

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E
TÉCNICO – ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**RELATIVIZAÇÃO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* POR
OCASIÃO DA DECISÃO QUE ENCERRA A PRIMEIRA FASE DO
PROCEDIMENTO DO JÚRI**

TÚLIO HENRIQUE BATISTA FERREIRA

**CARUARU
2016**

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E
TÉCNICO – ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**A RELATIVIZAÇÃO DO BROCÁRDIO *IN DUBIO PRO
SOCIETATE* POR OCASIÃO DA DECISÃO QUE ENCERRA A
PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DO JÚRI**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Faculdade ASCES, como
requisito parcial, para obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Clodoaldo Batista de
Souza.

TÚLIO HENRIQUE BATISTA FERREIRA

CARUARU

2016

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelo dom da vida, proporcionando-me desfrutar de toda sua criação, pela saúde a mim concebida, encorajando-me diariamente a enfrentar os obstáculos do percurso da vida com fé, esperança e dedicação, guiando-me pelo caminho da paz.

Aos meus pais, Walmiro Ferreira dos Santos e Sheila Soraia Batista, pelo apoio incondicional a mim dedicado, onde diante das dificuldades não mediram esforços para que fosse possível alcançar meus objetivos, mesmo distantes, não faltaram incentivos e amor. A minha irmã Ana Cecília Batista Ferreira, pela compreensão. A toda família, em nome da minha Avó Ana Batista de Oliveira Mendes, sinônimo de garra, coragem e honestidade.

Ao meu orientador, professor e amigo Clodoaldo Batista de Souza, que de forma incessante e humilde, nos passa além de vasto conhecimento acadêmico, um olhar sob a perspectiva humana, nos mostrando que para além do direito existem vidas, sendo estas constantemente afetadas por posicionamentos exarados por juristas.

RESUMO

O presente trabalho aborda a aplicação do brocárdio *in dubio pro societate* na primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri. Inicialmente destacam-se as raízes e a evolução histórica do Júri, chegando até a Constituição Federal de 1988. Com as garantias preestabelecidas no texto constitucional, o Tribunal Popular passou a ter nova feição, tendo em vista a imposição dos direitos fundamentais e princípios basilares ao Processo Penal. Como é de amplo conhecimento o procedimento do júri é dividido em duas fases. A primeira denominada de instrução ou *judicium accusationis* e a segunda, *judicium causae*. A primeira fase se encerra com uma possível decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária, ou ainda uma desclassificação. A pronúncia deve se dar quando o juiz estiver convencido dos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. Por outro lado, não se convencendo dos indícios de autoria e prova da materialidade, a impronúncia deve prevalecer. Aponta a doutrina majoritária, como também a maioria dos entendimentos jurisprudenciais, que vigora na primeira fase o *in dubio pro societate*, ou seja, restando dúvidas quanto à autoria ou materialidade, deve o juiz decidir em favor da sociedade, pronunciando o acusado. Entretanto, a aplicação do brocárdio se mostra contrário aos princípios elencados na Constituição, e ferindo as garantias oriundas do Estado Democrático de Direito. Em pesquisa realizada na Vara do Júri da Comarca de Caruaru foi verificado o grande número de júris em que a acusação mudou a tese em plenário, para uma mais benéfica ao acusado. Contudo, para que se evite que um inocente seja submetido a julgamento popular, correndo risco de ser condenado, prezando pela presunção de inocência, propõe-se a relativização do *in dubio pro societate*, como medida a coibir o arbítrio punitivo do Estado. A metodologia do trabalho consiste em revisar a literatura já desdenhada por autores, aplicando a teoria, vivência prática na Vara do Júri de Caruaru, como também a pesquisa de campo, realizada no recorte temporal de 2015.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; *Relativização*; *In dubio pro societate*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 1. TRIBUNAL DO JÚRI	08
1.1 Digressão Histórica.....	08
1.2 O Júri na Constituição Federal de 1988	11
1.3 Procedimento do Tribunal do Júri	15
CAPÍTULO 2. O SISTEMA ACUSATÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	20
2.1 Garantias Processuais-penais do Acusado.....	20
2.2 O Processo Penal de Partes.....	26
2.3 Da função fiscalizatória do Julgador.....	30
CAPÍTULO 3. RELATIVIZAÇÃO DO BROCÁRDIO <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> POR OCASIÃO DA DECISÃO QUE ENCERRA A PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DO JÚRI	34
3.1 Da aplicação do <i>in dubio pro societate</i> na primeira fase do procedimento especial do júri.....	34
3.2 Presunção de inocência e o <i>in dubio pro reo</i>	36
3.3 O <i>in dubio pro societate</i> no plano da efetividade – Um recorte temporal na Vara do Júri de Caruaru – Ano 2015.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri, idealizado segundo grande parte dos foi idealizado na Inglaterra, no ano de 1215, mesmo tendo notícias da sua existência em tempos anteriores. Com passar do tempo e os diversos cenários históricos, o júri foi usado tanto como instrumento de interesses privados, como também público, tanto é que hoje é denominado o instituto mais democrático do ordenamento jurídico pátrio.

A presente pesquisa trata da relativização do brocárdio *in dubio pro societate* por ocasião da conclusão da primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. O trabalho está estruturado da seguinte forma. No primeiro capítulo foi realizada uma digressão histórica da Instituição do Júri, até sua condição de garantia fundamental na Constituição Federal de 1988. Ainda no primeiro capítulo, traz-se as linhas gerais do procedimento do júri, em conformidade com o que preceitua o Código de Processo Penal e a Doutrina. Como é de amplo conhecimento, o procedimento do júri é denominado bifásico, pois se divide em duas fases categoricamente delimitadas. A problemática proposta pelo trabalho nasce da aplicação do brocárdio *in dubio pro societate* quando da decisão que encerra a primeira fase do procedimento, a ensejar ou não violação as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Para a realização do trabalho, além da revisão da literatura especializada, foram utilizados os métodos quantitativos e qualitativos, pesquisa de campo, com utilização de gráfico.

O segundo capítulo é dedicado exclusivamente ao sistema acusatório, ao devido processo legal e as garantias do acusado no Processo Penal. Indubitavelmente, o processo tem dúplice função: evitar condenações injustas e ocasionar condenações justas. Nesse sentido, deve trilhar o caminho da legalidade, e como fomentado pela constituição seguir o sistema acusatório, tendo o juiz uma função fiscalizadora, não confundida a atribuição de acusar, sendo esta inerente ao órgão competente, o Ministério Público. Da mesma forma, é de se observar a paridade de armas, proporcionando as partes o mesmo tratamento dentro da relação jurídico-processual.

No capítulo terceiro evidencia-se a temática central do trabalho, quando são explicitados os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, apontando e confrontando tais princípios com o brocárdio *in dubio pro societate*, onde se faz uma análise quanto a recepção ou não deste pela Constituição Federal de 1988, levando em consideração sua (in) coerente aplicação ensejadora a efetividade do Estado de Direito. Ainda no terceiro capítulo, e com base em pesquisa realizada na Vara do Tribunal do Júri de Caruaru, Recorte 2015, é feita uma análise prática quanto a relativização do *in dubio pro societate*.

Ao final, são feitas algumas considerações finais, levando em consideração o estudo da doutrina, da jurisprudência e da pesquisa de campo realizada na Vara Privativa do Tribunal do Júri de Caruaru.

CAPÍTULO 1. O TRIBUNAL DO JÚRI

1.1 Digressão histórica

Embora seja tema que ainda enseja controvérsias, é inegável que as raízes do Tribunal do Júri, mesmo com formatação diversa, estão fincadas muito antes de 1215, tempo este, em que vários doutrinadores insistem em apontar como marco inicial do referido instituto, na Inglaterra. Como ilustra Nucci, *apud* Maximiliano “as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos”.¹ Prova disso, basta recordar o Tribunal dos vinte e três, que vigorou na Palestina, em vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Essas cortes eram competentes para apreciar e julgar processos criminais cuja pena ao respectivo crime, fosse a morte, e era formado por padres, levitas e principais chefes de família de Israel.

Em meados do Século IV a. C., na Grécia, tinha-se conhecimento do Júri. Era denominado Tribunal de Heliastas, onde cidadãos, representando o povo, reuniam-se em praça pública para proferir suas decisões.

Como assevera Nucci² “em Roma, durante a República, o Júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecidos por *quoestiones*. Quando se tornaram definitivos, passaram a chamar-se de *quoestiones perpetuae*, por volta do ano de 155 a. C”.

Passado o tempo, em 1215, na Inglaterra, o Júri foi instalado como medida destinada a lutar contra os ordálios “(no direito germânico antigo, dizia-se do juízo ou do julgamento de Deus. Era qualquer tipo de prova, da mais variada sorte baseada na crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente, o qual sairia incólume delas)”.³ Uma dessas medidas, foi que a acusação antes feita por um funcionário, passou a ser feita pela sociedade, quando se encontrava diante de um crime considerado grave, surgindo assim o Júri de acusação, formado por vinte e três jurados, que devido a esse grande número de cidadãos, também foi denominado de grande Júri. Os jurados eram

¹ NUCCI, G. *apud* Maximiliano, C. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 42.

² NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 42.

³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 540.

peessoas da comunidade onde o crime ocorreu, e suas decisões deviam ser tomadas segundo informações por eles tomadas, independentemente de provas, pois estas, era de competência de outros doze homens, que formava um pequeno júri, que julgava se o réu era culpado ou inocente.

Após 1215, o Rei João Sem Terra instituiu a Magna Carta, que em seu artigo 48 preceituava que “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”. A partir daí, é visível a mudança de paradigmas que norteia o júri, sendo o julgamento, por seus pares, pressuposto para uma possível sanção em caso de condenação, obedecendo o ordenamento jurídico vigente à época.

