele na rua e ele pegou ela de carro, na Nilo Peçanha, próximo a vila. Eles haviam marcado um encontro para fazer sexo, isso foi o que ela me disse, e se desaceraram na hora do pagamento, de pagar o programa”. De qualquer sorte, entendo que, para o juízo de pronúncia, não se faz necessária, tão somente, a existência de prova judicializada, podendo aquela estar angariada nos elementos informativos produzidos durante a fase policial. Nessas condições, considerando o acervo probatório anteriormente descrito, considero que o acusado não pode ser preliminarmente absolvido, como requereu a defesa, pois ausentes, estreme de qualquer dúvida, qualquer das hipóteses previstas no art. 415 do CPP²¹⁵.

Ao visualizar tais discursos expressos em decisões, não podemos nos dissociar que todos são proferidos por magistrados os quais têm contato com o processo desde seu início, com contato direto com réu(s), testemunha(s), e em alguns casos, vítima(s). Ainda que a motivação da cognição seja limitada, conforme também já mencionado, os textos expressos em decisão de pronúncia e confirmatórias de pronúncia, nos parecem que extrapolam a afirmação do grau de probabilidade de autoria constatado nos autos. O juiz, ao recortar parte que indica seu convencimento, o faz em contraposição a outros excertos de provas. O sempre atual ensinamento de Carnelutti²¹⁶, serve de alerta ao dizer que devemos lembrar que primeiro se julga e depois se raciocina e que as razões fundadas sobre as provas são meios para dar suporte as decisões judiciais, isto é, o magistrado primeiro cria um mapa mental de tudo o que assistiu nos autos, forma sua convicção, e só depois buscará nas provas o embasamento para sua decisão. E, de acordo com CARVALHO,²¹⁷ é na colheita da prova e na análise do material fático que mais se instala o *itinerário psicológico inconsciente*.

²¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 70065078487** (Nº CNJ: 0193226-38.2015.8.21.7000). Relator Des. Julio Finger. 1ª Câmara Criminal. Julgado dia 04 nov. 2015.

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. vol. XX. Padova: Cedam, 1965, p. 4 – 9.

²¹⁷ “A colheita da prova e a análise do material fático, é, por excelência onde mais se instala esse itinerário psicológico inconsciente. (...)A reconstituição dos fatos leva à formação de imagens que, muitas vezes, remetem a outras imagens já experienciadas pelo julgador, atravessadas, portanto, de vivências conscientes e

Com o fim de enriquecer os exemplos e fomentar ainda mais o debate pretendido na dissertação, citamos excerto de acórdão²¹⁸ recente, proferido pela 1ª Câmara Criminal do TJRS, no ano 2016, fora do âmbito das decisões pesquisadas, mas com igual importância, pelo discurso expresso em seu corpo e por se tratar de uma decisão monocrática, sem participação do colegiado:

O réu recorreu da sentença que o pronunciou (Recurso em Sentido Estrito 70066439316) e a Câmara negou provimento ao recurso. Ou seja, o Colegiado se convenceu, pela prova apreciada na sentença de pronúncia, que existiam elementos para a imposição de eventual condenação ao recorrente. Ora, é de saber comezinho, que os jurados julgam por íntima convicção. Não precisam fundamentar suas decisões. Deste modo, podem utilizar, para seus convencimentos, quaisquer provas contidas nos autos, ainda que não sejam as mais verossímeis. Portanto, se o Conselho de Sentença condenou o apelante, não se pode dizer que sua decisão contraria a prova dos autos, pois, como já destacado, este Colegiado afirmou que, pelo conjunto de indícios ou provas apuradas na instrução, era possível uma condenação.

A decisão acima demonstra que o conteúdo da pronúncia e seu acórdão confirmador indicam a convicção do ator técnico – juiz ou desembargadores – qual seja, a real análise de culpabilidade do acusado, ao remetê-lo a júri popular. No mundo real, é este discurso que é alcançado ao juiz leigo, são estas as retóricas que o jurado é exposto no início da sessão de julgamento, antes de seu efetivo contato com os autos do processo e réu, ou seja, como ensina FAGUNDES²¹⁹, o raciocínio argumentativo é uma reflexão processada a partir

inconscientes (...) O problema assoma quando imagens inconscientes, tanto para o julgador como, obviamente, para as partes, se infiltram no processo psicológico de julgar, sub-repticiamente, e deformam desde a reconstrução da matéria fática, até sua avaliação”. (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões Não-Jurídicas do ato de julgar. In PRADO, Geraldo. MARTINS, Rui Cunha. e CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Decisão Judicial.** A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2012. p. 125) Neste contexto, como manejar com uma decisão, ou decisões, que será entregue aos juízes leigos, a qual conta com a fundamentação de um juiz, atuante desde o início do processo, com contato direto com as partes, e que por vezes decide, abandonando provas não renovadas em juízo, sob o contraditório, à escolha dos atos de investigação, cujas partes são recortadas para irem de encontro a formação de sua convicção, para depois de tudo expresso e confrontado, “lavar as mãos” atribuindo a competência para julgamento aos jurados. Se aos juízes leigos cabe analisar todo o conjunto da persecução, ainda é necessário manter um segundo filtro à acusação (?)

²¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70071984348.** Relator Sylvio Batista Neto. 1ª Câmara Criminal. Julgado dia 16 abr. 2017.

²¹⁹ “(...) relevando do público, e também do provável, a argumentação tem como ponto de partida o pensamento ideologizado (...) o efeito ideológico dos argumentos é produzir a ilusão de estar demonstrando aquilo que não se está em condições de demonstrar (...) Na base do silogismo retórico encontram-se o conhecimento vulgar, as crenças do homem comum, ou seja, o senso comum. Sendo assim, ele é dedução valorativa na qual a conclusão é aceita porque se produz um efeito de adequação entre ela e o pensamento popular de base. A consequência *deste*

da ideologia. Esta construção nos permite dizer que a ideologia que permeia nossa sociedade como um todo, mormente na área criminal, tem vestes mais inquisitoriais que democráticas (leia-se junto com ideologia de direitos humanos).

Neste contexto, não podemos nos afastar do norte que é o grau de argumento de autoridade que contém a decisão de pronúncia ou seu acórdão confirmatório, exarado por colegiado de desembargadores. Enquanto a nossa preocupação teórica e prática, ao fazer uma leitura constitucional do processo, esbarra no fato do magistrado prolator da decisão ser o mesmo que acompanhou todos os atos do processo até então (questão da imparcialidade conjugada com a dissonância cognitiva, a qual pode criar convicções difíceis de serem superadas), a lógica dos jurados vai no sentido contrário, uma vez que estão de posse de documentos de atores técnicos, os quais detêm o conhecimento da lei e do processo, e se por sorte assim decidiram, remeter o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri, mediante o reconhecimento da materialidade e indícios suficientes e prováveis de autoria, com cuidado e acolhimento devem ser tratadas tais decisões.

Em abordagem diversa, os discursos possíveis de serem identificados nos excertos das decisões acima, se comparados com os percentuais de pronúncia (primeiro grau) e confirmação de pronúncia (segundo grau) obtidos com a pesquisa realizada, sendo 100% e 87% respectivamente, permitem a conclusão de que não há qualquer observância da garantia da presunção de inocência nestas fases decisórias, onde, sob o argumento da competência constitucional dos jurados para julgamento final, a dúvida não é enfrentada, sendo, em ocasiões, superada por depoimentos colhidos na fase policial, palavra isolada da vítima, atos de investigação não renovados em juízo, sob o crivo do contraditório, pela incidência do “inqualificável”, mas de aplicação estável, *in dubio pro societate*.

Tal expressão *in dubio pro societate*, tão manejada em decisões de pronúncia e acórdãos de Recurso em Sentido Estrito, só se presta a reforçar o mito de que a finalidade a ser alcançada pelo processo é a paz social, e reafirmar o viés autoritário e inquisitivo do processo penal brasileiro, onde o réu segue no papel de inimigo do Estado, não sendo alcançado por nenhuma garantia, ou tendo-as suprimidas ou ignoradas, sob o argumento de se

efeito é que o raciocínio argumentativo daí resultante produz a persuasão, leva o interlocutor à adesão aos argumentos que são apresentados ao seu assentimento e não à demonstração da verdade da conclusão. É um raciocínio não ligado à verdade, mas ligado à verossimilhança”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali. 2001. p. 20-23).

buscar maior eficiência na persecução penal, com rápida resposta à impunidade, a fim de satisfazer o senso comum conservador²²⁰.

