

Victor Faria: conformidade constitucional da prova no tribunal do júri

03/08/2019

Não obstante a Constituição da República, de cunho garantista e democrático, formalmente adote o sistema processual acusatório, a prática nas varas criminais demonstra que o sistema inquisitório persiste, notadamente pela utilização indiscriminada de elementos informativos colhidos nas investigações para fundamentar decisões judiciais condenatórias. Tal realidade, ressalte-se, ganha contornos ainda mais graves no tribunal do júri, onde vigora o sigilo das votações e o critério da íntima convicção.

No sistema inquisitório, aprimorado durante a Inquisição espanhola, além de decidir, competia ao julgador formular a própria acusação e reunir provas para ratificá-la, vinculando-se psicologicamente ao resultado da demanda, com imparcialidade absolutamente comprometida. Não havia contraditório, ante a falta de contraposição entre acusação e defesa, considerando-se o acusado mero objeto de investigação.

Conforme leciona o professor Felipe Martins Pinto, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, buscava-se obter (como até hoje se busca) a verdade real, ou absoluta, sem se perceber que ela é impossível de ser alcançada, seja no plano ideológico, teórico ou prático. Impossível no plano ideológico, uma vez que, quando a apuração da verdade se sobrepõe a limites e regras preestabelecidas e aos direitos e garantias mais mezinhas, subvertem-se os valores do sistema punitivo, deslegitimando o exercício jurisdicional; no plano teórico, pois a expressão da verdade é sujeita a inúmeras variantes, sendo reduzida a uma criação humana, podendo obter-se, no máximo, uma verdade relativa; e no plano prático, porquanto o grande problema são as fragilidades inerentes à essência humana, já que o juiz, um ser humano, insere em sua exegese seus conceitos, pré-compreensões, valores, idiosincrasias etc.^[1].

Com a evolução da sociedade e do Direito e a adoção do regime democrático, o sistema inquisitório é — em tese — substituído pelo sistema acusatório. Sua principal característica é a contraposição entre acusação e defesa — a quem cabe a iniciativa probatória — em igualdade de condições, ambas apresentando suas provas em busca da construção dialética da solução do caso e do convencimento de um juiz imparcial e equidistante, com reconhecimento dos direitos fundamentais do acusado, que passa a ser sujeito de direitos, tudo em um processo público e pautado pela oralidade.

Conquanto este seja o cenário ideal na atual ordem constitucional brasileira, que formalmente adota o sistema acusatório, na prática, especialmente em processos envolvendo os economicamente pobres, o principal público do seletivo Direito Penal, o sistema inquisitório — tácita, mas inequivocamente — rege as relações jurídico-processuais.

Aury Lopes Júnior, professor, doutor e doutrinador em Direito Processual Penal, assevera que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório^[2]. Os fundamentos para tal afirmação são parte em razão

de o Código de Processo Penal em vigor, concebido durante a ditadura varguista, ter inspiração no modelo fascista italiano, parte em razão da crença de que o maior rigor auxiliaria no combate à criminalidade.

Ocorre que tal rigidez no combate ao crime se dá, principalmente, pela flexibilização das garantias fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório. Conforme ensina o professor Renato Brasileiro de Lima, apesar de não se confundirem, ambos se encontram umbilicalmente ligados, já que, para o amplo exercício do direito de defesa é imprescindível o contraditório, pautado pelo direito à informação acerca de cada um dos atos/termos do processo e pela possibilidade de reação, tendo por núcleo fundamental a discussão dialética da causa[3].

Não foi por acaso que, a partir da Lei 11.690/2008, o artigo 155 do CPP passou a dispor que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.

Consagrou-se que provas são os elementos de convicção produzidos em juízo, com participação dialética das partes, sob o crivo do contraditório, que funciona como verdadeira condição para sua existência e validade, ao passo que elementos informativos são aqueles produzidos nas investigações, com valor probante relativo ante sua natureza administrativa e inquisitorial, não podendo, por si sós, fundamentar uma sentença condenatória, embora seja possível complementar a prova produzida em juízo.

Como tal dispositivo encontra-se sob o “Título VII – DA PROVA”, “Capítulo I – Das disposições gerais”, forçoso reconhecer que se aplica a todo o processo penal, não havendo, *data venia*, qualquer amparo legal ou exegese jurídica plausível a justificar sua não aplicação a decisões da primeira fase do procedimento bifásico do tribunal do júri — afinal, emprega-se o termo “decisão”, não se restringindo a sentenças de mérito — ou mesmo a decisões a serem tomadas pelo conselho de sentença, eis que o tribunal do júri também é um órgão jurisdicional, os jurados são os juízes da causa que lhes é submetida.