Daí em diante, o Júri se propagou pela Europa, tomando rumo à França, onde após a Revolução Francesa, 1789, os modelos monárquicos adotados pelos magistrados já não eram aceitos, e assim, o Tribunal do Júri foi instituído para que o Judiciário, composto por Juízes vinculados ao Monarca, fosse substituído por outro modelo, constituído pelo povo, com ideais Republicanos.

Como afirma Paulo Rangel:

Na França, outro berço dos direitos humanos, com a Revolução de 1789, visando combater o autoritarismo dos magistrados do *ancien régime* (antigo regime), que cediam à pressão da monarquia e das dinastias das quais dependiam, o tribunal do júri foi a tábua de salvação⁴.

Nesse sentido, é de se notar que daí nasce o caráter democrático do Tribunal do Júri. Este instituto se cria e se desenvolve com o objetivo de evitar julgamentos parciais, quase sempre tomados pelos desejos do monarca, habitualmente contrários aos anseios sociais.

Tendo em vista o período histórico da colonização, era impossível o Júri não chegar ao Brasil, uma vez que Portugal se inteirava e propagava os ideais defensores dos direitos humanos que pairavam na Europa. E não foi diferente. Com a Corte Portuguesa instalada no Brasil, era preciso adaptar a até então colônia, a nova realidade, introduzindo novas leis e costumes. Assim, seguindo os ideais europeus, que se alastrava na Europa, em 18 de junho de 1822, por meio de decreto do Príncipe Regente, criou-se o Tribunal do Júri, que por sua

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 541.

vez era formado por 24 cidadãos bons, honrados, inteligentes e patriotas”, para julgar os delitos de abuso da liberdade de imprensa.

Com a entrada em vigor da Constituição do Império, em 1824, os jurados passaram a fazer parte do Poder Judiciário, e julgam causas cíveis e criminais, conforme determinassem a lei. Durante esse tempo vários delitos foram incluídos e excluídos da competência do júri.

Mesmo com a proclamação da República, o júri foi mantido no Brasil, tendo inclusive, sob forte influência da Constituição Americana, transferido para o título referente aos cidadãos brasileiros e na seção dos direitos, que hoje equivale aos direitos e garantias individuais (art. 72, §31, da Seção II, do Título IV). Na Constituição Republicana foi criado também o Júri Federal, através do Decreto 848, de 1890.

Em 1934, a Constituição manteve o Tribunal do Júri, embora não mais na declaração dos direitos do homem. Dessa vez, posta no Capítulo concernente ao Poder Judiciário. Contudo, nessa época as ideias totalitárias e autoritárias se avolumavam e se engrandeciam na Europa, desde a Itália fascista, de Mussolini, até a Alemanha nazista, de Hitler. Não obstante, em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas instituiu a ditadura. Com o novo regime, tudo que fosse oriundo da democracia não era bem aceito, e o júri foi criado como ferramenta, útil, para retirar das mãos do déspota o poder de julgar segundo seu interesse.

Como não poderia ser diferente, o Texto Constitucional de 1937 não previa o Tribunal popular, o que deu início a vários debates acerca da manutenção ou não do instituto. O problema foi resolvido com a promulgação do Decreto-lei nº 167 de 05 de janeiro de 1938, que regulou o júri, e a novidade foi que o veredicto dos jurados não mais era soberano, o que permitia um Tribunal de apelação, reformar as decisões dos jurados. Ressalte-se, que em 1941, entrou em vigor o atual Código de Processo Penal (CPP), que colacionou a mesma estrutura que era prevista no Decreto nº 167.

Em meados de 1945, o regime ditatorial se ver enfraquecido em virtude das derrotas dos seus líderes. Em 29 de outubro de 1945, Vargas foi desposto do poder, e em janeiro de 1946, assume em seu lugar Eurico Gaspar Dutra. Nesse diapasão, em 18 setembro do ano da posse, entra em vigor a nova

Constituição, com caracteres democráticos. O artigo 141, § 28, preceituava que:

É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida⁵.

A Constituição de 1967 manteve o zelo e o cuidado de garantir o júri no capítulo inerente aos direitos e garantias individuais. Mesmo com a Emenda a Constituição nº 1, de 17 de outubro 1969, advinda devido a nova era ditatorial, o instituto foi mantido, embora com outra redação, mencionando somente a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

1.2 Tribunal do Júri na Constituição de 1988

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, com contornos de uma efetiva democracia no cenário brasileiro, o ordenamento pátrio carecia de normas que reforçassem o anseio de garantir a sociedade julgamentos acima de tudo justos, onde a paridade de armas entre acusação e defesa fosse firmemente observada. Nesse diapasão, o júri é previsto no artigo 5º, XXXVIII, assegurando: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Não por coincidência, tais princípios explícitos atingem a finalidade proveniente de um Estado Democrático de Direito, buscando garantir e proporcionar aos cidadãos o efetivo cumprimento dos seus direitos, e por assim ser, tais princípios tem importância direta para a funcionalidade do instituto.

É sabido que os princípios são base para o ordenamento jurídico como um todo, que irradia e direciona as normas, o que os torna imprescindíveis ao Direito. Não por coincidência, os princípios explícitos no art. 5º, XXXVIII, da Carta Magna, atingem a finalidade proveniente de um Estado Democrático de Direito, buscando garantir e proporcionar aos cidadãos o efetivo cumprimento

⁵ Constituição Federal de 1946.

dos seus direitos, e por assim ser, tais princípios tem importância direta para a funcionalidade do instituto.

Não obstante, com a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, o Tribunal do Júri, resgata princípios que ladearam o instituto durante a vigência da Constituição de 1946, trazendo a baila um julgamento que tem o escopo de proporcionar decisões que atendam a íntima convicção dos julgadores e o respectivo sigilo.

Não resta dúvida que a ampla defesa é inerente ao processo penal em geral, com inestimável relevância a um Estado que assegure e garanta direitos. Malgrado, no procedimento do Tribunal do Júri, a Constituição assegura a plenitude de defesa. Ressalte-se que não por mera duplicidade a ampla defesa e plenitude de defesa possa se confundir. Embora exista quem defenda que ampla defesa e plenitude de defesa sejam sinônimas, é necessário afirmar, que tendo em vista se tratar de um dos bens mais valiosos sob proteção jurídica, a liberdade, e pela elevada pena, a Carta Magna tratou de incluir e reforçar que a defesa do acusado perante o Tribunal do Júri deve se dar de forma plena. Ressalte-se que a plenitude de defesa expressa na Constituição não se confunde com a ampla defesa. Amplo quer dizer vasto, e assim, a ampla defesa proporciona ao acusado se utilizar de vastos meios para satisfazer sua defesa.

Mais do que ampla, a plenitude significa que a defesa precisa ser completa, esgotar todos os meios possíveis que possam culminar em benefício para o réu, se perfazendo de maneira quase que perfeita, utilizando-se de ferramentas necessárias a evitar o cerceamento de defesa.

Assim assevera o ilustre, NUCCI:

O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa *perfeita*, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.⁶

Na mesma esteira é a lição, irretocável, de Tourinho Filho, que preleciona:

Ampla defesa é uma defesa vasta, espaçosa. Já a plenitude de defesa, além de vasta é plena. Evidente que a plenitude de defesa

⁶ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 25.

não deve ficar angustiada dentro do limitado encerro das provas, do contraditório, da recusa dos jurados, da paridade de armas. A acusação também goza desses direitos. Seria o mesmo que ampla defesa. Mas estamos convencido de que a plenitude de defesa tem um campo mais vasto, mais profundo, que se estende ao protesto por novo júri, aos embargos infringentes e até mesmo a revisão criminal, malgrado a soberania dos veredictos.⁷

Outro ponto que fundamenta a plenitude de defesa é o fato de que quem julga os crimes dolosos contra a vida, diferentemente do procedimento comum, são pessoas leigas, que exararam suas decisões sem externar a fundamentação do seu voto, sendo assim, é essencial para a defesa, utilizar-se de tudo aquilo que possa ser benéfico para o réu.

Do mesmo modo, é característica do procedimento especial do Tribunal do Júri, o sigilo das votações. Após os debates entre acusação e defesa, o Juiz presidente da sessão de julgamento, faz a leitura e explicação dos quesitos. Em seguida o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigem-se à sala especial, para que seja procedida a votação. O objetivo de tal sigilo, é garantir aos jurados a livre convicção para prolatar seu veredicto, evitando que o juiz de fato possa sofrer qualquer pressão durante o julgamento. Consagrando o que prima a Constituição, a lei 11.689/2008 impôs a apuração dos votos por maioria, assim, o quórum total não é divulgado. Sobre o sigilo das votações, afirma o catedrático PACELLI:

O sigilo das votações impõe o dever de silêncio (a regra da incomunicabilidade) entre os jurados, de modo a impedir que qualquer um deles possa influir no ânimo e no espírito dos demais, para fins da formação do convencimento acerca das questões de fato e de direito em julgamento. Dessa maneira, aos olhos da lei, estaria melhor preservada a pluralidade da decisão.⁸

É importante aduzir, que o sigilo da votação não se confunde com um julgamento secreto, pois como apontado, os membros empenhados durante o julgamento em plenário acompanham toda a votação na sala especial. Não obstante, faz-se mister preponderar que a Magna Carta prevê o sigilo da votação, e não sigilo do voto. A primeira é entendida como o ato de votar, resguardando o local de votação do jurado. Por outro lado, a segunda é

⁷ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 725.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pecelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 Ed. Brasília: Atlas. 2014. p. 718.

entendida como sigilo das cédulas individuais que contem o sim ou o não, como resposta aos quesitos.

Outra característica do júri, é a soberania dos veredictos. Como no Tribunal do Júri os juízes de fato são sorteados na hora, e estes são competentes para condenar ou absolver o réu, e o juiz de direito apenas preside a sessão de julgamento e prolata a sentença, a lei tratou de assegurar aos jurados a soberania dos seus votos. A soberania equivale ao poder supremo, ou seja, o veredicto popular é o que prevalece, não podendo o juiz togado contestar o mérito da decisão.