Conforme já pontuamos no trabalho, não acreditamos possível manejar com o processo penal sem o confronto com sua prática aplicada nos foros/tribunais, atualmente. Transitar sobre somente seu aspecto teórico pode nos afastar de proposições plausíveis para minimizar as violações de garantias fundamentais. Enquanto que na teoria nos filiamos a corrente a qual vê no processo penal uma finalidade de concretização de garantias fundamentais²²¹, há quem sustente (ou sustentou), ainda, seu caráter utilitário, a funcionar

²²⁰ Sobre o viés inquisitivo que inspirou e inspira nosso processo penal: “A ideologia era impor a ordem e a disciplina na sociedade. A proposta de Mussolini, El Duce, o líder, aquele que conduz, era: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”. O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. O reflexo no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado, e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2015. p. 79). Sobre o mito do processo penal como instrumento de política criminal: “Não se pode descuidar das tentativas de relegitimação de um sistema estruturalmente perverso, ao atribuir ao processo penal um fim altruísta, que ele não pode cumprir. Não gera surpresa que, a cada dia se agrave a tentativa de justificar as distorções do sistema penal real, mais precisamente, admitindo que, pelo processo penal apareçam as chamadas “situações emergenciais” (citando CHOUKR). Nesse movimento social perverso a absolutamente injusto, a manipulação do medo e as distorções que envolvem a ideia de segurança pública, incentivadas em grande parte pelos meios de comunicação de massa atrelados a interesses econômicos bem definidos, são elencadas como desculpas à violação do projeto constitucional para o processo penal. Princípios desenvolvidos em prol do indivíduo são pervertidos para que direitos sejam negados”. (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 201). Sobre o processo penal brasileiro e a sociedade autoritária, segue mesa obra, p. 219-220: “A aposta em mitos que ampliam o poder penal com o uso da força, em detrimento da cognição, justifica-se em razão de a sociedade brasileira aceitar atos(mitos) autoritários, mesmo em um ambiente democrático. Trata-se de características encontradas no processo penal atual, as quais remontam às matrizes (autoritárias) do direito brasileiro e possuem “forte sugestão de permanência” (citando Nilo BATISTA). (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 201). “O processo, em síntese, substitui a violência, qualquer que seja a amplitude do termo: desde o fazer justiça com as próprias mãos, até o abusar do poder político, econômico, físico, intelectual, técnico, etc., com o que o sentimento de justiça não pode compactuar. Absorve, enfim, a forma desigual com que a sociedade é moldada e, ao fazê-lo, pretende amortecer tais desigualdades, igualizando, na medida do possível, os homens. (citando Eligio Resta – Direito Fraternal – Edunisc – 2004) os Estados modernos, influenciados pela doutrina do Leviatã, de Hobbes, se estruturam a partir da lógica do inimigo (...) Ainda que o lema da Revolução Francesa tenha sido liberdade, igualdade e fraternidade, esta última nunca chegou a presidir, de fato, a constituição dos Estados modernos, que desconfiavam dos homens e da capacidade de eles próprios resolverem seus conflitos de maneira civilizada e pacífica. Não importa muito como isso se operou, o fato é que o processo muitas vezes é o locus onde deságuam as imperfeições humanas, a eterna tendência de o homem explorar seu semelhante, ou humilhá-lo, ou externar sentimentos menos dignos, ou lograr indevida (legal, porém) injusta vantagem”. (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões Não-Jurídicas do ato de julgar. In PRADO, Geraldo. MARTINS, Rui Cunha.) e (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Decisão Judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2012. p. 121-122).

²²¹ “(...)que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”

como uma política de segurança pública, na construção da paz social²²². Tal argumento é perigoso e vem ganhando (ou talvez nunca tenha perdido) espaço dentre os atores técnicos jurídicos. Instituições que deveriam aplicar as leis e/ou fiscalizar a sua aplicação, tem tomado para si o papel de “protetores” da sociedade, assumindo uma postura mais perto dos justiceiros dos folhetins e quadrinhos, aos quais tudo é permitido, sob a autorização de manter a ordem social e combater o crime e seus “vilões”. A eterna luta do bem contra o mal sai do âmbito filosófico para se materializar no ambiente social, dividindo os cidadãos, entre aqueles “de bem”, contra os “do mal”, polarizando de tal forma os discursos onde qualquer debate, mormente sobre processo penal e direitos humanos, impossível de ser realizado.

O processo penal, ao longo do tempo, sempre despertou o interesse das pessoas, mas atualmente o tem feito de maneira bem mais evidente. As notícias que ocupam, hoje, boa parte dos jornais, são, principalmente, sobre crimes e os seus processos. Quem os lê tem a impressão de que, atualmente, são praticados mais delitos que boas ações (...).²²³

(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008; p. 7.).

²²² “É o Estado o titular do direito de punir (...) o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária”. (NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966; p. 3.) Tourinho Filho, **Manual de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14, ao trabalhar a finalidade medita do processo penal como a busca da paz social. No mesmo contexto: “Este raciocínio deve se estender ao Direito Processual Penal, de modo que se mostra cabível a influência de valorações de política criminal na própria elaboração normativa processual. Nesse sentido, a argumentação realizada por Jorge de Figueiredo Dias sobre ser um processo penal funcionalmente orientado uma verdadeira exigência irrenunciável do Estado de Direito, visto que tem este o dever de realizar a justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas. Sendo assim, para um processo penal não apenas limitado à proteção do acusado, mas também em conformidade com os valores políticos criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, deve se realizar uma integração teleológica entre o Sistema Punitivo, e o modelo processual nele adotado, havendo uma estrutura da norma processual que permita em si um conteúdo prognóstico, de maneira que também se cumpram as necessidades de funcionalidade e eficiência do processo penal, sem dispensar sua irrenunciável tradição de garantia, irrenunciabilidade que se representa, no Estado Democrático de Direito, pela intransponível tutela da dignidade da pessoa humana”. (AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>>. Acesso em: nov. 2017.) No sentido crítico: “De todos os mitos que interagem no universo processual penal, há um sempre presente em regimes autoritários que se apresentam como Estados de Direito: o de que o processo penal é instrumento de segurança pública/pacificação social. Esse mito surge em meio a um discurso de viés repressivo, no qual se identifica perspectiva utilitarista, reforçadora do caráter instrumental/formal do processo penal. A partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se precipuamente com os critérios de eficiência, tão ao gosto de visões economicistas, passando a creditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas, se necessárias à eficiência punitiva”. (CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. Editora Saraiva. 2015. p. 195-197).

²²³ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2ª. edição. Editora Servanda. 2006. p.10.

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar, se isso lhe for possível; é necessário, contudo, que tal tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer que o mesmo seja um útil freio contra os criminosos. Um mal compreendido amor da humanidade poderá condenar de saída essa presteza, a qual, contudo, será aprovada pelos que houverem meditado sobre os inúmeros perigos que as prolongadas procrastinações da legislação fazem correr à inocência²²⁴.

Para criar a provocação, e justificar, em como na prática, o processo penal como se encontra inserido na realidade social, pouco evoluiu, os textos acima foram citados para bem retratar os argumentos trabalhados. O primeiro texto data de 1957. O segundo, de 1764. Ainda hoje “buscamos uma maior eficiência do processo penal”, que se reflita para além dos autos e ambiente judicial, justificando a celeridade e sua exposição, a despeito do atropelamento das garantias conferidas ao acusado, disciplinadas na Constituição Federal, como se os fins (política criminal e paz social, redução de sensação de impunidade) justificassem os meios (superação de garantias como pex: presunção de inocência, uso de provas ilícitas, exposição midiática exaustiva de persecuções penais ainda em fase de investigação, divulgação de conteúdo de acordos de colaboração premiada, sem a devida homologação pelo magistrado competente, etc.)

O risco da busca por eficiência no âmbito do processo reflete-se na permissão de superação de garantias/direitos, com a finalidade de uma resposta rápida à sociedade, com relação ao delito cometido. Contudo, o atropelo do procedimento e a consequente eficiência exigida (ou buscada) acabam também por (re)vestir o ator técnico juiz, com vestes de justiceiro, onde todos os seus atos serão justificados se forem de encontro com os anseios sociais, tanto na busca pela verdade real, quanto pela eficiência e celeridade em punir culpados, sem maiores questionamentos se garantias forem suprimidas ou ignoradas, para obtenção de tal fim²²⁵.

