

TESE INSTITUCIONAL 04

Nome: Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Áreas de atuação: Tribunal do Júri

Súmula: A pronúncia do acusado somente com base nos elementos de informação do inquérito policial ou de depoimentos de "ouvir dizer" viola o artigo 155 do Código de Processo Penal, o princípio do devido processo legal e da plenitude de defesa, previstos na Constituição da República.

Assunto: Pedido de impronúncia ou viabilidade de recurso para os acusados pronunciados apenas com elementos do inquérito policial ou depoimentos de "ouvir dizer".

Fundamentação Jurídica:

O Tribunal do Júri está previsto na atual Constituição da República e é da tradição constitucional brasileira, tendo em vista sua previsão desde antes e na Constituição do Império de 1824. Atualmente, a competência do Júri é para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, entre eles, o homicídio, o infanticídio, o aborto e a instigação ao suicídio.

Outrossim, o Tribunal do Júri no Brasil, detém quatro princípios constitucionais basilares: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF).

De fato, o Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário e, ao contrário dos demais juízes, toma suas decisões com base na íntima convicção, pois o Conselho de Sentença não precisa fundamentar os motivos que levaram aquela determinada decisão.

Apenas para esclarecer, o livre convencimento motivado consiste na forma de valoração em que o juiz é livre para valorar as provas que estão nos autos do processo, sendo imposto a ele que a faça de maneira fundamentada. Todavia, o sistema da íntima convicção permite ao juízo valorar a prova de acordo com as suas concepções, sem a necessidade de motivação.

Desse modo, analisando as decisões dos jurados com um viés crítico, nota-se que não há possibilidade jurídica do julgamento pela íntima convicção dos jurados, sem

considerar provas colhidas em juízo. Isto porque a decisão não fundamentada dos jurados vai contra a Carta Magna, quando a mesma positiva em seu Art. 93, IX:

“IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;(grifei)”

Verifica-se que há um desrespeito a norma constitucional, pois os jurados não motivam suas decisões, ou seja, é feita uma leitura da Constituição Federal com as lentes do Código de Processo Penal, total inversão de valores e hierarquia das normas.

É cristalino que os dispositivos do Código de Processo Penal que tratam sobre o Tribunal do Júri não estão acima da Constituição Federal, o que deixa mais inadequado os seguir. Assim, os jurados deveriam fundamentar suas decisões, contudo não é isso que ocorre e eles decidem com base na livre convicção.

Para sanar o problema, o Tribunal do Júri deveria funcionar da seguinte forma, segundo Paulo Rangel:

“Os jurados são leigos, mas decidem sobre os fatos e, sobre estes, na sala secreta, devem, entre si, sem a presença da defesa e do MP, manifestar-se. A incomunicabilidade é durante o julgamento em plenário, porém, uma vez na sala secreta, devem expor, sem declinar nomes, as razões pelas quais condenam, absolvem ou desclassificam. O prático não consegue olhar para a Constituição e aplicá-la às normas legais ordinárias. Fica preso às regras básicas do Código e tenta interpretar a Constituição de acordo com o Código, e não o contrário.”¹

Por fim, seria possível a condenação do réu sem provas produzidas sob o crive do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ou seja, produzidas em juízo?

A Jurisprudência sobre a decisão de Pronúncia

A Constituição Federal assegura a todos, o devido processo legal, ou seja, todos têm o direito a um processo penal justo que deve se reger pela lei e os princípios constitucionais. Ademais, somente é possível aplicar a sanção penal quando o juízo

recolher provas suficientes para condenação do acusado, sendo necessário que essa prova seja submetida aos contraditório de ambas as partes e, com isso, seja assegurado a ampla ou plenitude de defesa.

O art. 155, do Código de Processo Penal, traz a obrigatoriedade de o Juiz formar sua convicção pela apreciação da prova COLHIDA EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL, rechaçando a possibilidade de fundamentação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

Guilherme Nucci preceitua que: “É dever do julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente **a prova produzida em juízo**, sob crivo do contraditório.”² Assevera, ainda, que:

“O objetivo das provas são para lastrear a convicção do magistrado no momento em que for fundamentar a sua decisão, não podendo, no entanto, basear-se exclusivamente nos elementos trazidos do inquérito policial.