Vale ressaltar que nem mesmo em caso de erro judiciário, a decisão dos jurados podem ser reformadas, como bem explica NUCCI:

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Quando - e se - houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito⁹.

Assim, é inegável a outorga dada pela Constituição ao Tribunal Popular, para proferir a ultima decisão nos crimes de competência do júri, sendo a soberania dos veredictos um mecanismo adotado pelo Poder Constituinte Originário, para que se possa atingir um veredicto justo. Nada mais certo, pois se o júri é tão enaltecido pela participação popular nos julgamentos, por seu exercício de cidadania em um Estado Democrático de Direito, a decisão tomada pelo jurado deve ser respeitada.

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988, tratou de delimitar a competência dos julgamentos do Tribunal do Júri, assegurando como já asseverado a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Extraí-se do texto Constitucional, que o constituinte não fixou competência exclusiva para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Tanto é verdade, que em caso de crimes conexos, o conselho de sentença terá competência para julgar crimes que não necessariamente seja contra a vida, como o caso de um roubo, por exemplo.

Ponto interessante, é o que tange a opção pelo legislador por adotar os crimes dolosos contra a vida para serem julgados perante representantes da

⁹ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 32.

sociedade. Ao que parece, não foi outro o aspecto levado em consideração, se não por mera política legislativa. Não parece razoável afirmar que há explicação baseada em argumentos psicológicos, ontológicos, ou até mesmo sistemáticos. Fato é, que para garantir a existência do Júri, era necessário elencar crimes que fossem julgados perante o Tribunal Popular. Para tanto, a Constituição de 1946, serviu de respaldo para o novo texto Constitucional. Como afirma NUCCI, tal entendimento não vingou, e mais:

Não vingou tal entendimento, pois o conceito adotado pelo texto constitucional foi técnico, isto é, são os crimes previstos no Capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), da Parte Especial do Código Penal. Incluem-se na competência do Tribunal Popular, originariamente, os seguintes delitos: homicídio simples (art.121, *caput*); privilegiado (art. 121, § 1º), qualificado (art. 121, § 2º), induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127). Além deles, naturalmente, vinculam-se os delitos conexos, aquelas que, por força da atração exercida pelo júri (arts. 76, 77 e 78, I, CPP), devem ser julgados, também, pelo Tribunal Popular¹⁰.

Por tal motivo, houve tempo em que aconteceram vários debates com o intuito de questionar o alcance da competência do Tribunal do Júri, tentando incluir, na pauta, os crimes que afetassem a vida humana.

1.3 Do Procedimento Especial do Tribunal do Júri

Quanto ao procedimento especial do Tribunal do Júri, pela simples nomenclatura, é de se observar a atenção especial dada pelo legislador ao referido instituto. Diferentemente do que ocorre no procedimento comum (ordinário), no júri a doutrina majoritária – há quem defenda à existência de três fases - defende que o mesmo é dividido em duas fases, chamado assim de bicameral ou escalonado. A primeira denominada *judicium accusationis* ou ainda instrução preliminar, e a segunda, denominada *judicium causae*. A primeira fase é destinada a formação da culpa, ou seja, é onde serão acostas e produzidas às provas, englobando do recebimento da denúncia até a sentença de pronuncia, impronuncia ou absolvição sumária e é destinada à formação da culpa.

Uma vez que oferecida a denúncia, o juiz poderá rejeitar ou recebe-la. Sendo acolhida, o réu será citado para que no prazo de 10 (dez) dias ofereça

¹⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 36.

resposta à acusação, conforme prevê o art. 406 do Código de Processo Penal (CPP). Caso o acusado mantenha-se inerte durante o prazo previsto, será nomeado defensor para que ofereça a resposta no mesmo prazo, nos moldes do art. 408 do CPP.

Se na sua defesa houver arguido preliminares e ou juntada de documentos, o juiz abrirá vista dos autos ao *parquet*, para que este se manifeste acerca dos fatos alegados.

Não sendo necessária a abertura para manifestação do órgão acusador, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento, no prazo legal de 10 (dez) dias. Na audiência, será ouvida, a vítima, caso seja possível, as testemunhas de acusação e de defesa, como também possíveis esclarecimentos por parte de peritos, acareações e reconhecimentos visuais, nesta ordem. Após a produção de provas, serão ofertadas as alegações finais pelo Ministério Público e pela defesa, respectivamente.

É nessa fase que será apontada a possível materialidade do fato e sua autoria. Sobre o tema, vale ressaltar as palavras de NUCCI, *in verbis*:

A finalidade da existência de uma fase preparatória de *formação de culpa*, antes que se remeta o caso à apreciação dos jurados, pessoas leigas, recrutadas nos variados segmentos sociais, é evitar o erro judiciário, seja para absolver, seja para condenar. Porém, fundamentalmente, para evitar a condenação equivocada. Afinal, o Estado se comprometeu a evitar o erro judiciário e, não sendo possível, envidará esforços a repará-lo (art. 5º, LXXV, CF)¹¹.

Tendo em vista, se tratar de um procedimento bifásico, a decisão tomada após as alegações derradeiras, encerrará a primeira fase. Sendo assim, o juiz poderá: pronunciar, impronunciar, absolver sumariamente o acusado ou ainda desclassificar o delito.

Será o réu pronunciado, estando o juiz convencido dos indícios suficientes de autoria e da existência de materialidade. A pronúncia tem natureza jurídica de decisão interlocutória mista, que trata de julgar admissível a acusação e remeter o acusado a julgamento pelo Tribunal Popular. A decisão é considerada mista, pois tem o condão apenas de encerrar a primeira fase do procedimento, não julgando o mérito, que por sua vez será enfrentado apenas na sessão de julgamento. A referida decisão interlocutória obedece a mesma

¹¹ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 61.

estrutura de uma sentença, ou seja, relatório, fundamentação e o dispositivo. No relatório o Juiz deve demonstrar o que ocorreu no processo, apontando as etapas desde a denúncia até as alegações finais. Na fundamentação, deve-se ressaltar as razões que embasam sua decisão, ou seja, apontar a existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade. Já no dispositivo, deve constar o(s) artigo(s) em que se encontra incurso o acusado.

Importante salientar, que cabe ao Juiz da pronúncia afirmar e fundamentar se o acusado deve ser levado a julgamento perante os juízes de fato. Desse modo, não cabe ao magistrado utilizar-se de silogismos a sua conveniência e abster-se de preponderar o juízo de admissibilidade de forma segura e estando ele convencido dos indícios e da materialidade. Sobre o tema, NUCCI traz a baila:

É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere *pronunciar* o acusado, sem provas firmes e livres de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo *in dubio pro societate* (na dúvida decide-se em favor da sociedade), remetem a apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver¹².

Malgrado, para pronunciar o acusado seja necessário indícios suficientes de autoria, grande parte da doutrina persiste em afirmar que na primeira fase do procedimento do júri vigora o brocardo *in dubio pro societate*, que quer dizer que em caso de dúvida quanto aos indícios, há de se haver a pronúncia, sob o argumento de favorecer a sociedade.

Por outro lado, não estando o Juiz convencido dos indícios de autoria e da prova da materialidade, a impronúncia é de se valer. Aqui, ao contrário da pronúncia, da fase da formação da culpa não é possível levar o acusado a julgamento, pois não há elementos que suportem os requisitos da pronúncia, seja quanto aos indícios, seja quanto a materialidade. Nesse sentido, leciona Tourinho Filho¹³ “Se o magistrado não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, julgará a peça acusatória improcedente. É o que se denomina impronúncia”. Caso o acusado seja

¹² NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008. p. 61

¹³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 706.

impronunciado, nada impede que, em havendo prova nova e ainda não extinta a punibilidade, o *Parquet*, ofereça nova denúncia.

Cabe também ao Juiz absolver o réu. Como preza o art. 415¹⁴ do Código de Processo Penal (CPP), o magistrado poderá proferir a sentença absolutória quando: “I – estiver provada a inexistência do fato; II – estiver provado não ser o réu o autor ou partícipe do crime; III – o fato não constituir infração penal; IV – ficar demonstrada causa de isenção ou de exclusão de crime”.

Por último, é possível o juiz desclassificar a infração para outra de competência do júri, ou outra que não a do júri. No primeiro caso, o julgador pronunciará o réu sendo incurso nas penas que por seu entendimento tenha sido violada. Por outro lado, se entender que a infração penal cometida, não compete ao Tribunal do Júri, remeterá os autos ao juízo competente. Por não ser de sua competência, não cabe ao Juiz do júri apontar a qualificação a qual o réu insurgiu, tarefa esta que ficará a cargo do juiz competente para tal delito.

Sendo o denunciado pronunciado, impronunciado, ou ainda o delito desclassificado para outro da competência do júri, terá início a segunda fase, denominada *judicium causae*, se refere a preparação e ao julgamento em plenário, pelo conselho de sentença, formado por sete juízes de fato.

Para compor o júri, que é presidido por um juiz togado (de direito), são sorteados 07 jurados, dentro de 25 pessoas que compõe a lista de pessoas aptas a serem juízes de fato na sessão de julgamento, embora estando presentes 15 pessoas das 25, pode iniciar os trabalhos. Anualmente, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri organiza a lista geral dos jurados. Para ser jurado, é necessário atender os seguintes requisitos: a) ser brasileiro nato ou naturalizado; b) ser maior de 18 anos; c) idoneidade.