²²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret. 2008. p. 43-45;

²²⁵ “A não satisfação das demandas sociais mínimas, pelo Estado, a frustração pelas promessas não cumpridas, estão servindo, como plano de fundo, ao discurso à restrição dos direitos e garantias constitucionais humanitárias. No plano interno, verifica-se uma tolerância às violações à dignidade do ser humano, mormente pelo Estado e seus organismos individuais ou coletivos, fenômeno que se irradia e se potencializa no processo penal, em face de o sujeito passivo estar sendo acusado de um delito, ter sido condenado ou ter cumprido pena”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas. p. 14). No mesmo sentido: “Neste complexo contexto, o Direito é diretamente atingido, na medida em que é chamado a (re)instituir o elo social e garantir a segurança jurídica. Multiplicam-se os direitos subjetivos e implementam-se uma série de novos instrumentos jurídicos. O sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização,

3.3 JÚRI E JURADOS: A DETURPAÇÃO DA FUNÇÃO DE JULGAR:

Ao contextualizarmos o procedimento do júri, não podemos nos afastar de que estamos trazendo para dentro de um ambiente técnico-formal, a sociedade, com a finalidade de julgar seus pares, pelo cometimento de um crime doloso contra a vida. Uma sociedade que em pleno século XXI encontra-se atingida por índices preocupantes de criminalidade (não só a de rua, mas a institucional - corrupção) e suggestionada por um discurso conservador que não reflete (se é que um dia o fez), o caráter humanista proposto pela Constituição, mormente com relação a conferir ao processo penal ser um instrumento de efetivação de direitos fundamentais dos acusados.

do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do Direito Penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma de ameaça. (...) os planos urgentes e milagrosos para “conter” a violência urbana são exemplos típicos disso: ao mesmo tempo demasiadamente cedo (tratamento superficial) e demasiadamente tarde (diante da gravidade já assumida). Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o tempo do direito será sempre outro, por uma questão de garantia. Não podemos acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado”. (LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 29-31). “A quem se dirige, hoje, o processo penal, quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. E de quem fica refém esse mecanismo de estabilização normativa que é o direito sempre que, acossado por operadores que disputam em novos moldes a sua área político-funcional de atuação, opta por embarcar em lógicas estranhas ao seu código genético, ou, ao invés, por crispar a sua posição em torno de uma nostalgia da ordem perdida? Das expectativas. Em ambas as hipóteses, fica refém das expectativas – sociais, processuais, normativas, ou outras. Os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, potenciais máquinas desejantes”. (MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 32-34). “Talvez o trabalho seja de buscar mecanismos para mitigar esse efeito halo, das impressões, especialmente no processo penal em que há liberdade e vidas em jogo. A simpatia ou antipatia, ocasionados no decorrer da instrução processual, podem gerar expectativas de comportamento e decisórias”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 224). “A crença da população na função messiânica do judiciário parece assumir traços de uma veneração religiosa. Do ponto de vista subjetivo, a situação parece complicada, a considerar que as organizações e os atores que atuam no sistema criminal, em especial o juiz, são bombardeados por demandas de ordem e aderem à convocação de atuar como linha de frente de uma suposta “guerra contra o crime”, Renasce assim, uma mística inquisitorial, uma cruzada cotidiana conduzida pelo julgador, tal como descrito por Franco Cordero”. (MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz “Agente de Segurança Pública” é o inquisidor contemporâneo**. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>>. Acesso em: nov. 2017.). Sobre resultados das doutrinas por resultado nos USA: “Os direitos fundamentais dos indivíduos, garantidos pela Constituição dos Estados Unidos e pelas tradições legais que remontam uma época anterior à própria Constituição, podem ser perdidos em decorrência de sentenças judiciais, que se orientam na busca de resultados sociais particulares de acordo com uma visão predominante. Guiar-se pelos resultados parece ser algo especialmente questionável num tribunal ao qual faltam, intrinsecamente, os mecanismos institucionais para se monitorar quais são, de fato, os resultados das decisões judiciais, na medida em que as repercussões se espalham por todos os lados e por toda a sociedade e de uma forma contrária àquela que os juízes imaginaram”. (SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: Editora É Realizações. 2ª impressão. 2011. p. 282-283).

O Júri, quando do seu surgimento em berço inglês, *depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus*²²⁶, tinha nos jurados a figura de “testemunhas do fato”, onde cidadãos de uma determinada comunidade informavam ao juiz o que àquela sabia sobre as circunstâncias do fato que tinha dado origem à controvérsia. Com o passar dos tempos, o júri assumiu a forma com a qual estamos acostumados, com os cidadãos deixando o papel de testemunhas do fato e assumindo o lugar de “juízes do fato” (*triers of fact*) *encarregados de valorar provas fornecidas pelas partes e, com base nessas provas, formular suas conclusões a respeito dos fatos da causa*²²⁷.

A instituição do júri chega para afirmar seu papel político, qual seja, a participação popular na administração da justiça criminal. O júri inglês, à época inserido em uma sociedade submetida a um poder soberano cruel e despótico, acabou assumido um papel de proteção dos cidadãos por eles julgados, “atenuando os efeitos de um direito penal excessivamente duro”. De igual forma, nas colônias americanas, “o júri se tornou o símbolo da proteção das liberdades dos colonos contra o poder inglês, e mais posteriormente assumiu de modo mais abrangente uma função de tutela dos cidadãos frente ao poder estatal”²²⁸.

Diante do contexto histórico do júri, concluímos que o que surgiu como forma de proporcionar uma participação política dos cidadãos no âmbito do poder judiciário, e que resultou em mecanismo de proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade estatal em sede de punições criminais, com reforço de garantias democráticas em virtude de tal viés, restou

²²⁶ FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmoçles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora da Univali. 2001. p. 28.

²²⁷ “Nos primeiros séculos de sua existência o júri inglês desempenhou efetivamente uma função desse gênero. Os homens de vicineto eram testemunhas dos fatos e não juízes do fato: comunicavam ao juiz *in eyre* o que a comunidade sabia acerca das circunstâncias que haviam dado lugar à controvérsia. Eles estavam – e deviam estar – a par dessas circunstâncias, direta ou indiretamente, e informavam o juiz sobre elas. Com o passar do tempo, todavia, a função do júri mudou progressivamente, mas substancialmente, até assumir a fisionomia que hoje conhecemos. Os jurados deixaram de ser testemunhas dos fatos para se tornarem *triers of fact*, encarregados de valorar provas fornecidas pelas partes e, com base nessas provas, formular suas conclusões a respeito dos fatos da causa”. (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons. 2016. p. 212-213). “No júri inglês atual “a comunicação ente os jurados é plena, pois os mesmos decidem com base no juramento (ou promessa solene) que fazem “de julgarem fielmente o acusado e darem um veredito verdadeiro de acordo com as provas apresentadas”. Logo, a decisão é produto de um sistema de plena comunicação entre os jurados, democratizando, o máximo possível a decisão sobre a liberdade do réu, evitando assim, o puro capricho, arbítrio ou abuso de poder”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 46).

²²⁸ “A configuração do direito ao julgamento por um júri, proclamado pela sexta emenda à constituição dos Estados Unidos no âmbito do processo penal, representa o ápice dessa longa e complexa evolução do júri de grupo de testemunhas do fato a instituição de garantias das liberdades democráticas”. (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons. 2016. p. 213).

ambientado em solo pátrio, na sua instituição (1822), como também um mecanismo de participação popular (seletiva), de caráter político.

Quando recepcionada a instituição no Brasil, o júri era composto apenas por cidadãos “de bem” que detinham o poder econômico local, isto é, mulheres, escravos (tratados como objetos), e pessoas de pouca ou nenhuma posse não podiam participar do grupo de julgadores leigos (mas podiam e eram julgados por eles)²²⁹.

Com o passar dos tempos, a instituição do júri, a qual sempre foi comando constitucional, amoldou-se ao que se tem hoje, com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em procedimento bifásico, cuja ordem constitucional, mormente com relação à soberania dos vereditos, acaba por afirmar o “poder” da sociedade em demonstrar seu pensamento atual, quando ao julgar seus pares.

A crítica que está por trás do reconhecimento da soberania dos vereditos e da própria instituição do Júri, bem se assenta no fato de que o jurado decide por íntima convicção, podendo firmar seu veredito em qualquer elemento, seja ele de cunho endoprocessual ou extraprocessual, o que hoje, em face de um processo penal democrático e constitucional, o qual se perfaz na imagem do acusado como parte hipossuficiente ante o aparato que o Estado dispense para a sua persecução penal, não mais se sustenta de forma a justificar a inserção do interesse social em tais julgamentos, alterando, com isso, a finalidade do procedimento processual penal²³⁰.

²²⁹ “A primeira Constituição da história do Brasil nascia de cima para baixo, ou seja, foi imposta pelo Imperador ao povo que representava uma minoria branca e mestiça que votava e tinha participação na vida política. Em novembro de 1832 entrou em vigor o Código de Processo Criminal do Império de primeira instância, permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que fossem eleitores, sendo de reconhecido bom sendo e probidade. Consequentemente, somente seriam jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que estes é que podiam votar”. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 60-64).