O julgador jamais pode basear sua sentença, em especial, a condenatória, em elementos colhidos unicamente no inquérito policial.

Antes da Lei 11.690/2008, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório.

Ademais, se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar o contraditório e ampla defesa. O Ministro Ricardo Lewandowski, lembra que é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que não pode se manter uma condenação fundada apenas em provas colhidas durante a fase de inquérito policial.(grifei)”³

O art. 12 do CPP, trata que o inquérito policial (IP) deverá acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra, sendo que não existe nenhuma

presunção de veracidade do IP, haja vista não haver previsão legal, consoante Aury Lopes Jr.

“Considerável doutrina e jurisprudência acabaram por criar, a nosso juízo equivocadamente, uma falsa presunção: a de que os atos de investigação valem até prova em contrário.”⁴

O autor reforça ainda que: a declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito. Existem dois exemplos de atos: os denominados atos de prova e os atos de investigação. Os primeiros dizem respeito ao direcionamento para a formação do convencimento do juiz da verdade de uma afirmação; dirigir-se a formação de um juízo de certeza (tutela de segurança); atos a serem apresentados frente ao juiz que julgará o processo. Já os segundos, tangem a uma hipótese; estão somente à serviço da chamada fase pré-processual, para que ocorra a formação de um juízo de probabilidade, entre outras palavras, Aury aduz que são utilizadas para a formação da *opinio delicti* do acusador, ou seja, destinado à demonstrar eventual *fumus comissi delicti*, em que são atos praticados tanto pelo Ministério Público quanto pela Polícia Judiciária. Portanto, “(...) o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório”⁵.

Relativo ao entendimento doutrinário concernente ao CPP comentado à luz da Defesa, temos que “*o juiz deverá apreciar e fundamentar sua decisão em **provas judicializadas**, submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Não poderá fundamentar, **exclusivamente**, nem para condenar, nem para absolver, com base nos elementos de informações colhidos durante a fase de investigação.*”⁶

Uma leitura atenta ao artigo 155 do CPP não autorizaria a pronúncia do acusado apenas com base nos elementos de informação colhidos no inquérito policial, conforme será demonstrado no próximo item do artigo. Todavia, os Tribunais Superiores autorizam a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial.

Nesse sentido, cabe citar alguns precedentes sobre o tema:

"I. Habeas corpus: cabimento para verificar a suficiência e a idoneidade da fundamentação de decisão judicial. II. Pronúncia: motivação suficiente: C.Pr.Penal, art. 408. 1. Conforme a jurisprudência do STF "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação" (RE 287658, 1ª T, 16.9.03, Pertence, DJ 10.3.03). **2.O**

caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408 C.Pr.Penal com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor". 3. Aí - segundo o entendimento sedimentado - indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado. 4. Para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes."⁷

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE DE INQUÉRITO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apreciadas as questões suscitadas pela parte, não há falar em ofensa ao art. 619 do CPP.

2. A decisão de pronúncia trata-se de um juízo meramente declaratório de aptidão da acusação para ser submetido ao Tribunal do Júri, podendo ser lastreada nas provas colhidas no Inquérito Policial (ut, AgRg no AREsp 748.109/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 01/08/2016).

3. Agravo regimental improvido."^{8 9}

Desse modo, verifica-se que a jurisprudência comete dois graves erros, confunde elementos de informação e prova (os primeiros colhidos no inquérito policial e os segundos e juízo), bem como permite que o acusado seja pronunciado e encaminhado a júri com base apenas em elementos de informação, o que viola frontalmente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

A Impossibilidade de pronúncia com base nos elementos de informação do inquérito

Inicialmente cumpre esclarecer que, os precedentes anteriores se baseiam em três argumentos, o primeiro que seria aplicável a pronúncia o princípio *in dubio pro societate*, o segundo que não haveria violação do artigo 155 do Código de Processo Penal e por fim que a decisão seria mero juízo declaratório.