Abrindo-se a sessão de julgamento, o Juiz Presidente verificará as cédulas que contem o nome dos 25 jurados. Comparecendo ao menos 15 jurados, o juiz declarará aberta a sessão, e em seguida sorteará os 07 jurados. Logo após será realizado o pregão, anunciando as partes do processo. Assim realizado, o juiz, seguido pelo Ministério Público e pela defesa passará a ouvir a vítima, se possível, e as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, respectivamente precedendo o interrogatório do réu. Ouvidas as declarações, proceder-se-á aos debates entre acusação e defesa, nessa ordem. O ministério

¹⁴ Código de Processo Penal. Art. 415.

Público fará uso da palavra por 90 minutos seguido pela defesa que fará jus ao mesmo tempo.

Poderá o Ministério Público fazer uso da Réplica, pelo tempo de 60 minutos, ocasião em que a Defesa terá oportunidade de se valer da Tréplica pelo mesmo período. Findo os debates, os jurados se dirigem a sala especial, se houver, onde o Juiz Presidente passará a realizar a devida quesitação, onde o conselho de sentença decidirá se absolve ou condena o acusado, levando em consideração as teses de acusação e de defesa.

Capítulo 2. Devido Processo Legal e o Sistema Acusatório

2.1 Garantias Processuais do acusado

Para que se possa atender aos propósitos fincados em um Estado Democrático de Direito, é necessário que se estabeleçam diretrizes que reconheçam e afirmem a prevalência de direitos fundamentais, não só como painel de política social, mas também de interpretação do Direito, especialmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Nesses termos, não obstante, é certo que para que o Estado exerça o *jus puniendi*, a si atribuído, é fundamental, conforme consagra a Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal¹⁵. Isso significa, que antes que o órgão competente venha a punir alguém, é necessário que se percorra um caminho judicial, onde ofereça a acusação e a defesa, oportunidades de manifestações, cada um dentro dos seus interesses, proporcionando ao acusado garantias iminentes a sua defesa, de forma plena e satisfatória, sem qualquer empecilho, na busca pela verdade real dos fatos.

Nessa esteira, irretocavelmente, leciona Ferrajoli, *verbis*:

O que faz do processo uma operação distinta da *justiça com as próprias mãos* ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira.¹⁶

É nítida a dupla função do processo: punir os culpados, e coibir a condenação dos inocentes. Em um Estado que preza pela dignidade da pessoa humana, a condenação de um inocente se torna drasticamente mais prejudicial que a absolvição de um culpado. Por esse motivo, o processo se mostra como instrumento útil e necessário a evitar condenações injustas, e por assim ser, deve ser regrado por garantias que fomente e oportunize a defesa do acusado.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, LIV.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 556.

Nesse sentido, como leciona Ferrajoli¹⁷, pode-se apontar três garantias essenciais ao processo: A) Contestação da acusação e interrogatório do imputado; B) Ônus acusatório da prova e C) Direito de defesa e contraditório.

Para que se fale em contestar a acusação, é imperioso destacar, em primeiro lugar, que para a contestação ser devidamente aplicada, é necessário que a imputação seja formulada de maneira inequívoca, afastada de qualquer controvérsia e subjetividade, para que assim possa vincular o acusado ao fato verdadeiramente e juridicamente lhe atribuído. Da mesma maneira, o ato acusatório deve está pautado em indícios seguros e convincentes de culpabilidade. Isso porque, se o próprio órgão acusador não se porta de maneira sólida, e fixa elementos igualmente abstratos, as provas nesses moldes não justificarão a condenação e muito menos a probabilidade de culpa. Do mesmo modo, nada deve ser ocultado ao imputado, ou seja, tudo que respalde a acusação deve ser amparada pela publicidade, disponibilizado e oportunizando-o refutar o que lhe convir, e evitando assim eventuais surpresas no percorrer do processo. Ainda, deve ser atribuída levando em consideração o tempo, para que assim, organize sua defesa de forma plena e satisfatória, em consonância com a plenitude de defesa regente do procedimento especial do júri.

É no interrogatório que o acusado encontra seu principal meio de defesa, pois é onde se materializa o contraditório englobando sua autodefesa, ou seja, contestará a imputação lhes atribuída, apresentando suas versões e argumentações acerca dos fatos. Vale destacar que parte da doutrina defende o interrogatório como meio de prova. Ora, vale lembrar que no interrogatório, as informações são prestadas pelo próprio acusado, daí a sua natureza personalíssima, e no atual sistema brasileiro, o réu não é obrigado a produzir prova contra si. Desse modo, um interrogatório nesses termos, pode-se fazer insurgir prova contrária ao interesse daquele que tem contra si, o peso de uma acusação. Portanto, em consonância com o que preza o ordenamento jurídico moderno, deve ser pacificado o coerente entendimento de que o interrogatório deve ser efetivamente caracterizado como meio defesa ao réu. Some-se a isso o direito

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 558.

Constitucional do acusado permanecer em silêncio, sem que isso possa ser interpretado em seu desfavor. O direito ao silêncio leva a autoridade o dever de comunicar ao acusado, seu direito de permanecer em silêncio. Tal entendimento coaduna harmonicamente com as bases inerentes ao sistema acusatório, onde a produção de provas cabe exclusivamente ao órgão de acusação, e assim o acusado não é obrigado a levantar provas contra si, e mais, leciona Eugênio Pacelli:

A garantia do direito ao silêncio, bem como daquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da CF, e, ainda, o princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII), autorizam o inculcado a recusar-se também, a participar da conhecida reconstituição do crime (art. 7º, CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes exposto à execração pública, como se efetiva e antecipadamente fosse.¹⁸

Tendo em vista a importância e a complexidade do interrogatório, é afastado do mesmo, qualquer meio indicioso que possa influenciar as declarações do imputado, gerando assim o direito ao silêncio e do mesmo modo a faculdade de responder o falso. Ressalte-se ainda, que a confissão do acusado não vincula a decisão do juiz, podendo haver refutação por meio de provas que indiquem divergências quanto à confissão. Para coibir violações dessas garantias processuais, é previsto também a assistência e a presença de defensor durante o interrogatório.

Assim, o interrogatório, deve obedecer diretrizes que reprimam violações aos direitos do acusado, chamadas ainda de regras de lealdade processual. Nesse sentido, afirma FERRAJOLI:

Precisamente, tendo como fim permitir a defesa do réu, o interrogatório deve subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual: a imediação ou do mesmo modo a tempestividade; a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem as deduções defensivas, a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas; a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e a colaboração com a acusação; a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso de processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral; a tolerância a todas suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de “investigar as circunstâncias levantadas pelo réu”; e, sobretudo, a liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa.¹⁹

¹⁸PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas.2014. p. 42.

¹⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 560.

Posto isso, pode-se afirmar que o fim almejado em um processo não justifique seu meio, ou seja, para se chegar a alguma conclusão processual, os direitos do acusado não podem ser lançados ao bem entender do acusador, pelo contrário, o meio validará a consecução do fim.

Sabendo que o início do processo compete à acusação, e que é direito do acusado contestar o conteúdo a si atribuído, sendo acobertado pela presunção de inocência até prova em contrário, resta evidente que essa prova cabe aquele que impulsionou o ato processual. Isso fica nítido, ao posicionar o tema sob o prisma do sistema acusatório.

Chama-se de sistema acusatório, a formatação “triangular” tomada pelos sujeitos do processo. O juiz se torna parte imparcial e passiva, notoriamente afastado das partes, acusação e defesa, respectivamente, incumbindo-lhe dirimir o debate impulsionado pela acusação e contestado pela defesa, proporcionando a paridade de armas. Assim, tendo em vista a rígida separação dos sujeitos processuais, decorrente do sistema acusatório, o ônus atribuído à parte não poderá ser abdicado ou repassado a outrem. Dessa forma, estando o juiz afastado e eivado de parcialidade, não lhe caberá a figura de postulante, e sim de julgar as provas produzidas pela acusação, e só por ela, e assim como ao juiz não pode atribuir capacidade postulatória, ao acusador não compete o papel de judicante. Diferentemente do que ocorre no sistema inquisitório, onde juiz e acusação confundem-se no desempenho dos seus papéis, onde o juiz tem interesse na produção de provas e provoca a acusação nesse sentido, no sistema acusatório o julgador deve se afastar de tudo o que possa influenciar na sua parcialidade. Partindo do ponto que nenhuma prova poderá trazer ao processo a verdade, estritamente falando, a não ser de modo aproximativo, caberá ao acusador acostar provas se não suficientes, necessárias à elucidação a ser alcançada.

Se por um lado o ônus da acusação cabe ao acusador, por outro cabe ao imputado exercer seu direito de defesa. Aqui se destaca o poder de refutação às provas levantadas pelo Ministério Público, de modo que a defesa tenha a oportunidade de contrapor todos os pontos levantados. Em um sistema que se diga acusatório, o processo deve caminhar sob os trilhos da paridade

de armas, ou seja, a força que é dada a acusação deve ser dada a defesa, e mais, deve-se oferecer a defesa todos os meios que possa exprimir voz em favor do réu, para que assim conteste a imputação lhe atribuída, formando assim o denominado contraditório, sempre acompanhado pela presunção de inocência, consolidando a dignidade da pessoa humana. É aqui que se confirma a necessidade da acusação ser exposta em termos inequívocos, devendo se afastar de conjecturas abstratas, devendo primar pela baliza da taxatividade.

Vale ressaltar, a importância do defensor no equilíbrio de forças entre acusação e defesa. Para que haja a igualdade faz-se *mister* que além da autodefesa, seja exercida a defesa técnica, aquela exercida por profissional capacitado para complementar o instituto da defesa. Daí a importância de o acusado estar sempre acompanhado do defensor, trilhando o processo complexo e ladeado de formalidades e nulidades.

Porém, para que se busque efetivar as garantias anteriores, torna-se imperioso destacar outras três garantias, não menos importantes que as já mencionadas. São elas: a) Publicidade; b) Rito legal de formação de provas; c) Motivação. Tais princípios tornam-se instrumentos úteis à eficácia do primeiro conjunto de garantias.