²³⁰ “Ainda mais grave é a situação que se produz diariamente no Tribunal do Júri, em que os jurados julgam por íntima convicção, com base em qualquer elemento contido nos autos do processo (incluindo-se nele o inquérito), sem distinguir entre ato de investigação e ato de prova”. (LOPES JR. Aury. GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. p. 329). “Há, todavia, uma característica que acompanha o júri ao longo de toda a sua complexa história, confirmada e reforçada quando esse se transforma de instrumento processual em um mito e em um defensor da liberdade (...) há uma espécie de ato de fé no fundamento da aceitação social do sistema do júri, em virtude do qual a justiça do veredito é um axioma indiscutível que é aceito a priori como tal. A apuração dos fatos feita pelo júri é imperscrutável e, portanto, não há qualquer possibilidade de compreender porque e como um fato seja considerado provado ou não provado: a noção de verdade <segundo a consciência> do jurado era ampla o bastante para cobrir erros na interpretação das provas. Seguindo na mesma obra, sobre as críticas ao tribunal do júri em solo americano. p. 214 - 215: Nos Estados Unidos o júri é objeto de recorrentes discussões (...) a decisão do júri forma-se em uma espécie de black box, em que acontecem coisas e se fazem escolhas que ninguém

O Tribunal do Júri, por estar ambientado dentro do Poder Judiciário (poder de Estado), compartilha e pratica rituais simbólicos, que ao mesmo tempo que representam todo um contexto social, com práticas inerentes à resolução de conflitos²³¹, também servem para (re)forçar o lugar de fala de cada ator processual (jogo de poder). A simbologia é inerente ao mundo social-histórico, às instituições integrantes dos sistemas de Estado. A sociedade não se estrutura fora de uma rede simbólica, conforme analisa FAGUNDES²³², *as sentenças do*

conhece, pela razão de que o veredito do júri nunca é motivado(...) não sendo obrigados a motivar suas decisões os jurados não são nem mesmo induzidos a formular valorações e inferências racionalmente controladas com o escopo de estabelecer a verdade dos fatos”. (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons. 2016. p. 41). “(...) O fortalecimento do indivíduo no processo penal se dá em duas dimensões: potencializando sua posição e condições de fala no processo penal, através de contraditório e ampla defesa (reais e efetivos), e na garantia de ser julgado por um juiz natural e em posição de alheamento (terzietà). (...) os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas, e principalmente midiática (...) eles não são juízes, senão que estão temporária e precariamente investidos, carecendo, por evidente, das necessárias garantias orgânicas – que suportam a independência. A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. (...) o golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. A “intima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento”. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 1060-1067). FERRAJOLI crítica aos jurados ao citar Lauzé Di Peret, “que conseguiu chamar de “ordinários” só aos juízes populares ou jurados, na medida em que decidem com base na livre convicção e sem o vínculo das provas legais, equivalem a “ditadores sem risco público”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 531). DAMASKA explica como em países da common law os processos submetidos ao julgamento por jurados vêm diminuindo: “Varias jurisdicciones de common law – entre elas Inglaterra, el país de origen del jurado – praticamente han eliminado el proceso con jurado para los conflictos civiles. Incluso en el derecho penal – un ámbito donde los juicios con jurado todavía son emblemáticos constitucionalmente y en el que la decisión por jueces legos alcanza su nivel más alto – están soplando vientos de cambio. (...) las decisiones judiciales son mucho más transparentes que los habituales veredictos del jurado”. (DAMASKA, Mirjan R. **El Derecho Probatorio a La Deriva**. Madrid: Editora Marcial Pons. 2015. p. 130).

²³¹ “As práticas inerentes à resolução de conflitos são repletas de rituais. Por que o ritual é tão iminente nos meios formais de decisão de conflitos em tantas sociedades? O primeiro é que, na análise das disputas, as instituições estabelecem práticas e cerimoniais em favor de sua própria legitimidade. A resolução oficial de conflitos recorre à cultura e a reflete. P. 161: A ação ritual que acompanha o processo institucionalizado é, assim, uma das fontes de seu sucesso. Os elementos repetidos no bojo do ritual judicial contribuem dessa forma para a correção e a legitimidade, e vinculam simbolicamente o evento a ideias e características gerais da ordem social”. (CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Editoras Marcial Pons. 2014. p. 105).

²³² “Tudo o que se apresenta no mundo social-histórico está indissociavelmente com o simbólico. Não que se esgota nele. Os atos reais, individuais ou coletivos, o trabalho, o consumo, a guerra, o amor, a natalidade – os inúmeros produtos materiais sem os quais nenhuma sociedade poderia viver um só momento (não são nem sempre, não diretamente) símbolos. Mas uns e outros são impossíveis fora de uma rede simbólica. p. 32: o tribunal do júri, ritual por excelência, articula um conjunto de mensagens que dizem respeito à vida social cotidiana dos grupos e segmentos sociais. Nele operam as categorias da significação e dos atributos valorativos sociais, políticos e ideológicos”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora da Univali. 2001. p. 31).

*tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente(...). Uma instituição funciona como uma rede simbólica socialmente sancionada*²³³.

A ritualística do tribunal do júri inicia quando a própria lei²³⁴, ao selecionar os integrantes da sociedade para julgamento de seus pares, aplica o comando – de notória idoneidade -. Na prática forense, muito pouco se consegue aferir sobre essa tal notória idoneidade. Em uma sociedade tão plural como a de hoje, em que pese de viés conservador com relação a alguns segmentos, o que pode ser de notória idoneidade em uma localidade, pode não ser em outra. Contudo, voltando ao sistema de escolha dos jurados, tal característica para compor o conselho de sentença, já pode produzir no imaginário do eleito uma separação, uma diferenciação daquele seu par, que estará sob seu julgamento.

A simbologia aqui já começa a macular o sentido primevo do tribunal do júri, onde a sociedade deveria julgar seu membro, com um olhar de aproximação e não de exclusão²³⁵. Este olhar diferenciado, mesmo sem querer, dá início ao jogo de poder existente nas relações humanas, onde o mais forte tentará, de alguma forma subjugar o mais fraco, mormente quando em ambiente processual penal, onde a técnica limita o agir de juízes, promotores e advogados, mas não chega ao alcance do jurado no momento de decidir por

²³³ “(...)o mundo social é constituído em função dos sistemas de significações. Tais significações existem e se inscrevem na forma de um imaginário efetivo que nos mostra que é impossível se compreender a trajetória humana fora de sua inscrição na categoria do imaginário”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis. Editora da Univali. 2001. p. 32).

²³⁴ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade. (Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: nov. 2017.)

²³⁵ Neste contexto há um reforço, ainda que inconsciente, da separação dos membros da sociedade, isto é, entre os bons e os maus, entre os corretos e os desviantes. Neste sentido: “(...)o que se nota modernamente é um sentimento passivo de vitimização que reproduz uma visão maniqueísta da sociedade, em que os bons se transformam em vítimas indefesas dos maus, incluídos nesta última categoria, os supostos responsáveis pela segurança de todos. A sociedade sente-se vítima do bandido e do Estado incompetente ou pouco opressor”. (PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: edição IBCCRIM. 2003. p. 108-109.) Pelo mesmo caminho segue KARAM: “Nas sociedades atuais, a apreensão da realidade se faz, cada vez mais, através dos meios massivos: as experiências diretas da realidade cedem espaço e passam a ser experiências dos espetáculos da realidade, que é passado pelos meios massivos de informação, da mesma forma que a própria comunicação entre as pessoas se refere muito mais às experiências apreendidas através do espetáculo do que às experiências vividas. Há situações em que se manifesta uma homogeneidade de comportamentos e significados, à exceção de um único grupo visto como desviado, como ocorre com a ideia de criminalidade (o criminoso é sempre considerado como o “outro”). (KARAM, Maria Lúcia: **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói: Editora Luam. 2ª edição. 1993. p. 199):No sentido dos estereótipos no Júri: “Toda a cultura, desse modo, tem inúmeros estereótipos positivos ou negativos. Determinada pessoa poderá ser classificada pelos seus componentes conforme as qualidades ou defeitos imaginários a sua categoria. Como exemplo, vale referir: todo garimpeiro é aventureiro; todo caboclo é indolente; todo corintiano é fanático, todo carioca é gozador, etc”. (STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**. Símbolos e Rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993. p. 85).

íntima convicção, sem necessidade de fundamentar, ainda que minimante a escolha de seu veredito.

Seguindo com a disposição (ritualística) espacial da sala do Tribunal do Júri, ao menos em solo pátrio, teremos uma divisão de grande significado visual, com o juiz colocado em patamar mais alto, estando a bancada ao seu lado direito ocupada pelo órgão acusador, o Ministério Público. Bancada esta que se encontra entre os jurados e o juiz. No lugar mais próximo dos jurados, está o órgão de acusação.

Permitimo-nos, neste momento, nos afastar um pouco da linguagem processual penal, para tratar do ritual do tribunal do júri, buscando na fonte dos rituais judiciais, os contornos de sacralização dos mesmos, pretendendo autorização, para ao final do raciocínio, fazer uma brincadeira, mas com muita seriedade. Conforme desenvolve CHASE²³⁶, ao enfrentar a disposição espacial do júri americano, refere que há uma reprodução no espaço de julgamento, propositalmente, de *expressões de poder culturalmente reconhecíveis*, como por exemplo o fato da cadeira do juiz ser mais alta que a dos demais; a sala é uma *construção grandiosa*, com expressões de referência religiosa – lá (USA) “*Em Deus Nós Confiamos*”, aqui (Brasil) crucifixos - , aspectos que para um jurado mais atento, faz emergir a arquitetura sacra: “o altar como a poltrona do magistrado; o coral como o local do júri; o átrio como o ponto de testemunho; a estrutura da balaustrada apartando a congregação e os poderes locais situados diante de si; bandeiras emblemáticas do poder nacional ou local”. Com a permissão contextualizada da retórica, aqui, no Brasil, quem senta a direita do Juiz (“Deus ou seu representante direto”), é o órgão de acusação (ou “o Filho de Deus”). Ambos os atores técnicos mais próximos do jurado, este último a lhe conduzir pelo caminho da busca da verdade real no processo penal, pois só a verdade liberta (Evangelho do Apóstolo João, capítulo 8, versículo 32), ou, no caso do processo penal, a verdade, uma vez encontrada, condena na maioria das vezes.