Não é aplicável, e nunca foi recepcionado, o princípio do *in dubio pro societate* no

Processo Penal brasileiro, consoante se verifica no seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, no qual se afastou expressamente a invocação ao princípio do *in dubio pro societate* em razão de restarem ausentes indícios suficientes de autoria:

“Habeas-corpus: cabimento: direito probatório. 1. Não é questão de prova, mas de direito probatório - que comporta deslinde em habeas-corpus -, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime. II. Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. 2. **O aforismo *in dubio pro societate* que - malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido.**

3. **O convencimento do juiz**, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas **convencimento fundado na prova: donde, a exigência - que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, "os motivos do seu convencimento"**. 4. Caso em que, à frustração da prova pericial - que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada -, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: conseqüente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, **pronunciou o réu sob o pálio da invocação do *in dubio pro societate*, descabido no ponto.** 5. Habeas-corpus **deferido por falta de justa causa para a pronúncia.** - ¹⁰Grifo nosso

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça afastou o *principio do in dubio pro societate*:

“DENÚNCIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. In casu, a denúncia foi parcialmente rejeitada pelo juiz singular quanto a alguns dos denunciados por crime de roubo circunstanciado e quadrilha, baseando a rejeição no fato de a denúncia ter sido amparada em delação posteriormente tida por viciada, o que caracteriza a fragilidade das provas e a falta de justa causa. O tribunal a quo, em sede recursal, determinou o recebimento da denúncia sob o argumento de que, havendo indícios de autoria e materialidade, mesmo na dúvida quanto à participação dos corréus deve vigorar o princípio *in dubio pro societate*. **A Turma entendeu que tal princípio não possui amparo legal, nem decorre da lógica do sistema processual penal brasileiro, pois**

a sujeição ao juízo penal, por si só, já representa um gravame. Assim, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios, não devendo se iniciar uma ação penal carente de justa causa. Nesses termos, a Turma restabeleceu a decisão de primeiro grau. Precedentes citados do STF: HC 95.068, DJe 15/5/2009; HC 107.263, DJe 5/9/2011, e HC 90.094, DJe 6/8/2010; do STJ: HC 147.105-SP, DJe 15/3/2010, e HC 84.579-PI, DJe 31/5/2010.”¹¹ (grifei)

Parte da doutrina refuta a existência do princípio do *in dubio pro societate*:

“Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do **in dubio pro societate**?

Nenhuma. Não existe.

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da “soberania do júri”, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória.

Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. Também é equivocado afirmar-se que, se não fosse assim, a pronúncia já seria a “condenação” do réu. **A pronúncia é um juízo de probabilidade, não definitivo, até porque, após ela, quem efetivamente julgarão são os jurados, ou seja, é outro julgamento a partir de outros elementos, essencialmente aqueles trazidos no debate em plenário.** Portanto, a pronúncia não vincula o julgamento, e deve o juiz evitar o imenso risco de submeter alguém ao júri, quando não houver elementos probatórios suficientes (verossimilhança) de autoria e materialidade. A dúvida razoável não pode conduzir a pronúncia.

Nessa linha, vale o **in dubio pro reo** para absolver sumariamente o réu que tiver agido ao abrigo da legítima defesa (não apenas quando a excludente for “estreme de dúvidas”, mas quando for verossímil a ponto de gerar a dúvida razoável); impronunciar réus em que a autoria não esteja razoavelmente demonstrada; desclassificar para crime culposos as abusivas acusações por homicídio doloso (dolo eventual) em acidentes de trânsito, onde o acusador não fez prova robusta da presença do elemento subjetivo.¹²

Perfilam-se ao nosso lado, negando o **in dubio pro societate** e defendendo a

presunção de inocência, entre outros, Rangel e Badaró.

Para Paulo Rangel o princípio do *in dubio pro societate* “*não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal*”. Com razão, Rangel destaca que não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do *in dubio pro societate*. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado. Por derradeiro, enfrentando a questão na esfera do Tribunal do Júri, segue o autor explicando que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. (...) A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida¹³.

Gustavo Badaró, explica que o art. 409 (atual 414) estabelece um critério de certeza: “*o juiz se convencer da existência do crime. Assim, se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. 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*”¹⁴ (grifo nosso).