A primeira delas, publicidade, oportuniza conhecimento daquilo que se passa no processo, ou seja, torna-se um meio de fiscalização tanto externo como interno da atividade judiciária. É importante que o ditame processual se dê de forma clara, sob a égide da transparência, permitindo, sobretudo, melhores condições para que o Advogado exerça a defesa do acusado, como também o “controle social”, exercido pela população. A publicidade é corolário do Sistema Acusatório, pois de outro lado uma das principais características do Sistema Inquisitório é a restrição, seja de informação, seja de participação. Presente na tradição clássica, tanto na Grécia como na Roma republicana, tendo entrado em crise justamente com a afirmação do modelo Inquisitório na Roma imperial, onde as audiências eram fechadas, em regra, e a publicidade ficava a cargo do interesse do Juiz, e mais, a publicidade chegou a desaparecer na experiência medieval. Buscando dificultar a arbitrariedade dos juízes, a publicidade tornou-se uma das bandeiras levantadas pela Revolução Francesa, fruto do pensamento iluminista. Não podia ser diferente, o segredo que regava os processos escondia as astúcias impetradas contra os acusados,

desde a violência a tormentosos julgamentos invisíveis, à mercê de uma justiça administrada as escondidas. Nesse sentido, posiciona-se FERRAJOLI²⁰ citando BENTHAM:

Não só porque aquela 'é a mais eficaz garantia dos testemunhos', aos quais assegura, graças ao controle do público, 'a veracidade', mas sobretudo porque favorece 'a probidade' dos juízes, que, servindo como 'freio no exercício de um poder de que é fácil abusar'; permite a formação de um 'espírito cívico' e o desenvolvimento de uma 'opinião pública, de outro modo muda e impotente frente aos abusos' dos juízes; fundamenta 'a confiança do público em seus juízes'; reforça a independência dos magistrados acrescentando-lhes a responsabilidade social e neutralizando seus vínculos hierárquicos e 'o espírito corporativo.

Outro princípio, que se faz necessário ao conjunto de garantias é o rito legal de formação de provas. Para que se evite julgamentos baseados apenas no juízo privativo do Juiz, é necessário que se estabeleça o rito a ser seguido, formando assim o que se chama de método legal. Dessa forma, havendo preceitos normativos, e desobedecidos, ocorrerá conseqüentemente a nulidade do ato. As formas processuais de maior relevância são aquelas que condicionam a validade das provas ao método legal de sua formação. Nesse diapasão, para fins de convencimento de culpa, o formalismo legal impede o que seria uma decisão privado do julgador.

Por último, malgrado indispensável, é o princípio da motivação. A fim de coibir arbitrariedades, a decisão judicial não poderia deixar de ser motivada e fundamentada. Apoiada pelo pensamento iluminista, a obrigação de fundamentação foi sancionada pela primeira vez pela Pragmática de Ferdinando IV, de 27 de setembro de 1774; sucessivamente pelo art. 3º da Ordonnance criminelle de Luís XVI, de 1º de maio de 1778, depois pelas leis revolucionárias de 24 de agosto e 27 de novembro de 1790, e por fim, recebida, através da codificação napoleônica, em quase todos os códigos oitocentistas europeus. A motivação fomenta o controle das decisões seja de

²⁰ FERRAJOLI, Luigi *apud* Bentham. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 568.

direito, por agressão as normas legais, seja de fato, por insuficiência de provas ou inadequação dos motivos ao contexto probatório.

2.2 O Processo Penal de Partes

Também decorre do Sistema Acusatório, como uma das suas principais características, a separação das funções das partes do processo. Com o escopo de inibir a imparcialidade do Juiz, busca-se afastar o magistrado da tarefa de investigar, onde para tal função, criou-se o Ministério Público, atribuindo-lhe a responsabilidade pela persecução penal. Dessa forma, buscando ao máximo afastar o Juiz da produção de provas, faz-se necessário que o órgão competente de levar a cabo a acusação se inteire e tome frente para investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos, tornando-se assim sujeito parcial no ditame processual. É importante ressaltar que para se efetivar a imparcialidade do julgador, o afastamento deste deve ocorrer durante todo o processo, evitando assim o rompimento do sistema. Assim leciona Aury Lopes²¹:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora...

Vale salientar, que a simples diferenciação dos sujeitos incumbidos de acusar e de julgar por si só não são suficientes a ensejar a imparcialidade do juiz, mais do que isso, é necessário atribuir ao *Parquet* sua posição de parte, juntamente com a defesa, e em posição de igualdade, para assim estimular o afastamento do juiz da esfera da produção de provas.

Nesse sentido, inevitavelmente o procedimento penal se torna em um litígio, ou seja, acusação, incumbida ao Ministério Público, e a defesa, com pretensões diversas.

Nessas condições, prevê o ordenamento jurídico pátrio, que os crimes de ação penal pública, serão obrigatoriamente postulados pelo Ministério Público. Diferentemente do que hoje ocorre, é de se lembrar às origens do

²¹ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 122.

processo acusatório, onde cabia ao ofendido à iniciativa penal, ou de qualquer cidadão singular, onde ensejava certo grau de discricionariedade, tendo em vista o caráter privado da decisão. Assim a discricionariedade da ação e a possível disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, existentes em alguns sistemas acusatórios, representam um resíduo do caráter originariamente privado. Por outro lado, deve-se entender sobre obrigatoriedade da ação penal como a obrigação dos órgãos de acusação pública promover o juízo para todo crime que tenha conhecimento, dentro de sua competência, ainda que para pedir a absolvição ou arquivamento, a depender do caso, e não entender como à propósito a não derrogação do juízo, um inestimável dever de proceder em todo crime. Assim, se faz imperiosa a lição de FERRAJOLI²²:

Nesse sentido, a obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características do sistema garantista SG: primeiramente, da legalidade ou sujeição apenas à lei de toda a função judiciária, o que exclui seu impulso com base em critérios puramente arbitrários e potestativos; em segundo lugar, da indisponibilidade das situações penais que previne o valor dirimente da confissão do imputado ou o poder absolutório dos órgãos de acusação, em geral impedindo também a importância de transações, aceitação ou renúncias entre as partes em causa; em terceiro lugar, do princípio da igualdade penal, que impede qualquer disparidade de tratamento dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo, ou, pior, por avaliações acerca do comportamento processual do imputado e particularmente sobre sua disponibilidade para negociar com a acusação.

Há quem discuta se o posicionamento do representante do órgão de acusação deve se dar de forma parcial ou imparcial. Ora, a prática processual aponta que seria um equívoco falar em imparcialidade do postulante. Se o Ministério Público encampa a tese de que há indícios de autoria, como exemplo, buscará a todo custo demonstrar a autoria delitiva contra o acusado, não é razoável afirmar imparcialidade, é inerente ao Sistema Acusatório, essa atribuição.

Nesse sentido, diariamente as instâncias superiores manifestam entendimentos no sentido de dar efetividade ao Processo Penal de partes, *verbis*:

Ementa: Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p.525.

INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830 /2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830 /2013. 2. Ordem concedida. Data de publicação: 11/09/2013 STF - HABEAS CORPUS HC 115015 SP (STF)²³

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO IDOSO . INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AUDIÊNCIA PRELIMINAR. RECUSA DOS ACUSADOS À PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º, § 6º, DA LEI 12.830 /2013. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. 2. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o Delegado de Polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Inteligência do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830 /2013. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. Recurso provido para anular a decisão que determinou o indiciamento dos recorrentes. Data de publicação: 12/11/2014 STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 47984 SP 2014/0114700-8 (STJ)²⁴

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. BUSCA DA VERDADE REAL. IMPARCIALIDADE. SISTEMA ACUSATÓRIO. GARANTISMO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Nos termos da atual Constituição Federal , não cabe mais ao juiz agir na busca da verdade real no processo criminal. A Carta Magna de 1988 filiou-nos ao Sistema Acusatório, e, a um só tempo, incumbiu exclusivamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal e impediu o juiz de tomar qualquer iniciativa; com isso, distinguiu o persecutor do julgador, sendo, sem dúvida, a inércia do juiz a garantia da sua imparcialidade. Incumbe ao magistrado, portanto, assegurar os direitos e garantias fundamentais durante toda a persecução penal, aplicando as regras do jogo - pré-estabelecidas pela Constituição Federal e pelo CPP -, a serem seguidas tanto pela acusação quanto pela defesa. A produção da prova cabe, assim, às partes, não

²³ HABEAS CORPUS HC 115015 SP (STF)

²⁴ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 47984 SP 2014/0114700-8 (STJ)

constituindo cerceamento de defesa a inércia do juiz na busca de elementos para inocentar o réu. APELOS IMPROVIDOS. (Apelação Crime Nº 70052903259, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 27/03/2013) Data de publicação: 05/04/2013.²⁵

Ementa: APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - NULIDADE ABSOLUTA - RECONHECIMENTO - INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUÍZO - IMPOSSIBILIDADE - RESGUARDO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. I- A iniciativa de produção probatória do julgador, à margem das partes, viola o princípio da inércia da jurisdição e o sistema acusatório consagrado na Constituição da República. Data de publicação: 14/10/2013. TJ-MG - Apelação Criminal APR 10024121843874001 MG (TJ-MG)²⁶

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES. SISTEMA ACUSATÓRIO. ÔNUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A Constituição Federal, em seu art. 129, inciso VIII, confere ao Ministério Público o poder - regulado pelo art. 8º, incisos II e VIII, da Lei Complr nº 75 /93 - de requisitar diligências investigatórias. 2. O sistema acusatório, consagrado pela Constituição Federal, imputa ao Ministério Público a produção de todas as provas de seu interesse, sendo ônus processual da acusação a obtenção da certidão de feitos criminais. 3. Não falta razoabilidade à decisão do Juízo a quo, que encontra fundamento, também, no artigo 47 do CPP, que visa evitar que o MP requisite absolutamente tudo por intermédio do juiz, prestigiando, assim, a celeridade processual necessária para a prestação jurisdicional eficiente. 4. Segurança denegada. Data de publicação: 21/05/2012. TRF-2 - MS MANDADO DE SEGURANÇA MS 201102010141011 (TRF-2)²⁷

De um lado o Ministério Público, incumbido de produzir provas e impulsionar a marcha processual. Do outro lado, a defesa, denominada técnica, representando o acusado. Ressalte-se aqui, que o imputado é considerado possuidor de direitos, e não um mero objeto, onde vez ou outra é beneficiado com um “favor” do juiz. Acima de tudo tem-se a inocência do cidadão, e sua liberdade, tanto é que as garantias são impostas com a finalidade de resguardar o cidadão, pois antes de tudo se tem um inocente, e para que se mude esse “status” é necessário uma sentença condenatória transitada em julgado.