Deixando a brincadeira de lado, não nos descuidamos do fato de que toda essa simbologia começa a refletir no inconsciente do juiz leigo. O júri é um ambiente mais emocional que técnico, onde as percepções estão mais afloradas. Afirmar que o jurado não é alcançado por tais simbologias, inserido nos jogos de poder, é negar a essência da sociedade

²³⁶ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2014. p. 165:

presente a julgar seu integrante. O manejo das emoções e crenças sociais durante um júri é notório, e talvez seja o que faça tal instituição, existir, com afirmação constitucional de direito fundamental. A representação da participação popular em julgamentos de crimes graves, dolosos contra a vida, reitera o caráter democrático de uma sociedade.

O espaço ocupado pela defesa técnica e réu, de frente para os jurados, pode trazer as seguintes interpretações. Primeiro, que não há paridade de armas simbolicamente falando, entre acusação e defesa, pelo simples fato de que o órgão de acusação está sentado ao lado do juiz, ao lado dos jurados, de toga²³⁷, quase de frente (em diagonal) para o réu e defesa, em situação de confronto visual, assim como os jurados estão. A defesa defronte os jurados parece colocar a sociedade e o seu membro “desviante” em posição de conflito, de ataque. Seria quase como comparar o plenário a uma arena de duelos. Que o jogo do processo penal proporciona embates de teses, não se nega, mas o ritual do júri deveria guardar mais este aspecto, duelos de teses, argumentos, linguagem (seja ela corporal ou falada) e retóricas, e não colocar frente a frente, julgadores e acusador contra a defesa. Não há como iniciar um jogo, onde *a priori* se pretende a realização de “justiça” com franca violação à regra de igualdade entre as partes.

O ritual e a hierarquia das forças nele reproduzidas, dentro do ambiente do Tribunal do Júri colaboram para a passividade do jurado, o qual encontrará em suas crenças um porto seguro para conseguir chegar ao seu veredito final²³⁸. Até porque, por decidirem por íntima convicção, o seu papel ganha em responsabilidade (também em face do juramento que

²³⁷ “(...)a toga torna implícito que seu usuário possui tanto o conhecimento quanto a tarefa divina, e que a ocasião apresenta um toque de especialidade”. (CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2014. p. 165).

²³⁸ “Toda essa trajetória do ritual e toda a hierarquização de forças nele contida só se torna possível diante da passividade do sujeito. Esta passividade está ligada diretamente ao sistema de crenças (a crença aparece como um elemento indispensável à passividade do sujeito tira-lhe as incertezas, proporciona-lhe segurança). A crença, preenchendo a falta constitutiva do sujeito, constrói a visibilidade de sua coerência e o seu distanciamento crítico, fazendo com que ele reconheça um poder que lhe é exterior para legitimar, dessa forma, sua própria submissão”. (FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmocles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora da Univali. 2001. p. 34).

profere)²³⁹, na busca em demonstrar para o seu igual e para o seu corpo social, que a justiça foi feita (ou o que se espera por justiça)²⁴⁰.

Dessa forma, pela construção da argumentação até então exposta, seria possível dizer, como já dito, que o jurado carrega em si as crenças e os anseios sociais do meio ambiente no qual está inserido. A crença de que o processo penal é espaço para realização de justiça e confronto e correção de índices de criminalidade senta e decide junto com o juiz leigo, reforçada pela linguagem e retóricas utilizadas durante o julgamento²⁴¹. O nominado “*sensu comum*” encontra resguardo nos discursos acusatórios, mormente quando trabalhados em plenário, os antecedentes do acusado, com a finalidade de montar o perfil do réu, como forma de justificar a acusação e reforçar o critério de separação entre o cidadão que julga (idôneo) e o que está sendo julgado (desviante). “O crime é um acontecimento social e não individual”²⁴², ou seja, quando afastamos o julgamento do fato para focar no seu agente, estamos fortalecendo as crenças as quais ofertam o caráter seletivo a nossa sociedade, e intensificando a separação entre bons e ruins, entre bem e mal. Dessa forma, nos afastamos da possibilidade de fazer com que o jurado se reconheça no acusado (julgamento por seus pares) e confira ao seu “desigual” um julgamento com observância dos princípios de direitos humanos

²³⁹ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 472: Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo.

²⁴⁰ “Já os jurados, ao contrário dos juízes e advogados, são cidadãos comuns. Sua função, contudo, é igualmente marcada por rituais. Eles devem jurar decidir o caso com honestidade e com justiça e são obrigados a se comportar em conformidade com regras específicas. A decisão é relatada seguindo os ditames do ritual, repleta de solenidade e de drama”. (CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2014. p. 167).

²⁴¹ “(...)o valor da verossimilhança representa, para o pensamento cartesiano, tão somente uma micro verdade, que conjugabiliza e admite, ao nível da linguagem, os contrários. São efeitos discursivos de verdade, apoiados mais no senso comum do que nas constatações e nas correspondências referenciais. O argumento verossímil parte do provável, falando em nome de um senso comum conformado e deslumbrado com as insinuações das linguagens”. (WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1984. p. 87-88).

²⁴² “A acusação social passa a ancorar-se no sujeito, e transgressor e transgressão tornam-se uma coisa só, buscando-se, através da razão, identificar no transgressor motivos e razões que o levaram à transgressão”. (LEITE, Ângela Moreira. Incriminando e Sujeitando no Tribunal do Júri. In: MISSE, Michel (Org). **Acusados e Acusadores**. Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2008. p. 213-214.)

A título ilustrativo, em pesquisa realizada em 1992,²⁴³ em época de novos ares da Constituição, e com um perfil de processos que aportavam nas Varas do Júri diverso do que hoje acontece, os maus antecedentes sociais do acusado podiam fazer com que os jurados decidissem pela condenação, em um percentual de 71%. Tal levantamento deveria ser renovado nos dias atuais, mormente frente ao número de apensos nos processos de júri (Varas do Júri de Porto Alegre), os quais tratam exclusivamente de processos ou expedientes anteriores dos acusados expostos a julgamento em plenário.

O jurado que toma acento no Conselho de Sentença das Varas do Júri de Porto Alegre, ou de qualquer outra capital do País, está inserido no contexto político-social brasileiro. Na maioria das vezes ele é um trabalhador, servidor público ou autônomo, estudante ou já aposentado, que viu na sua participação no Júri, um modo de exercer a sua cidadania, afinal, julgar seus semelhantes por crime doloso contra a vida traz em si uma grande responsabilidade. Esse jurado deveria poder ser tocado pelas emoções envolvidas em um delito passional. De igual forma, poderia responder diferentemente da melhor técnica em se tratando de aborto, infanticídio ou feminicídio. Por óbvio conseguiria uma aproximação maior e mais profunda em casos de induzimento ao suicídio. Mesmo decidindo por íntima convicção, estaria ele, o leigo, membro da sociedade, mais permeável em julgar seus pares, desde que conseguisse superar as crenças sociais em relação a pessoas que cometem crimes e índices de criminalidade.

Por outro lado, não nos afastamos da realidade que invade as varas do júri nos dias de hoje, homicídios e tentativas por disputa de ponto de tráfico de drogas. No contexto de tais processos, por óbvio que dos jurados não se pode exigir compreensão de emoções. É crime com motivação “empresarial”, onde a intenção não é tirar a vida de alguém por algum motivo que corresponda a fatos da vida que toquem os jurados, e sim a mera posição comercial e afirmação de poder de membros de facção criminosas. Certo é, que em tais processos, submetidos ao Tribunal Popular, o jurado leigo será mais exigido em sua decisão, uma vez que precisará prestar atenção às provas, e delas extrair seu veredito, sem se deixar seduzir pelo discurso de que a impunidade é fato gerador de mais criminalidade. Se julgar

²⁴³ VAINSENER, Semira Adler. FARIAS, Ângela Simões de. **Condernar ou Absolver**: A tendência do Júri Popular. São Paulo: Editora Forense. 1997. p. 49: pesquisa direta realizada em 10.08.1992, no Salão do Júri do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com o total de 48 jurados de um total de 100. p. 11-13.

com base em tal conclusão do “senso comum”, reforçada, por vezes, pelo órgão acusador, ao trabalhar exclusivamente os atos de investigação e antecedentes dos réus expostos a júri, não estará, ao contrário do que pode pensar, a fazer justiça e auxiliar nos fins de política criminal do processo penal. Estará superando garantias individuais, concedidas constitucionalmente ao acusado, retirando-as do alcance de si próprio (jurado), quando por um algum acaso da vida, se ver submetido a um processo penal, ou alguém de sua família ou de seu convívio social. O descarte das garantias processuais, no dia-a-dia dos processos penais, vêm causando a sua superação, onde, conforme demonstrado pela pesquisa realizada na dissertação, termos como presunção de inocência sequer são enfrentados em decisões judiciais, e afastando cada vez mais a sociedade do debate sobre direitos humanos e processo penal.