Assim, o princípio *do in dubio pro societate*, consoante esclarecedores julgados do STJ e STF e doutrina, não pode ser invocado para pronunciar o acusado quando ausente provas.

No ponto, oportuno ressaltar que a própria legislação processual de regência, no art. 155, traz a obrigatoriedade de o Juiz formar sua convicção pela apreciação da prova COLHIDA EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL, rechaçando a possibilidade de fundamentação com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Em comentários ao dispositivo em questão, Guilherme Nucci¹⁵ explica:

“11. Produção da prova sob o contraditório judicial: a nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir ao magistrado que forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calcado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção de prova. Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, **as partes têm o direito de participar da colheita da prova**, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício. Além disso, veda-se a produção de provas ilícitas, hoje preceito expressamente contemplado pela nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei n. 11.690/2008. Por isso, **estabelece-se, como regra, dever o julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório**. A opção legislativa, entretanto, ainda foi tímida, embora possa ser considerada um avanço. Como veremos na próxima nota, a limitação deveria ter sido mais extensa”¹⁶. (grifo nosso)

Com efeito, as partes têm o direito de participar da colheita de provas durante a instrução processual, o que não ocorre no **inquérito policial**, que se trata de **procedimento administrativo**, em que não imperam os princípios norteados do processo penal e que, por isso, **não pode ser utilizado isoladamente para embasar o convencimento do juízo.**

Dessa forma, os elementos dos depoimentos colhidos no inquérito, uma vez que não confirmados em juízos, **não podem fundamentar uma decisão de pronúncia.**

Ressalte-se que o juiz sumariante deve **“filtrar”** o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa **que foi provada em juízo.**

Ademais, como o veredito do Conselho de Sentença se pauta pela livre convicção, ou seja, é alcançado sem qualquer tipo de fundamentação, em que os elementos acusatórios são sustentados em meros boatos não confirmados em juízo, corre-se o **risco** de haver uma **condenação** exclusivamente com **base no inquérito policial**, o que contraria completamente os princípios norteadores do sistema processual penal brasileiro e os da Constituição da República.

Pois é neste momento em que se releva a primordial **importância da incidência do**

art. 155 do Código de Processo Penal e o controle que o magistrado realizado ao pronunciar ou não o acusado.

Ora, para que remeter a Júri um caso em que é flagrante a ausência de sólidos elementos probatórios **colhidos judicialmente**, ensejando uma possível condenação exclusivamente com base em elementos informativos do inquérito policial? Um julgamento que, caso condenatório, certamente seria anulado em virtude da ausência de provas colhidas sob o contraditório judicial. Uma desnecessária movimentação da máquina judiciária, em que pese a presença inicial da justa causa, lastreada no inquérito policial, para o recebimento da denúncia, a qual, no entanto, **não fora corroborada em juízo para embasar uma decisão de pronúncia**.

Nesse sentido, destaca-se, entendimento recente dado pelo STJ sobre o tema:

“Assim, tem essa primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. **O juízo de acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (iudicium causae).**

A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do Júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção do nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento” (MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: RT, 1973, p. 11)

(...)

O certo é que, em um Estado Democrático de Direito, **a ausência de qualidade probatória no contraditório é invalida para sustentação de qualquer convencimento, seja para condenar, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – pronunciar o réu e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, onde, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos juízes populares, o que incrementa o risco de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sobre o contraditório judicial.**

Assim, com maior razão – até porque não são exteriorizadas as razões que levam os jurados a decidir por eventual condenação –

a submissão do réu a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual tenha sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes."¹⁷

Especificadamente, no que tange à necessidade de indícios suficientes de autoria, explica NUCCI¹⁸ que “é imperiosa a verificação acerca da autoria ou participação. Logicamente, cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador. Porém, ausente essa suficiência, o melhor caminho é a impronúncia, vedando-se a remessa do caso à apreciação do Tribunal do Júri”.

Por fim, colaciona-se ementa dos precedentes recentes do STJ, no mesmo sentido defendido no presente artigo:

“PROCESSUAL PENAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO. INSUFICIÊNCIA, NO CASO CONCRETO, PARA ARRIMAR PRONÚNCIA. FALTA DE CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO.