²⁵ Apelação Crime Nº 70052903259

²⁶ Apelação Criminal APR 10024121843874001

²⁷ MANDADO DE SEGURANÇA MS 201102010141011

2.3 A Posição do Juiz no Processo Penal de Partes

Inicialmente, impende destacar, qual modelo de juiz, e conseqüentemente os caracteres subjetivos que englobam e legitimam o julgador em sua complexa atividade. Isso porque o modelo de juízo preestabelecido ditará os requisitos individuais e jurisdicionais legitimadores. Como aponta FERRAJOLI, “esse nexó entre pessoa e rito, entre ordenamento jurídico e método processual, sempre esteve presente na doutrina processual clássica.”²⁸

Desde tempos hodiernos, alternou a formação entre juízes-magistrados e juízes-cidadãos, tornando-se temática decisiva para o ordenamento jurídico. Trata-se de tema controverso e que tem em suas raízes ligação direta com o sistema acusatório ou com o sistema inquisitório, tendo estes, grande influência na formação daqueles. Por um lado, o sistema acusatório, com seu caráter influenciado pelo iluminismo francês, busca um julgador passivo, espectador, preocupado acima de tudo com a imparcialidade, valorando objetivamente os fatos, e assim se revelando mais precavido. Por outro lado, o sistema inquisitório, onde busca registrar as marcas de um juiz constantemente ativo, que busca incessantemente aplicar o poder punitivo do Estado, e para isso se ver na obrigação além de julgar, de investigar. Assim, durante tempos alternam-se os juízes-magistrados e os juízes-cidadãos, onde a depender do período histórico passaram mais ou menos tempo em vigor.

Com as constantes mudanças, acima mencionadas, mudam também as exigências para exercer o cargo de juiz. Nessa esteira, vale salientar a lição de FERRAJOLI:

“Na tradição inquisitória pré-moderna ‘iudex illiteratus repellitur’: os juízes acrescentava-se, ‘nom possunt esse viles, ignobiles aut filii clericorum’, mas deviam ser, não diversamente dos atuais juízes concursados, *doctores legum*, ou seja, juristas de profissão, às vezes vindos de fora para exercer seu ‘competente’ magistério. Ao contrário, a cultura iluminista contrastou unanimemente com a ideia do juiz técnico e profissional, optando por um juiz não técnico e popular em seu lugar, não diverso da cozinha que seria almejada por Lênin para o exercício de todo poder público: um ‘homem de ordinário bom senso’, como conjeturou Beccaria; ‘todo homem que não seja nem estúpido nem louco, e que tenha uma certa conexão de

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 529.

ideias e uma suficiente experiência do mundo', como propôs Filangiere; um 'bom pai de família' com os dons comuns do 'homem natural', como escreveu Bentham; um 'homem moral' e dotado de 'equidade', segundo Lauzé Di Peret; uma pessoa 'peu savant' mas dotada de experiência, como exigiu Voltaire; um cidadão de 'educação média', segundo as palavras de Nicolá Niccolini."²⁹

Sob esta ótica, e tendo em vista o que se passou frente às vestes do sistema inquisitório, aqueles influenciados, também, pelo pensamento liberal clássico impulsionaram o modelo de juiz-cidadão, pois defendiam que o julgamento deveria se dar pelo "par" do réu, ou seja, em condições de igualdade, para que assim evitasse propensas injustiças por parte daquele que, em caso de juiz-magistrado, detinha o poder. Para estes que defendiam um juiz do povo, a falta de conhecimento técnico e a conseqüente falta de boa fundamentação, por parte do juiz, não era mais grave que o vício que o juiz togado entoa, podendo chegar a provocar a indiferença, e desenfreada desenvoltura para julgar. De outro modo, na Itália, e a grosso modo na Europa continental, vingou a ideia de juízes-magistrados, ladeados do princípio da independência e exigida a motivação, embora com livre convencimento.

Toda via, resta claro que nesses termos não há como definir um modelo propriamente derivado do sistema acusatório ou inquisitório. Mais do que um modelo, o que se busca é ancorar a imparcialidade do julgador conciliada a desenvoltura técnica, o convencimento, a motivação, a independência e submissão à lei. O que se pode garantir, é que a atividade jurisdicional deve se desenvolver como uma atividade de conhecimento, ao menos aproximativo, da verdade, o que inclui valoração e conseqüentemente uma decisão. Tendo em vista que a valoração requer um posicionamento, e muitas vezes o julgador pode valer-se de influência externa para tomar determinada decisão, deve-se buscar constantemente os princípios da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, como forma de limitar e regular o livre poder do magistrado, tornando-se assim essencial a um Estado Democrático de Direito. Ainda, os princípios *supra* mencionados, servem como diferenciação entre a atividade judiciária e a atividade privada de investigação, ou seja, a jurisdição está vinculada a lei e aplicável a uma também hipótese legal, podendo-se afirmar que as decisões são decorrentes de previsão legal.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 531.

Diferentemente dos outros poderes, a atividade judicial, como atividade de cognição, e que busca tanto a liberdade dos inocentes quanto a condenação dos culpados, não é preestabelecida por um interesse pré-constituído, ou seja, como atividade que busca a verdade dos fatos, pelo menos de forma aproximativa, e tendo em vista que deve ser trilhado o caminho de um devido processo legal e justo, o juiz deve abster-se de um interesse de logo constituído, buscando afastar também interesse particular.

Desse modo, para garantir a imparcialidade do julgador, faz-se necessário assegurar também outras três garantias: a) equidistância; b) independência e c) naturalidade. A primeira pode ser traduzida pelo afastamento do julgador aos interesses das partes envolvidas no processo. Em segundo lugar, a independência em relação aos outros poderes exercidos pelo Estado e também o afastamento da sistemática política. Por último, a naturalidade à designação e instituição das competências atribuídas ao magistrado.

Nesse sentido, impende destacar a lição do catedrático Aury Lopes Jr, verbis:

“O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no Processo Penal. O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não devendo julgar como deseja a maioria e, não podendo, fica inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados ou que brotem dos tratados e convenções firmadas pelo Brasil.”³⁰

Por último, mas não menos importante, deve ser destacado a garantia do juiz natural. Tal princípio tem o escopo de possibilitar ao cidadão saber quem será o julgador do processo que tramita em seu desfavor, tornando-se assim pilaste imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Assim, o juiz natural tem o condão constitucional de evitar os Tribunais de Exceção, ou seja, como aponta Aury Lopes, “trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º,

³⁰ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 168.

XXXVII, da CB).³¹ Não obstante, busca-se da mesma forma, coibir a formação de competência originada após o fato, ou seja, inibir que juízes, em sentido lato, venham a ter competência para julgar um fato determinado, o que poderia vir a no mínimo causar dúvida ao grau de imparcialidade do julgador.

³¹LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 166.

Capítulo 3. RELATIVIZAÇÃO DO BROCÁRDIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* POR OCASIÃO DA DECISÃO QUE ENCERRA A PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI.

3.1 Da aplicação do *in dubio pro societate* na primeira fase do procedimento especial do júri.

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, a primeira fase do procedimento do júri, denominada *judicium accusationis*, poderá ser finalizada com as sentenças de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou ainda, uma possível desclassificação. Vale aqui destacar a decisão de pronúncia. Uma vez presentes nos autos os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade, e o juiz estando convencido, deve pronunciar o acusado, levando-o a segunda fase do procedimento do júri, onde será submetido a julgamento pelo Tribunal Popular. Como afirma Eugênio Pacelli, “é costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio *in dubio pro societate*.”³² Inicialmente, impende salientar que o *in dubio pro societate* não pode ser tratado como princípio, pois não há base constitucional nem mesmo infraconstitucional que baseie a aplicação do brocárdio. A aplicabilidade se iniciou de forma popular, onde em tempos passados, aplicavam o termo de forma avulsa.

Defende parte da doutrina, que nesta decisão terminativa da primeira fase, deve o juiz atender o interesse da sociedade, em levar o réu ao Tribunal do Júri, sendo que em caso de dúvida sobre sua culpabilidade, deve-se pronunciar, ou seja, diferentemente do que garante o *in dubio pro reo*, o *in dubio pro societate* sustenta que na decisão de encerramento da primeira fase, havendo dúvidas quanto a autoria delitiva, deve o julgador decidir em favor da sociedade, levando o acusado a tomar assento no banco dos réus. Resta saber, se realmente é interesse da sociedade levar um cidadão a julgamento popular sem que haja ao menos indícios suficientes de autoria, sendo que acima de uma acusação infundada impera a presunção de inocência. Do

³² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas.2014. p. 731.

mesmo modo não se pode afirmar e ousar embasar o *in dubio pro societate* no interesse da sociedade, pois não parece razoável afirmar que a sociedade seja a favor de colocar em risco a dignidade da pessoa humana, ao submeter e expor o acusado ao julgamento pelos seus pares, como também o cruel julgamento social, impulsionado por uma acusação pífia.