De acordo com SOWELL²⁴⁴, “a justiça é uma das muitas arenas dentro da qual o conflito ideológico é deflagrado”. Trazendo tal premissa para dentro do processo de júri, mormente para dentro do âmbito dos jurados, nos parece que a ideologia que deve pautar tal “arena” jurídica (aqui reconhecendo o plenário de julgamento na realização do procedimento) não é outra senão a dos direitos humanos, por mais difícil que possa parecer. Precisamos nos reconhecer no outro, de modo a criar uma empatia com o processo penal, com o acusado, afinal, se a lei é para todos, o tratamento que quero para mim, em caso de cometimento de alguma infração penal, devo conceder ao meu próximo. Presunção de inocência, devido processo, contraditório e ampla defesa também estão implícitos no princípio condutor da ideologia de direito humano, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Contudo, não olvidamos que nos dias atuais, por estarmos envoltos em um universo categorizado (e aqui só para citar o que envolve o âmbito criminal, de um lado quem comete crimes, do outro, os que acham que não cometem), há um afastamento que não pode ser tido como normal, daqueles

²⁴⁴ “Não pode haver qualquer estrutura judiciária confiável toda a vez que juízes forem livres o suficiente para impor, como lei, suas próprias noções individuais sobre o que é justo, caridoso ou está mais de acordo com a justiça social”. (SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: Editora É Realizações. 2ª impressão. 2011. p 246). No mesmo sentido do magistrado necessitar ter uma ideologia: “(...) já referi em outras ocasiões ser necessário um engajamento ideológico dos magistrados, o que não se deve confundir com política partidária. Para isso, seria preciso encontrar a nossa realidade, mas a única base viável para uma leitura comprometida com ela parece ser aquela que tem por estribo as epistemologias latino-americanas, que veem o sujeito a partir de uma ética da alteridade, ou seja, atrelada à dignidade do outro”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o mundo Neoliberal in **In Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.) Curitiba. EdiBEJ. 1996. p. 74).

que deveriam julgar seus pares²⁴⁵. O fato de estar respondendo a um processo, já tem tornado aquele cidadão uma pessoa diferente de mim. Aqui já criamos uma resistência e voltamos a conteúdo já explanado, que seria do pré-julgamento e da pré-resistência quando do início dos trabalhos em plenário de júri, com relação ao acusado²⁴⁶.

Quando em plenário, já temos ao alcance do jurado, a decisão de pronúncia e a decisão que a confirmou (se houve Recurso em Sentido Estrito), cujos discursos encontram-se permeados de sutilezas retóricas, apontando para o caminho da culpa do réu sob julgamento (quando não a afirmam). Observar a presunção de inocência quando do julgamento em plenário de júri passa, necessariamente, pela forma como a decisão que remeteu o réu a júri foi redigida. Enfrentar como prova indícios de autoria, sob o argumento de serem suficientes, rompe com a observância da garantia uma vez que não trabalha a probabilidade da versão acusatória com base no caderno probatório formado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O jurado, cidadão leigo, investido da responsabilidade de julgar seu semelhante, por óbvio chega ao plenário com contaminações, conforme já explorado. Entretanto, a responsabilidade de julgar seu semelhante deveria ultrapassar todo e qualquer argumento de autoridade, sob a visão de que ali está outro cidadão, com os mesmos direitos e garantias dentro da realidade da persecução, que o leigo exigirá para si quando confrontado. Ensina

²⁴⁵ “Como nos seria possível distinguir, então, civilizados de não civilizados, ante a frágil avaliação do juízo humano? Esse conceito de que na penitenciária só estão os canalhas e, os homens honrados fora dela, não passa de uma ilusão, como é ilusório também o conceito de que um ser humano possa ser totalmente canalha ou totalmente decente. p. 99: Falando em plenário, em certa ocasião, sobre o preso, lembro-me que o defini como alguém que talvez fosse culpado. Tive a nítida impressão de que meus ouvintes me censuravam, horrorizados, no entanto, verdades como essas devem ser ditas sempre, para que, conhecendo-as, os objetivos da civilidade sejam alcançados”. (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2ª edição. Editora Servanda. 2006. p.123). SANDEL ao tratar de jurados cidadãos e da possibilidade de jurados profissionais: “O motivo pelo qual convocamos jurados em vez de contratá-los é porque consideramos a atividade de fazer justiça nos tribunais uma responsabilidade que todos os cidadãos devem compartilhar. Os jurados não estão ali simplesmente para votar; eles deliberam sobre as provas e as leis. E as decisões são fundamentadas nas diversas experiências de vida que os jurados das várias categorias sociais levam consigo. O dever de participar do júri não é apenas uma forma de resolver os casos. É também uma forma de educação cívica e uma expressão da cidadania em um regime democrático”. (SANDEL, Micheal. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. Editora Civilização Brasileira. 2011. p. 110).

²⁴⁶ “Há uma considerável resistência à ideia de que deve ser patentemente irracional – e estúpido – alguém tentar fazer alguma coisa para os outros, exceto na medida em que fazer o bem aos outros reforce seu próprio bem-estar. (...) “o que devemos uns aos outros” é um assunto importante para a reflexão inteligente. Essa reflexão pode nos levar para além da busca de uma visão muito estreita do autointeresse, e podemos até descobrir que nossos próprios objetivos, quando bem avaliados, exigem que cruzemos os limites estreitos da exclusiva busca autocentrada”. (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Companhia das Letras. 1ª reimpressão. 2012. p. 63).

ROSA²⁴⁷ “que o Direito está para além da subjetividade individual. Desconsiderar, todavia, que a subjetividade opera e muitas vezes rouba a cena é erro fatal de um jogo processual suscetível às condições iniciais”.

A garantia processual da presunção de inocência, por ser diretiva de direito humano fundamental, deveria constranger, no âmbito do processo penal, não só o magistrado técnico, como o juiz leigo, no momento de suas decisões. Sua afirmação deveria ser exigida e contemplada nos atos decisórios, sob pena de seguirmos reforçando o caráter autoritário e inquisitório do processo penal, através da repetição em decisões de pronúncia e acordãos confirmatórios, do “inqualificável” *in dubio pro sociedade*, e dessa forma, por criarmos a expectativa no processo penal, como instrumento de segurança pública e pacificação social, estaremos reforçando a separação entre os membros da sociedade e aumentando a sensação de violência social, ao afastarmos de nós a responsabilidade que todos temos sobre ela.²⁴⁸

²⁴⁷ “De qualquer sorte, reconheço a importância de que se acolha a autonomia do direito, ciente, todavia, fundamentalmente, do mapa mental do sujeito, em que a normatividade deveria servir de constrangimento para decisões. Por mais que pessoalmente o sujeito pense de uma maneira, no lugar do exercício do poder estatal, o agente jurídico não deveria se sentir um “rei coroado”, e que pode decidir como quiser. O Direito não é o que você ou eu pensamos, isto é, nossas preferências pessoais. Entretanto, para que os constrangimentos normativos possam fazer questão é necessário compreender o seu lugar ou função democráticos (...)”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 133-134).

²⁴⁸ “A violência é sempre espantosa e ineplicável. Só tem sentido no outro. O preconceito generaliza e dirige meu ódio para um grupo diferente. O limite para o ódio se chama lei. A lei é uma tentativa, com limitações, de estabelecer normas de consenso para impedir o uso da coerção. Quando bem feita, a lei representa uma certa unidade social. Quando seguidas pelas pessoas, ela aumenta o consenso e diminui a coerção. Quanto mais houver crença no sistema jurídico legal, mais eu posso dispensar a coerção. Quanto mais frágil a sociedade julga ser uma pessoa, mais a atacará. A lei é castradora da violência legal e, nesse sentido, é uma castração desejável. Gestos de ódio demonstrados através de preconceitos, instituem a violência real. Não existe direito a partir de um crime, e as pessoas confundem liberdade com a regra social”. (KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**. Rio de Janeiro: Editora Leya. 2017. p 46-59).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente trabalho teve como objetivo analisar não só a observância ou não do princípio da presunção de inocência, bem como as questões probatórias incidentes, ambos no momento decisório da decisão de pronúncia. Para tanto, perpassou pela análise do adágio do *in dubio pro societate*, localizou historicamente e socialmente a instituição do Tribunal do Júri, e seu juiz natural, os jurados.

Por todo exposto, é possível afirmar que ambas as hipóteses preliminares afirmadas se confirmaram, ainda que com a primeira delas não se compactue, a depender exclusivamente da premissa de partida e finalidade que se vislumbra no processo penal.

É possível, e filiado ao entendimento majoritário, que encontramos tanto na doutrina quanto na posição jurisprudencial brasileira, afirmar que indícios suficientes de autoria, da forma como vêm sendo analisados e trabalhos na decisão de pronúncia não atingem o princípio da presunção de inocência, superando-o (para não dizer ignorando-o por completo), em face do princípio do *in dubio pro societate*.

Para esta conclusão, é necessário que se parta de um processo penal com finalidade de política criminal, de resguardo dos interesses sociais. A visão sobre o procedimento processual penal deve ser a de dar uma resposta social ao crime praticado. A imagem do agente do delito, visualizada pelo então ator técnico, magistrado, não é a de um inocente até que uma sentença penal condenatória transite em julgado (ou após decisão de segunda instância conforme afirma nossa Suprema Corte, por ora), e sim a de um cidadão desviante, que ao infringir a lei que rege seu meio ambiente social, está colocando a segurança e paz social de toda uma comunidade em desequilíbrio, em desacordo, devendo ser colocado à margem para aprender com seus erros.