1 - No caso concreto, não havendo qualquer confirmação em juízo, sob o crivo do contraditório, dos elementos colhidos no inquérito, não há como admitir arrimar-se a pronúncia apenas e tão-somente naquela prova apurada na fase inquisitorial. Precedente da Sexta Turma.

2 - Equivoca-se o Tribunal de origem ao afirmar que, indiscutivelmente, a prova colhida no inquérito é isolada e, mesmo assim, concluir pela pronúncia do paciente.

3 - Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, para restabelecer a decisão de impronúncia. “¹⁹

“RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. NÃO CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito - bastam a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório colhido sob o contraditório judicial, fundada exclusivamente em elementos

informativos obtidos na fase inquisitorial, mormente quando essa prova está isolada nos autos, como na hipótese, em que há apenas os depoimentos da vítima e de sua mãe, colhidos no inquérito e não confirmados em juízo.

3. O Tribunal de origem, ao despronunciar o ora recorrido, asseverou que "não há prova judicializada suficiente para fins de pronúncia" (fl. 212), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão deste entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão do recorrido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

4. Recurso especial não provido.²⁰

Sobre os testemunhos por ouvir dizer, ou *hearsay testimony*, é importante salientar a cautela em sua valoração, conforme orientação jurisprudencial. Nesse sentido, colaciono ementa de precedentes sobre o tema:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. DESPRONÚNCIA. LIBERDADE CONCEDIDA. Despronúncia. O "princípio" do in dubio pro societate deve ser visto com ressalvas, pois não pode servir de substrato para o julgador submeter o réu a júri em qualquer hipótese, sob o pretexto de que a competência constitucional é do Conselho de Sentença. Ocorre que, se o juízo submete ao Tribunal do Júri um acusado sobre o qual inexistem os mínimos elementos para a pronúncia, a vítima e a própria sociedade serão prejudicadas diante de eventual absolvição, na medida em que ele não poderá ser submetido a novo julgamento. No caso dos autos, duas testemunhas presenciais do fato, que não haviam apontado o recorrente como um dos autores do crime na fase inquisitorial, mudaram o depoimento em juízo. E, muito embora a mãe de uma das vítimas tenha confirmado que as referidas testemunhas teriam lhe contado tudo o que ocorreu, vindo a mudar o informe por estarem sendo ameaçadas, vale referir a **cautela sobre os depoimentos por ouvir dizer (hearsay testimony)**. De se ressaltar que as indigitadas testemunhas referiram que seriam dois os agentes criminosos, sendo que foram apontados os outros corréus como sendo os atiradores. Além disso, eventual menção de corréu em interceptação telefônica ao fato de "Maninho" ter envolvimento com os fatos, por si só, considerando eventual interesse daquele acusado em não ser responsabilizado pelos delitos, é **insuficiente à manutenção da decisão de pronúncia**. Por fim, a testemunha Bruno, que não presenciou o fato segundo se deduz do depoimento policial, e que reconheceu o réu Luis Ceron perante a autoridade policial, não foi ouvida em juízo porque veio a falecer. Outrossim, a testemunha presencial Isabela não foi ouvida em juízo. Inexistem, portanto, elementos judicializados no sentido de comprovar a existência de indícios suficientes da autoria delitiva. **Desse modo, impõe-se a despronúncia do réu**. Determinada a expedição de alvará de soltura. RECURSO DA DEFESA PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO

PÚBLICO PREJUDICADO. LIBERDADE CONCEDIDA. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70062969373, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 19/03/2015)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. ART. 121, § 2º, INCISO I, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIAL PARA EMBASAR DECISÃO DE PRONÚNCIA. 1. Reforma processual penal de 2008 que deixou clara a impossibilidade de prolação de decisão judicial fundamentada apenas por prova colhida na fase inquisitorial, conforme nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, ressalvada a hipótese de provas cautelares antecipadas e irrepetíveis em juízo. 2. Ainda que os jurados possam fazer uso de prova inquisitorial para formar sua convicção, o legislador pretendeu evitar que profiram decisão absolutamente desamparada de prova judicial, porquanto haveria ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. 3. **Ausentes indícios de autoria e insuficiente o hearsay testimony (testemunho por ouvir dizer), é impositiva a despronúncia do acusado.** RECURSO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70056808892, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/05/2014)

Nesse diapasão o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela insubsistência do depoimento do “*hearsay testimony*” **quando isolado, para pronunciar o acusado**, no Recurso Especial nº 1.444.372 – RS (2014/0070087-4) de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz¹, do qual se extrai o excerto abaixo:

“Aliás, vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per senseum alterius impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). **No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, ‘não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica.** Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levado em conta’ (TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 461).