Porém, com a vigência da Constituição Federal de 1988, e a afirmação do Estado Democrático de Direito, o brocardo, além de não ter base legal passou a contrariar os princípios regentes do atual ordenamento jurídico pátrio, explícitos no texto constitucional. Entre os princípios confrontados pelo brocardo, deve-se destacar a presunção de inocência, a qual se opõe de forma direta ao *in dubio pro societate*. Ora, se a presunção de inocência é princípio basilar de todo ordenamento, como pode um brocardo vir a contrariar o que preceitua a Constituição? Eis a grande questão, o que enseja a aplicação de um princípio que se opõe as regras basilares do atual sistema jurídico? Nesse diapasão, defende Aury Lopes não haver base legal, afirmando que “além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência.”³³

Como já apontado, cabe a parte acusadora produzir as provas, provas estas que sejam capazes de demonstrar seguramente a autoria, ladeada da aplicação dos direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Nesse sentido leciona Paulo Rangel, *verbis*:

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. Jogá-lo no banco dos réus com a alegação de que o MP provará os fatos que alegou é achincalhar com os direitos e garantias individuais, desestabilizando a ordem jurídica com sérios comprometimentos ao Estado Democrático de Direito.³⁴

Outra tese de quem defende a aplicação do brocardo, é a competência e soberania do júri, para julgar os crimes dolosos contra a vida, porém, não se pode olvidar que a presunção constitucional de inocência não compactua com uma decisão contrária ao réu, sem que haja elementos probantes seguros e

³³ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 553.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. pag.79

suficientes. Ora, como a primeira fase do procedimento se diz de instrução, funcionando também como filtro de acusações, se ao final for verificado que não há indícios suficientes de autoria, a competência do júri não pode sobrepor a presunção de inocência, pois se quer há elementos convincentes de autoria ou materialidade do delito.

O mesmo entendimento, é proferido por Aury Lopes, que aponta:

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 julgará 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.³⁵

Por fim, vale reiterar que a dúvida probatória, levada em desfavor ao réu, contraria todo o ordenamento jurídico pátrio, pois fere aquilo que a Constituição Federal de 1988 mais compactua, que são as garantias aos direitos fundamentais, essenciais e por si só, inerentes ao Estado Democrático de Direito. Desse modo, após a vigência da nova Constituição, o *in dubio pro societate* deve ser visto com outros olhos, pois ao contrário do cenário autoritário, vigente ao tempo do auge de sua aplicação, hoje, tem-se pela frente um cenário de democrático, onde no plano da efetividade, não se pode acolher elementos com resquícios inquisitórios, como é caso do referido brocárdio, assim, a prudência deve ser balizadora de sua aplicabilidade.

3.2 Presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Tendo em vista a dupla função do processo, já destacada no capítulo 2, como também a submissão à jurisdição e o conseqüente devido processo legal, e mais, seu caráter instrumental, pode-se e deve-se destacar o princípio da presunção de inocência. De início, é necessário exarar que a liberdade do acusado é objeto de proteção por parte do juiz, que como já visto, está colocado em posição de garantidor. Dessa forma, para que a liberdade, do

³⁵ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 1012.

sujeito acusado de cometimento de um crime, seja privada, faz-se necessário que o Estado, através do órgão competente para acusar, Ministério Público, demonstre cabalmente através de provas, ser ele -acusado - autor do fato, para que assim, diante das provas e do contraditório, o juiz tome uma decisão, condenando ou absolvendo o réu.

Desse modo, sabendo que a liberdade é regra em um Estado Democrático de Direito, e esta deve ser mantida até prova em contrário, brota daí a presunção de inocência, pois tem-se em mente que a culpa, e não a inocência, deve ser comprovada. Como assevera Nucci “ as pessoas nascem inocentes, sendo este seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-Acusação evidencie com provas suficientes ao Estado-Juiz a culpa do réu.”³⁶

Impende aduzir, que para chegar ao atual nível de efetividade, alcançado pelo princípio, surgiram várias frentes, com a finalidade de atacar o postulado, como afirma Ferrajoli:

O primeiro ataque foi propiciado pela escola Positiva Italiana: Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, em coerência com suas opções substancialistas, consideram ‘vazia’, ‘absurda’ e ‘ilógica’ a fórmula da presunção de inocência, o primeiro exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade. Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um ‘estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês’ e a julgou ‘grosseiramente paradoxal e irracional’ baseada em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos positivos de custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados, a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados. Reforçado por esses avais, o Código Rocco de 1930 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.’³⁷

Mesmo consagrado na Declaração dos Direitos do Homem em 1789, a presunção de inocência voltou a ser alvo de duras críticas pelos idealistas totalitários e fascistas, muitos denominando a presunção de inocência de processualismo irracional e paradoxal. Alguns defensores da não aplicação do

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª Ed. pag. 78.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014. p. 507.

princípio, alegavam que se a maior parte dos acusados ao final do processo eram condenados, não há elementos que justifiquem presumir a inocência, onde como acima citado, o próprio Código Rocco de 1930 não preestabeleceu a presunção de inocência, pois como afirma Aury Lopes, tal princípio “era visto como um excesso de individualismo e garantismo.”³⁸

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, no Brasil, a presunção de inocência foi explicitamente assegurada no art. 5º, inciso LVII, sendo indispensável ao ordenamento que se diga democrático e mais, garantidor dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, e conseqüentemente princípio basilar para o sistema processual penal. Há autores que afirmam, inclusive, que a presunção de inocência não precisa estar positivada, para garantir sua efetividade, pois a liberdade é da essência da condição humana. Assim, presumir a inocência do acusado, está diretamente ligado a opção de proteger também a liberdade dos inocentes. Nesse diapasão, escreve Aury Lopes:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (*ou de defesa social*), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo.³⁹

Desse modo, ao analisar a presunção de inocência sob a perspectiva do sistema acusatório, observa-se a total harmonia entre o princípio e o sistema de processo adotado pelo ordenamento pátrio. Contudo, pode-se extrair-se que o afastamento do julgador perante as partes, propicia também a correta aplicação do princípio, pois como resta afastado dos interesses das partes, estará decidindo sob o prisma da imparcialidade. Ressalte-se ainda, que a presunção de inocência insurge como proteção aos acusados perante a cada vez maior e drástica publicidade abusiva, onde a mídia surge, com uma visão minimista do processo penal, massifica e impulsiona comportamentos contrários ao que preza o Estado de Direito.

Decorre como corolário da presunção de inocência o *in dubio pro reo*. Tendo em vista que a produção de provas cabe ao órgão acusador, e que a liberdade do acusado deve ser tutelada pelo juiz, através da presunção de

³⁸ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 226.

³⁹ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 227.

inocência, não pode o acusado vir a ter uma condenação com base em uma infundada acusação. Cabe pois a acusação demonstrar concretamente as provas que recaem sobre o denunciado, provas essas que sejam visivelmente seguras e suficientes a alterar o estado de liberdade de uma pessoa. Ressalte-se que não cabe ao acusado provar sua inocência, a ele, cabe contraditar o que achar de direito. Não raras vezes, é possível, como destaca Aury Lopes, se deparar “com sentenças condenatórias fundamentadas na ‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente”⁴⁰. Todavia, resta claro que não há uma divisão probatória para as partes, pois como demonstrado não cabe à defesa produzir provas. Com tudo, para que o Estado exerça sua pretensão punitiva, cabe unicamente ao Ministério Público provar com elementos convincentes o que encampa em sua tese acusatória.

Ainda sobre o tema, vale destacar o que aduz Aury Lopes, *verbis*:

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.⁴¹

Nessa escoreita, quando a acusação não conseguir apontar provas suficientes e seguras de que o acusado tenha cometido um delito, a absolvição é medida que se impõe, pois como mencionado, a prova é de incumbência total da acusação que vê pela frente o acusado acobertado pela presunção de inocência. Desta feita a acusação baseada em fatos desconexos e abstratos, ou seja, sem fundamento não deve prosperar, tendo em vista que foi oportunizado ao *Parquet* em vários momentos levantar as provas necessárias, e se assim não o fizer é porque o órgão não logrou êxito ao desempenhar o seu papel.