Essa premissa privilegia o direito a segurança social e paz social, em contraponto ao direito à liberdade e à presunção de inocência, esses, direitos de nascedouro de qualquer cidadão. Dessa forma, inverte-se a lógica da finalidade do processo, retirando seu viés democrático, e seguindo com seu caráter ideológico inquisitorial, onde os fins justificarão os meios se trouxerem equilíbrio e paz, ainda que ficcionais, ao ambiente social.

Dessa forma, justifica-se a aplicação do *in dubio pro societate* no momento da decisão de pronúncia, em havendo dúvida quanto à autoria do delito, sem sequer ser

considerada a presunção de inocência como norma de juízo neste momento, isto é, ignorada a possibilidade de uma impronúncia em face do *in dubio pro reo*. Não se olvida que a competência para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida é dos jurados. Não se questiona o fato de caber a eles analisar a autoria e materialidade do delito.

Contudo, se proposto pela lei um filtro, como o é a decisão de pronúncia, de admissibilidade da acusação (e após a reforma de 2008, com a supressão do libelo crime acusatório, indo mais além, passando para as mãos do magistrado a tarefa que caberia ao órgão acusador, qual seja o de limitar a acusação que irá a plenário), por óbvio que tal decisão judicial deveria observar a garantia da presunção de inocência, sem oferecer qualquer agressão ou invadir a esfera de competência de julgamento do Conselho de Sentença. Justamente por ser uma decisão, ainda que de cunho interlocutório, não terminativa, de análise de conteúdo probatório limitado e conciso.

Não aderimos a tal entendimento, uma vez que entendemos que o processo penal é um instrumento de efetivação de garantias fundamentais constitucionais. Partimos da premissa de um processo penal democrático, onde a figura do réu é a de um hipossuficiente frente ao aparato estatal existente para a sua persecução penal (presunção de inocência como norma de tratamento). Acreditamos que a presunção de inocência é pilar que sustenta o processo penal democrático, cujo ônus de provar a culpabilidade do acusado cabe exclusivamente ao órgão acusador, o qual, não obtendo êxito em sua atividade acusatória (presunção de inocência como norma probatória), terá como resultado do seu jogo, uma absolvição, ainda que por dúvida no que diz respeito à autoria, afirmando o *in dubio pro reo* (presunção de inocência como norma de juízo).

Ao estabelecermos o princípio da presunção de inocência como a espinha dorsal da dissertação, partindo dela e perpassando por ela o enfrentamento do *in dubio pro societate*, dos indícios suficientes de autoria e tudo o mais que circunda a integra a decisão de pronúncia e seus efeitos endo e extraprocessuais, chegamos a conclusão de que a mesma, embora se mostre um filtro necessário no curso do procedimento processual penal dos delitos dolosos contra a vida, deveria obedecer a critérios (práticos e legais), mais rígidos e objetivos.

Primeiro não deveria ter como fundamentação-norte a justificar a pronúncia do réu, o nominado “princípio do *in dubio pro societate*”. Na fase da pronúncia, só uma dúvida pode existir, e ela deve ser *pro reo*, ao afirmar a observância da garantia da presunção de

inocência. Não há interesse social, sequer neste momento decisório, sequer no curso da persecução, que se sustente perante um processo penal democrático, perante o reclame de um estado de inocência. Não se pode relacionar o interesse social contido no *in dubio pro societate* com a competência constitucional dos jurados para o julgamento do crime contra a vida praticado pelo acusado. O jurado é o juiz natural da causa, seu interesse para o julgamento da causa é afirmado pelo texto constitucional. Não há interesse social por detrás disso que justifique o *in dubio pro societate*. A análise de autoria e materialidade não prescinde da bengala deste adágio, o qual contém forte ideologia inquisitória na sua criação, e por que não, aplicação. O interesse social e político em atribuir julgamento de membros da sociedade por membros desta é afirmar a participação popular no âmbito do Estado, e reforçar o caráter democrático e de direito do mesmo.

Seguindo, ao partir da premissa de um devido processo penal democrático, com a observância de um de seus princípios estruturantes, qual seja o contraditório, não é possível aceitar que uma decisão judicial pautada a sua fundamentação sobre indícios de autoria, mesmo que por detrás do discurso de “suficientes”, para pronunciar o acusado. Os atos de investigação que compõem o inquérito policial não devem ser utilizados para dar sustentação a uma decisão de pronúncia. Primeiro por terem sido praticados e colhidos em ambiente unilateral, sem contraditório, de caráter sigiloso. Segundo, pelo fato de a decisão de pronúncia ser proferida após instrução e, portanto, contraditório judicial. Em havendo elementos captados na instrução processual que indiquem a autoria do acusado, este deverá ser remetido a julgamento perante o júri. Não havendo, ou havendo dúvida com relação à autoria, impronuncia-se com base no *in dubio pro reo*.

Verificamos a partir dos estudos expostos e principalmente da pesquisa realizada, a qual evidenciou o discurso dos magistrados ao enfrentar os indícios de autoria nas decisões de pronúncia, que por vezes estes os estão fundamentando única e exclusivamente nos testemunhos colhidos em âmbito policial. A forma como os indícios são trabalhados no corpo da decisão, deixam em evidência a convicção do magistrado quanto ao réu, no tocante a sua culpabilidade, contribuindo para a formação do argumento de autoridade da pronúncia, a interferir na imparcialidade dos jurados quando do plenário de julgamento. Parece-nos que da forma como vem sendo confeccionada a decisão de pronúncia, mormente no que diz respeito à análise da autoria através de “indícios suficientes”, está restando por causar a interferência

indevida na competência constitucional dos juízes naturais da causa, os jurados, maculando a imparcialidade que lhes é exigida.

Não identificamos maiores problemas em relação à análise da materialidade, contudo também não nos debruçamos sobre este viés, mantendo nosso foco na questão dos indícios suficientes de autoria. Como a proposta do trabalho não é propor a supressão da decisão de pronúncia do procedimento processual afeto ao tribunal do júri, e sim oferecer alternativa onde não haja espaço para a menção do adágio do *in dubio pro societate*, ao contrário, onde exista a real e concreta observância do princípio da presunção de inocência, bem como a superação do uso da expressão indícios suficientes de autoria em fase decisória pós-instrução processual, e não interferência do magistrado na competência constitucional dos jurados para o julgamento da causa, acreditamos que uma modificação no artigo que trata da delimitação da fundamentação da decisão de pronúncia se mostra pertinente e necessária.

Entendemos que decisão de pronúncia poderia ser limitada a análise da materialidade do delito, verificando tratar-se de um crime doloso contra a vida, e remetendo os autos à julgamento perante o Conselho de Sentença, de forma breve e sem maiores enfrentamentos probatórios. A exemplificar nossa ideia de texto:

Vistos, etc.

(...) Da análise do conjunto probatório formado nos autos, identifica-se, em tese, a ocorrência de crime doloso contra a vida, o que autoriza a remessa dos autos para julgamento perante o Conselho de Sentença, nos termos do art. 121, etc. (...).

Dessa forma, vai mantido o filtro de admissibilidade de acusação, o qual afirma a competência constitucional dos jurados – crime doloso contra a vida – evita-se o uso sem critério de um adágio que não tem qualquer razão de existir – *in dubio pro societate* – e permite-se afirmar a observância da garantia da presunção de inocência em momento decisório, com a permissão de análise da prova dos autos pelo magistrado, quando for o caso específico de impronunciar ou absolver sumariamente o réu (aqui também propomos uma alteração no texto da lei, conforme anexos).

Evitaríamos, com isso, alcançar aos jurados documentos eivados de argumentos de autoridade e ideologia inquisitorial, reforçaríamos o caráter democrático da instituição de júri, bem como a competência constitucional dos jurados para apreciação das referidas causas. Manteríamos a decisão de pronúncia nos moldes da reforma de 2008, embora também não

concordamos com seu papel de limitador de atividade acusatória. Assim, acreditamos que estaríamos contribuindo para um processo penal respeitador das regras do jogo democrático e afirmando e evidenciando a garantia das garantias em termos de persecução penal, qual seja a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

- AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>>. Acesso em: nov. 2017
- ALBUQUERQUE, P.P. **Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)**. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A Pré-ocupação de Inocência no Processo Penal. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. N. 62. Pp. 85-115, jan-jun, 2013.
- AMODIO, Ennio. **Processo Penale Diritto Europeo e Common Law**. Dal rito inquisitório al giusto processo. Milano: Giuffrè Editora, 2003.
- ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. In: **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 4, p.24-43, mai./ago., 2010.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrine. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no Direito. In: **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Univali. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3964/2307>>. Acesso em: nov. 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**. A prova testemunhal em cheque. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La significación de los derechos humanos en el moderno procesal penal. In: **Pensamiento Penal y Criminológico: Revista de derecho penal integrado**, Córdoba, v. 4, p.57-76, 2002.