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um **depoimento pouco confiável**, visto que os

relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo”.

Nesse sentido Vincenzo Manzini² nos ensina que “os depoimentos por ouvir dizer não tem caráter de prova testemunhal, mas podem considerar-se somente como elementos não seguros de informação”.

Ora, não se pode pronunciar alguém com base em mero boato.

Portanto, “*não se remete ao Tribunal do Júri a causa perdida, aquela que juiz togado algum teria condições de julgar procedente, condenando o réu desde que respeitadas a teoria da prova e o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.*”²¹

Desse modo, a decisão de pronúncia não é mero ato declaratório que se fundamenta no princípio do *in dubio pro societate* como faz pensar os precedentes citados no item anterior, mas decisão de crucial importância que analisa os elementos de prova de materialidade e autoria e autoriza ou não que o acusado seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como não pode se basear nos depoimentos de "ouvir dizer".

Portanto, a decisão de pronúncia é um juízo de probabilidade que deve se fundar em provas judicializadas, em respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do artigo 155 do Código Penal, sendo de relevante importância para que o acusado não sofra o constrangimento de ser levado a júri popular e condenado com base nos elementos de informação do inquérito ou com base em depoimentos de “ouvir dizer”.

Fundamentação Fática:

Desse modo, a Defesa técnica deverá sustentar em suas alegações finais, e caso pronunciado, em seu recurso em sentido estrito, pela impronúncia dos acusados quando não existir elemento mínimo de prova colhida sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa ou baseada em depoimentos de "ouvir dizer".

No júri, seria possível a condenação do réu sem provas produzidas sob o crivo do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, ou seja, produzidas em juízo?

² MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto processuale penale italiano. v. 3. Turium: UTET, 1932.

Infelizmente, os precedentes mais antigos dos Tribunais Superiores autorizam a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial.

Todavia, ficou demonstrado que a jurisprudência comete dois graves erros, confunde elementos de informação e prova, bem como permite que o acusado seja pronunciado e encaminhado a júri com base apenas em elementos de informação, o que viola frontalmente a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

Conclui-se, portanto, que a decisão de pronúncia não é mero ato declaratório que se fundamenta no princípio do *in dubio pro societate* como faz pensar os precedentes citados, mas decisão de crucial importância que analisa os elementos de prova de materialidade e autoria e autoriza ou não que o acusado seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Portanto, a decisão de pronúncia é um juízo de probabilidade que deve se fundar em provas judicializadas, em respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e do artigo 155 do Código Penal, sendo de relevante importância para que o acusado não sofra o constrangimento de ser levado a júri popular e condenado com base nos elementos de informação do inquérito.

Com razão o Min. Rogério Schietti em recente precedente do STJ:

"O certo é que, em um Estado Democrático de Direito, a ausência de qualidade probatória no contraditório é invalida para sustentação de qualquer convencimento, seja para condenar, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – pronunciar o réu e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, onde, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos juízes populares, o que incrementa o risco de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sobre o contraditório judicial."²²

Verifica-se, com isso, a importância da decisão de pronúncia, pois o juiz sumariante deve **“filtrar”** o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa **que foi provada em juízo**. Portanto, a impossibilidade de pronúncia com base em elementos de informação garante o respeito ao artigo 155 do Código de Processo Penal, e aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, estampados na Constituição da República.

Sugestão de operacionalização:

Os Defensores Públicos poderão utilizar a presente tese em sede de memoriais, no âmbito do processo penal, pugnando pela impronúncia do acusado ou recorrendo no caso de sentença de pronúncia, tendo em vista a violação ao artigo 155 do CPP e o princípio do devido processo legal e da plenitude de defesa.