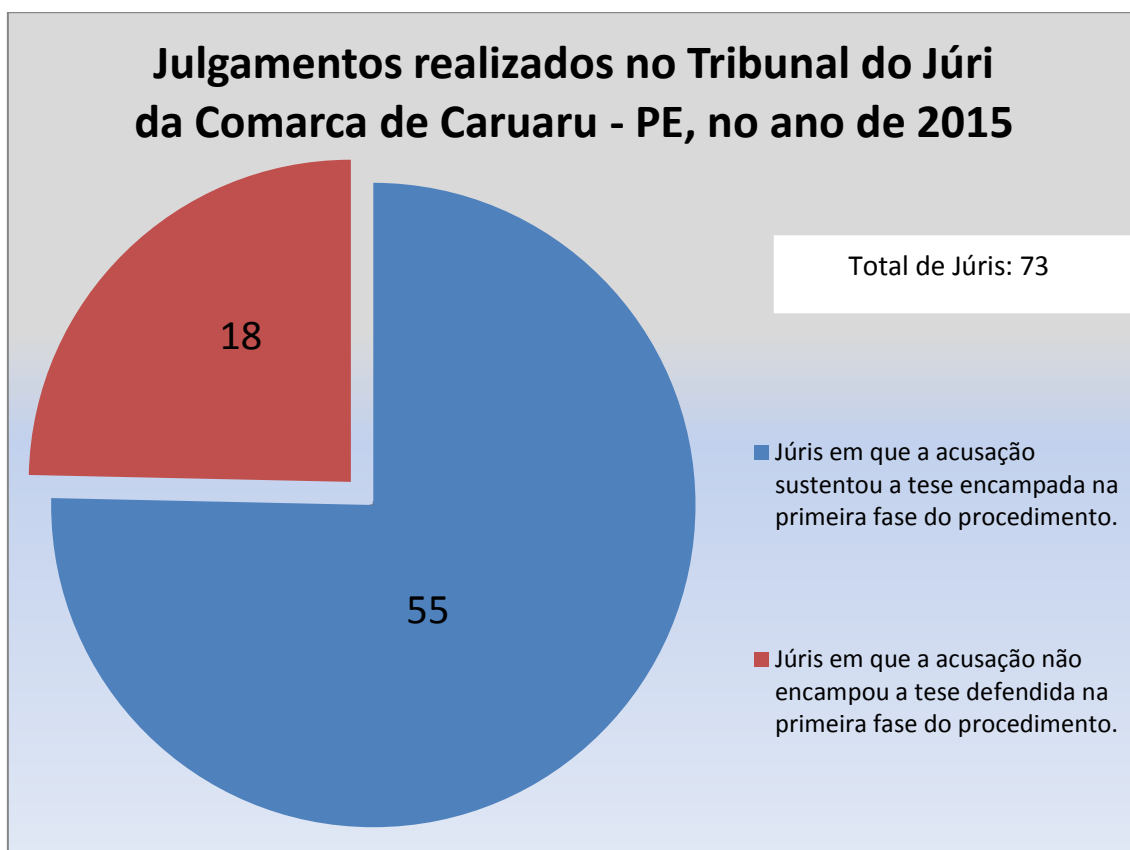
3.3 O in dubio pro societate no plano da efetividade – um recorte temporal na vara do júri de caruaru - ano 2015.

⁴⁰ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 549.

⁴¹ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 550.

A fim de subsidiar o questionamento suscitado na pesquisa, foi realizada uma pesquisa nos processos da Vara do Tribunal do Júri de Caruaru, ano 2015, em que foi possível constatar com bastante nitidez, os efeitos oriundos do brocárdio *in dubio pro societate*, evidenciando-se todos os prejuízos já elencados, e mais, as sequelas causadas pela incoerente aplicação do instituto, contrariando aquilo de mais singelo que há na Constituição Federal, os denominados direitos fundamentais. O dia a dia prova que inúmeras pessoas veem a presunção de inocência como algo abstrato, pois mesmo diante de acusações pífiás, são levadas a tomar assento no banco dos réus, expostas não só a um perigoso Tribunal Popular, mas também aos julgamentos sociais, que muitas vezes causam maior dor que o próprio encarceramento.

Conforme o gráfico abaixo, no ano de 2015, foram realizadas 73 (setenta e três) Sessões de Julgamento no Tribunal do Júri. Não obstante, vale ressaltar que em 18 (dezoito) delas, o equivalente a 25% (vinte e cinco) do total, o Ministério Público, alterou seu posicionamento, e aderiu a uma tese benéfica ao acusado, ou seja, durante os debates do júri, o próprio *Parquet*, confirma, implicitamente, que a tese defendida na primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri, não se baseou em elementos seguros, sendo que em respeito ao *in dubio pro societate*, requereu a pronúncia do acusado. Note-se que nos 18 (dezoito) casos, o próprio Ministério Público reconheceu as infundadas acusações, sem contar as ocasiões em que mesmo diante da falta de provas, o órgão acusador insistiu em pedir a condenação do denunciado.



Fonte: Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Caruaru

Ora, é cediço que em um Estado que se diga democrático e de direito, para que se exerça o *jus puniendi*, é necessário que se obedeça as garantias individuais, a ele atreladas. Nesse diapasão, o que pode ensejar que ao menos 25% (vinte e cinco) dos denunciados de cometimento de crimes dolosos contra a vida se vejam excluídos da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, ainda que tendo contra si, uma acusação pífia, em que o órgão acusador, mesmo com todo poder a ele inerente, não consegue abarcar provas suficientes a embasar a acusação?

Por incrível que pareça, o brocárdio *in dubio pro societate* com seus resquícios de um sistema inquisitório, vem conseguindo contrariar todo ordenamento jurídico, pautado na defesa das garantias individuais, e ferindo gravemente aqueles que se veem a mercê e excluídos de proteção constitucional. Da mesma forma, é possível afirmar que ao contrário do que aponta os defensores do brocárdio, que no caso de dúvida, deve-se decidir em favor da sociedade, a aplicação do referido instituto nunca vai favorecer a sociedade, pois essa é formada por cidadãos, e estes diariamente clamam pela prevalência e efetividade das suas garantias constitucionais, por isso, se torna

incoerente afirmar que o *in dubio pro societate* é a favor da sociedade. Some-se a isso, vigora no ordenamento jurídico pátrio o *in dubio pro reo*, ou seja, em caso de dúvidas quanto à autoria e ou materialidade do fato, deve-se decidir em favor do acusado, em harmonia com a presunção de inocência, pois é fato que o direito a liberdade, se apresenta como pilar de um Estado de direitos, portanto para que se prive o cidadão da liberdade, se faz necessário que o órgão incumbido de acusar, demonstre cabalmente a autoria e a materialidade.

Isso posto, a relativização do *in dubio pro societate* se mostra como alternativa jurídica possível a solucionar esse ranço inquisitório existente na aplicabilidade do *brocárdio*. Como já apontado no presente trabalho, para que o Estado exerça seu *jus puniende* é necessário que se percorra um devido processo legal, oportunizando as partes, de forma paritária, demonstrar aquilo que lhe cabe, dentro das devidas proporções, e mais, após a vigência da Constituição Federal de 1988, passou a ser fomentado o sistema acusatório, e não mais inquisitório, com isso a figura do juiz não se confunde com a do acusador, devendo se afastar o máximo do interesse das partes. Dessa forma, ao existir dúvida plausível quanto à autoria ou materialidade, ao fim da primeira fase do procedimento do júri, a *impronúncia* se mostra como medida mais adequada, pois como afirma Aury Lopes:

Insistimos em que nesse momento decisório aplica-se a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Somente quando houver fortes elementos probatórios de autoria e materialidade (probabilidade e alto grau de convencimento), pode o juiz pronunciar.⁴²

Em suma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não recepcionou o *in dubio pro societate*, pelo contrário, preestabeleceu medidas garantidoras de prevalência dos direitos fundamentais, buscando afastar os resquícios autoritários, que em outrora, se viam implacáveis. Infelizmente, mesmo com o texto Constitucional zelando pelos direitos fundamentais, entende maior parte da doutrina e jurisprudência, que a aplicação do *brocárdio* deve ser aplicada. A pesquisa mostra que na Comarca de Caruaru, poderiam ter sido evitados pelo menos 24 % dos julgamentos, tendo em vista que se o posicionamento do Ministério Público fosse, na primeira fase, o mesmo defendido na segunda fase, a decisão seria a desclassificação ou a *impronúncia*.

⁴² LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 1013.

Em face do que se acentuou, resta evidenciado que a aplicação do referido brocárdio vai na contramão dos preceitos firmados na Constituição, e dessa forma para que se efetive as garantias fundamentais, é necessário que se extraia do ordenamento tudo aquilo que possa contrariar a harmonia do ordenamento jurídico. É certo que a fase de instrução do procedimento do júri, tem o escopo de evitar que pessoas inocentes sejam levadas a julgamento, isso mostra que o *in dubio pro societate* vai de encontro à finalidade da primeira fase do procedimento, corroborando que não há nenhuma base legal a ensejar aplicação do instituto. Nesses termos, além da ausência de fundamento legal, existe um grave prejuízo ao Estado Democrático de Direitos, pois inúmeras pessoas veem a presunção de inocência vagar, enquanto são levadas a um sério julgamento, com base em uma acusação infundada, e, diga-se de passagem, falaciosa.

Contudo, a relativização do *in dubio pro societate* vem ajustar os termos abertos e controversos do brocárdio, levando em consideração as garantias fincadas na Constituição, e essenciais à efetividade do Estado de direito, de forma que a presunção de inocência não seja substituída pela presunção de culpa, e que acusações sem o mínimo de provas não venham a ocasionar feridas ao cidadão, no tocante ao direito de ir e vir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o decorrer do presente trabalho, buscou-se apontar a contrariedade entre o brocárdio *in dubio pro societate* e o atual ordenamento jurídico pátrio, que se posiciona sob a égide do garantismo, fomentado pelo sistema acusatório e pela garantia dos direitos fundamentais. Ao contrário do que preceitua o atual sistema jurídico, o *in dubio pro societate* é fruto do sistema inquisitório, respaldado pelo autoritarismo vigente aquela época, onde o Estado exercia seu poder punitivo de forma abusiva. Assim, com a vigência da Constituição de 1988, que se afasta totalmente do poder autoritário, é coerente que se afirme que o referido brocárdio deve ser visto como ameaça a efetividade do Estado Democrático de Direito, e por isso deve ser relativizado

É certo que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são princípios balizadores do Processo Penal, dessa forma os demais princípios devem se adequar a tais preceitos.

Vale ressaltar, que hoje não existe qualquer fundamento jurídico que venha a ensejar a aplicação do brocárdio. Dessa forma, além da falta de previsão legal, a contrariedade ao ordenamento jurídico é característica que se impõe.

A pesquisa realizada demonstra que 25% dos acusados que tomaram assento no banco dos réus em Caruaru, viram a acusação que pesava contra si, serem alteradas em seu benefício durante os debates do júri, ficando explícito que ao fim da primeira fase, a pronúncia, era medida que não cabia, porém em decorrência do *in dubio pro societate* foram levados a júri.

Diante do exposto, a relativização do *in dubio pro societate* se mostra como medida coerente a evitar julgamentos desnecessários, e a consequente exposição do acusado ao julgamento social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.2.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1946.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª Ed. São Paulo: RT. 2014.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª Ed.

NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: RT, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.