No entanto, não é o que ocorre na praxe forense.

Não raro, deflagrada a ação penal com base em elementos informativos em que se aponta a autoria de crime doloso contra a vida, muitas vezes por testemunha por “ouvir dizer”, submete-se o réu ao tribunal do júri sem que nenhuma testemunha ouvida em juízo — incluindo no plenário — forneça novos esclarecimentos.

Durante os debates, a acusação utiliza-se indistintamente de todos os depoimentos dos autos, especialmente daqueles colhidos no inquérito, integralmente mantido na fase judicial. Os jurados — que, além de, em tese, leigos em Direito, julgam conforme o critério da íntima convicção, sem necessidade de fundamentação — condenam com base nos elementos informativos colhidos inquisitorialmente, violando garantias fundamentais basilares, prática diuturnamente ratificada pelos tribunais.

Tradicionalmente, escorando-se no famigerado princípio *in dubio pro societate*, sustenta-se possível a pronúncia com base apenas em elementos informativos colhidos nas investigações,

sob o pretexto de que se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, sem cunho condenatório, bem como porque a dúvida deveria resolver-se a favor da sociedade.

No entanto, não há amparo legal a sustentar tal princípio, pois a norma do artigo 413 do CPP exige a presença de indícios “suficientes” de autoria/participação para a pronúncia, não autorizando a submissão do indivíduo ao júri em caso de dúvida, sem prova produzida em juízo.

Ademais, ultrapassado o juízo de admissibilidade da acusação, não se exige que, perante os jurados, sejam efetivamente produzidas provas sob o crivo do contraditório, autorizando-se o veredito com base unicamente no que foi produzido inquisitorialmente durante as investigações policiais.

Tal prática, *data venia*, caracteriza violação às garantias fundamentais mais comezinhas, além de tornar dispensáveis o juiz, o promotor, a defesa técnica, o *judicium accusationis* e o próprio processo penal. *Mutatis mutandis*, seria o mesmo que, oferecida a denúncia por crime doloso contra a vida, ao recebê-la, estivesse o juiz autorizado a imediatamente designar o plenário do tribunal do júri.

Todavia, em recente precedente, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “não se admite a pronúncia de acusado fundada exclusivamente em elementos informativos obtidos na fase inquisitorial”. De tão didática, a decisão merece ser integralmente transcrita:

“Tribunal do Júri. Art. 155 do CPP. Pronúncia fundada exclusivamente em elementos extrajudiciais. Impossibilidade. Cinge-se a controvérsia a saber sobre a possibilidade de o juízo de pronúncia admitir os elementos de prova colhidos no inquérito policial que demonstram indícios de autoria do crime doloso contra a vida, ainda que de maneira tênue, sob pena de contrariar as disposições do art. 413 do CPP, bem como o princípio do *in dubio pro societate*. Inicialmente, convém assinalar que não se descarta que há no âmbito do STJ julgados no sentido de admitir a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do CPP: AgRg no AREsp 978.285/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017; e HC 435.977/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 24/5/2018. No caso dos autos, porém, o Tribunal local manteve a decisão que despronunciou o réu tendo em vista ser a prova dos autos um único depoimento extrajudicial, o qual não foi confirmado na fase processual, e a confissão qualificada em juízo do corréu. Desse modo, nota-se a ausência de indícios de autoria delitiva (art. 413 do CPP) submetidos ao devido processo legal. Portanto, carece de judicialização a prova a apontar os indícios de autoria delitiva. Importa registrar que a prova produzida extrajudicialmente é elemento cognitivo destituído do devido processo legal, princípio garantidor das liberdades públicas e limitador do arbítrio estatal. Assentir com entendimento contrário implicaria considerar suficiente a existência de prova inquisitorial para submeter o réu ao Tribunal do Júri sem que se precisasse, em última análise, de nenhum elemento de prova a ser produzido judicialmente. Ou seja, significaria inverter a ordem de relevância das fases da persecução penal, conferindo maior juridicidade a um procedimento administrativo realizado sem as garantias do devido processo legal em detrimento do processo penal, o qual é regido por princípios democráticos e por garantias fundamentais. Assim, 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. (REsp 1591768/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 18/06/2018)” ([AgRg no REsp 1.740.921-GO](#), Rel. Min. Ribeiro Dantas, por unanimidade, julgado em 06/11/2018, DJe 19/11/2018)

Por exigir prova judicializada para fundamentar a pronúncia, o precedente é emblemático e sinaliza possível mudança na jurisprudência do STJ, lamentavelmente pautada por admitir a pronúncia com base apenas em elementos informativos.