BATTAGLIO, Silvia. Indizio e prova indiziaria nel processo penale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano. V. 38. p. 375-436, 1995.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**. A Sensibilidade na Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2014.

BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Volume 1. Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. São Paulo: ed. Martin Claret, 2008.

BELLAVISTA, Girolamo. **Studi Sul Processo Penale**. Milano: Editore Giuffrè, 1976.

BRASIL. Exposição de motivos do CPP de 1941. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/tag/exposicao-de-motivos-do-cpp/>>. Acesso em: nov. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1941.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 117, p.184-194, out, 2012.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de inocência no Brasil**: conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Editora Servanda, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Ed. São Paulo: Minelli. 2ª edição. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. In: **Rivista de Diritto Processuale**. Volume XX (II Serie). Padova: CEDAM, 1965.

CARVALHO. Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.51.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais de processo Penal. 6. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens R.R. artigo Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência. In: **JUSTIFICANDO**. Disponível em: <justificando.com>. Acesso em: 17 jan. 2015.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. Parte 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Editoras Marcial Pons, 2014.

CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o Tribunal do júri**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2015.

CHIAVARIO, Mario. **La Riforma Del Processo Penale**. 2. ed. Torino: UTET, 1989.

CHIAVARIO, Mario. Presunzione d'innocenza e Diritto di Difesa nel Pensiero di Francesco Carrara. In: **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**, 1991, p356-365.

CHITTÓ GAUER, Ruth M. **A Fundação da Norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

CHITTÓ GAUER, Ruth M. (organizadora) **A Qualidade do Tempo**: Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri**. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

COLOMER, Juan-Luis Gómes. **Temas Dogmaticos Y Porbatórios de Relevancia em el proceso penal del siglo XXI**. Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

CORTÉS COTO, Ronald. La prueba indiciaria. In: **Revista Digital de la Maestria en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica**. Turrialba. N. 2. p. 271-292. Anual, 2010.

COUTINHO, Jacinto Miranda de; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição** (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti**. Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: nov. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: nov. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Absurdo das Denúncias Genéricas. In: FISCHER, Otavio Campos (Coord). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o mundo Neoliberal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). **Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar**. Curitiba: EdiBEJ, 1996

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I e II. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis S/A, 2000.

DALIA, Andrea Antonio. FERRAJOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 4ª ed. Milano: Ed. Cedam, 2001.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras De La Justicia Y El Poder Del Estado**. Análisis comparado del processo legal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DAMASKA, Mirjan R. **El Derecho Probatorio a La Deriva**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas memórias**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DOTTI, René Ariel. O mito da presunção de inocência. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n. 136, p.9, mar., 2004.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Análise Crítica, Doutrinária e Jurisprudencial. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

FAGUNDES, Valda de Oliveira. **A Espada de Dâmoçles da Justiça**. O Discurso no Júri. Florianópolis: Editora Univali, 2001.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

FENNOL, Jordi Nieva. **La Duda em el Proceso Penal**. Madrid: Marcial Pons. 2013.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocência. In: **Revista Para El Analisis Del Derecho – InDret**. Barcelona. 01/2016. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: out. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 4. Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, Puc Rio, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Editora Paz &Terra, 2014.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Orgs). **Métodos de Pesquisa**. Editora UFRGS, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San Jose da Costa Rica. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova Penal**. Estado Democrático de Direito. Editoras Rei dos Livros e Empório do Direito, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas(?) do Processo Penal**. Considerações Críticas. Editora Lumen Juris, 2008.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR. Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Bahia: Editoras JusPodivm, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. I e II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: **ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 475 p. 343.2(81) E73. p.121-142. D13.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e prisão cautelar. São Paulo. Editora Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo. n. 23. P. 3. Nov., 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo. Malheiros Editores., 2017.

ILLUMINATI, Giulio. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bolonha: Zanichelli, 1984.

KARAM, Maria Lucia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia: **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2. ed. Niterói/RJ: Editora Luam, 1993.

KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**. Rio de Janeiro: Editora Leya, 2017

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalda pelo STF. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 24, no.281. Abril 2016.

LAURO, Nicola. Note in tema di prova indiziaria e presunzioni. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano. V. 23, p. 1408-1428, 1980.

Leite, Ângela Moreira. Incriminando e Sujeitando no Tribunal do Júri. In: MISSE, Michel (Org). **Acusados e Acusadores**. Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Introdução Crítica. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

LOPES JR. Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7x1 jurídico. In: **Coluna Limite Penal**. Conjur. 04 de março de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?>>. Acesso em: nov. 2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

LOPES JR, Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. In: **Coluna Limite Penal** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>>. Acesso em: nov. 2017.

MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lesson. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz “Agente de Segurança Pública” é o inquisidor contemporâneo**. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>>. Acesso em: nov. 2017.

MELO, Ezilda. **Tribunal do Júri: arte, emoção e caos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016.

MLODINOV, Leonard. **Subliminar**. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3. ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O fim da farsa da presunção de inocência no sistema (ainda) inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 598 p. p.1-13. 343.1:342.4

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Artigo **DICA # AMR. A ratio da exposição de motivos “Francisco Campos” do Novo CPP**. 07.03.2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/tag/exposicao-de-motivos-do-cpp/>>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**. O princípio mal-dito do processo penal. Disponível em

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/07/08/dubio-pro-hell-o-principio-mal-dito-processo-penal>>. Acesso em: nov. 2107.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Univali. Vol. 11. N. 2. p. 219-233. jul-dez, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolagem dos significantes**. Editora Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma Crítica a Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. In: **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa. V. 11. N 42. P. 31-47. Abr-jun, 1990.

MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NASSIF, Aramis. **O Novo Júri Brasileiro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

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

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. In: **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Brasília. n. 183. pgs. 67-75. jul/set., 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. In: **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Brasília. n. 183. pgs. 67-75. jul/set., 2009.

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

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: edição IBCCRIM, 2003.

PINTO, Marta Sofia Neto Moraes. A prova indiciária no processo penal. In: **Revista do Ministério Público de Lisboa**. V. 32. N. 128. 185-222, out/dez, 2011.

PRADO, Geraldo. **Processo Penal e Democracia**. Estudos em Homenagem aos 20 Anos Constituição de 1988. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão Judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PRADO, Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal**: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/?s=geraldoprado+08%2F10%2F2016>>. Acesso em: nov. 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Juri**. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUEZ, Mariano A. la Prueba de los indicios. Pensamiento Penal y Criminológico. In: **Revista de Derecho Penal Integrado**. Córdoba. V. 3. N. 5. p. 351-359, 2002.

ROXIN, Claus. **Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SANDEL, Michel J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHUNEMANN, Bernd, **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenador Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2011.

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. 2ª impressão. São Paulo: Editora É Realizações 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**. Símbolos e Rituais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1993.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

- TONINI, Paolo. A Prova no Processo Penal Italiano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Tourinho Filho. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VAINSENER, Semira Adler; FARIAS, Ângela Simões de. **Condenar ou Absolver: A tendência do Júri Popular**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Poder**. São Paulo: Editora Contexto, 2015.
- VAN DIJK, Teun A. **Discurso e Contexto**. Uma abordagem sociocognitiva. São Paulo: Editora Contexto, 2012.
- VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocência y prueba em el processo penal**. Espanha: Ed. La Ley, 2002.
- VEGEZZI, Santiago. El prematuro abandono cultural del principio de inocência a través de la conjunción entre religión, pecado y delito: um paradigma vigente. In: **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, B, p. 757-767; 2005.
- VICENTE MARTINEZ, Rosario. Culpabilidad. Presunción de Inocencia y delitos de sospecha. In: **Revista del Poder Judicial**. Madrid. N. 33. P. 439-463. Mar, 1994.
- WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1984.
- WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus Inquisitório: Reflexões Sobre o Processo Penal. In: GLOEKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.
- ZANOIDE DE MORAES. Maurício **Presunção de Inocência do Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- .
- .

APÊNDICE

Uma vez que o presente trabalho se propõe a conferir ao processo penal um viés democrático e afirmar a presunção de inocência em momentos decisórios, em face do conteúdo exposto surgiu a necessidade de se propor a alteração de texto em dois artigos do Código de Processo Penal, com a finalidade de reforçar a competência constitucional dos jurados para os delitos dolosos contra a vida e retirar do magistrado a possibilidade de transformar a decisão de pronúncia em documento eivado de argumento de autoridade, o qual pode alcançar os jurados no momento da formação de sua convicção.

Em conformidade com as conclusões exaradas no presente trabalho, apresentamos as seguintes propostas de nova redação dos artigos 413 e 414 do Código de Processo Penal:

ART. 413: O juiz, em breve fundamentação, pronunciará o acusado, ao identificar, pela análise da materialidade, em tese, o cometimento de delito doloso contra a vida.

Parágrafo 1º: A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do delito, devendo o juiz, declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar, de forma breve as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

ART. 414: Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de prova da autoria ou participação, o juiz fundamentadamente, analisando as provas produzidas ao longo da instrução processual, respeitando o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, impronunciará o acusado.



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