Deste modo, compatibilizam-se as garantias fundamentais do sigilo das votações no tribunal do júri com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (CF/88, artigo 5º, incisos XXXVIII, alínea ‘b’, LIV e LV), promovendo-se verdadeira ponderação de interesses constitucionais, somente se permitindo que alguém seja submetido a julgamento pelo tribunal do júri se houver prova judicializada, produzida já na primeira fase do procedimento bifásico do tribunal do júri.

Assim, ainda que a prova dos autos permita uma, duas, cinco possibilidades para escolha pelos jurados, mesmo que não seja possível identificar qual(is) prova(s) serviram de base para a formação do seu convencimento, é necessário que estas decorram de provas produzidas em contraditório judicial, ainda que para complementar os elementos informativos colhidos quando das investigações. Somente assim pode ser o réu submetido a julgamento pelo tribunal do júri, legitimando-se a decisão dos jurados, baseada em prova idônea, juridicamente legítima.

Em tempos de profunda crise política, econômica, social e ética, o discurso punitivista, de intolerância, de ódio, encontra-se no auge, demonizando tanto o acusado quanto seu defensor e a defesa de garantias processuais, em movimento que parece remontar ao juízo das ordálias.

Essa dicotomia entre a racionalidade do método processual e a irracionalidade da perseguição aos “inimigos” assemelha-se, guardadas as proporções históricas, ao episódio das Bruxas de Salem, quando, no final do século XVII, 19 mulheres inocentes foram condenadas e mortas. Naquele caso, a não observância das regras processuais e a crença na influência demoníaca apenas encobriu o embate genocida entre colonos e populações indígenas.

A semelhança daquele episódio com a atualidade evidencia-se quando se verifica o público-alvo do Direito Penal, a grande maioria jovens das camadas mais carentes, constantemente combatidos pela sociedade hierárquica, vertical, oligárquica, conservadora, que defende privilégios contra qualquer forma de direitos, denominado pela Professora Marilena Chauí de “violência estruturante”[4], a qual permeia o processo penal e mitiga a dialeticidade franqueada pelos direitos e garantias fundamentais para manter e, ainda, cancelar judicialmente, o que, não raro, consiste em arbítrio estatal.

Olvida-se de que, em um estado democrático, a tutela dos direitos fundamentais é tão ou até mais importante que o dever de promover a segurança pública (e dele não pode ser dissociado).

Sob tal pretexto ignoram-se não apenas os direitos humanos — marcados pela universalidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade —, mas também o processo histórico de conquista de

tais direitos, fruto de séculos de lutas de gerações passadas, o que caracteriza lamentável retrocesso.

Neste contexto, ressalte-se, o professor e juiz de Direito Rubens Casara sustenta com muita propriedade que, atualmente, se vive o Estado Pós-Democrático, no qual sequer há a pretensão de fazer valer os limites ao poder estatal. Segundo ele, a violação de direitos tornou-se a regra em desfavor de determinadas pessoas, em geral para quem nada ou pouco contribui para o mercado ou para a sociedade de consumo, para quem incomoda “as elites” e para quem desequilibra em favor do oprimido a relação historicamente marcada pela vitória do opressor[5]

De todo modo, o que se defende neste pequeno ensaio, como forma de cotejar as garantias fundamentais do sigilo das votações com o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, longe ainda da ideal eliminação dos autos do inquérito policial na fase judicial, é que, para que seja prolatada a decisão de pronúncia, necessariamente haja substrato probatório mínimo produzido em juízo, a fim de que qualquer decisão dos jurados, em especial condenatória, seja amparada em prova judicializada, a qual não pode ser considerada mera formalidade, caminhando-se assim no sentido de um processo penal efetivamente acusatório, e não um cadafalso para a fogueira do arbítrio.

[1] PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao processo penal; 2ª ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2016. p. 83/98.

[2] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional – Volume I. 7ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Iuris, 2011. p. 69.

[3] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal:volume único*. 7ª ed. Salvador:JusPodivm, 2019. P. 54.

[4] <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Sociedade-brasileira-violencia-e-autoritarismo-por-todos-os-lados/4/35548>

[5] CASARA, RUBENS R. R. Estado Pós-Democrático – Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. São Paulo:Civilização Brasileira, 2017. p. 71.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-ago-03/victor-faria-conformidade-constitucional-prova-tribunal-juri/>