



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FLAVENILDO RIBEIRO DE SANTANA

**A REPERCUSSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS DO JÚRI**

Recife

2024

FLAVENILDO RIBEIRO DE SANTANA

**A REPERCUSSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS DO JÚRI**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal e Direito Penal.

Orientadora: Maria de Fátima Araújo Ferreira.

Recife

2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Santana, Flavenildo Ribeiro de .

A repercussão do inquérito policial na soberania dos veredictos
do júri /Flavenildo Ribeiro de Santana. - Recife, 2024.

65 p.

Orientador(a): Maria de Fatima de Araújo Ferreira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal dePernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito -
Bacharelado, 2024.

1. Sistema processual penal. 2. inquérito policial. 3. Prova
testemunhal. 4.Evolução histórica do júri no Brasil. 5. Tribunal do júri.
I. Ferreira, Maria de Fatima de Araújo. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

Recife

2024

FLAVENILDO RIBEIRO DE SANTANA

**A REPERCUSSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA SOBERANIA DOS
VEREDICTOS DO JÚRI**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas,
como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Aprovado em 26 de março de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Maria de Fátima de Araújo Ferreira (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Wallace Charles Campos Albuquerque

Prof^ª. Doralice Pereira de Santana Paes e
Silva

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais que, com entusiasmo e certeza que estou a trilhar o melhor caminho em busca dos meus objetivos de vida, deram-me suporte e força para seguir o desafio de encarar uma segunda graduação, sendo Licenciado em Geografia pela UFPE.

Aos meus familiares, que me incentivam a ser uma pessoa melhor a cada dia. Aos amigos que fiz ao longo da jornada na Faculdade de Direito do Recife, em especial a minha colega de turma Eliene Cavalcante.

A todas as experiências que tive durante a graduação e as adquiridas em estágios na 13ª Vara Cível da comarca do Recife, em especial às servidoras: Amanda, Eliene e Jacineide que, com paciência e profissionalismo, e, muitas vezes, sobrecarregadas de trabalho, mas sempre dispostas a me auxiliar no processo de formação profissional.

À professora Marília Montenegro, a quem tenho muito apreço e gratidão por ter me acolhido e contribuído para meu crescimento enquanto pessoa.

Por fim, agradeço à professora Maria de Fátima de Araújo Ferreira, que dedicou sua atenção e profissionalismo no processo de construção deste TCC.

Aos professores e servidores da FDR que, apesar das adversidades enfrentadas no fazer público, têm, de forma aguerrida, lutado para manter a excelência nos serviços prestados pela instituição aos discentes e à sociedade.

“Precisamos nos esforçar para ‘erguer-nos enquanto subimos’. Em outras palavras, devemos subir de modo a garantir que todas as nossas irmãs, irmãos, subam conosco”.

(Angela Davis, 1989)

RESUMO

Este trabalho de conclusão do curso traz à tona a problemática que envolve a construção do processo penal em relação ao crime de homicídio e a competência constitucional de julgá-los, prerrogativa exclusiva do Tribunal do Júri, cujas sentenças condenatórias ou absolutórias não necessitam de fundamentação. Sendo essa peculiaridade inerente ao júri popular, a prática no Estado Democrático. No processo de construção deste presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo, a pesquisa bibliográfica na literatura jurídica nacional e internacional, na jurisprudência e no conhecimento empírico adquirido no exercício da função de jurado na Terceira e Quarta Varas do Tribunal do Júri da comarca do Recife, no período em que fizemos parte do corpo de jurados nas referidas comarcas. O foco da nossa pesquisa é o inquérito policial, gênese do processo penal e as “contradições” inerentes a essa fase pré-processual, onde os atributos da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, via de regra, não estão presentes. Em seguida, faremos alguns apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do instituto da prova testemunhal no processo penal. Abordaremos, também, em que medida o inquérito policial repercute na decisão soberana do júri e, por fim, traremos o posicionamento crítico de alguns doutrinadores em relação a essa instituição democrática, principalmente, devido ao fato das decisões prolatadas pelo Conselho de Sentença serem fundamentadas, apenas, na íntima convicção dos jurados.

Palavras-chave: inquérito policial; processo penal; prova testemunhal; soberania dos veredictos.

ABSTRACT

This course conclusion work brings to light the issues surrounding the construction of the criminal process in relation to the crime of homicide and the constitutional competence to judge them, the exclusive prerogative of the Jury Court, whose conviction or acquittal sentences do not require justification. This peculiarity is inherent to the popular jury, the practice in the Democratic State. In the process of constructing this present work, the deductive method was used, bibliographical research in national and international legal literature, in jurisprudence and in the empirical knowledge acquired in the exercise of the function of juror in the Third and Fourth Courts of the Jury Court of the district of Recife , during the period in which we were part of the jury in the aforementioned districts. The focus of our research is the police investigation, the genesis of the criminal process and the “contradictions” inherent to this pre-procedural phase, where the attributes of the presumption of innocence, broad defense and adversarial proceedings, as a rule, are not present. Next, we will make some doctrinal and jurisprudential notes about the institute of testimonial evidence in criminal proceedings. We will also address the extent to which the police investigation has an impact on the jury's sovereign decision and, finally, we will discuss the critical position of some scholars in relation to this democratic institution, mainly due to the fact that the decisions made by the Sentencing Council are well-founded, only, in the intimate conviction of the jurors.

Keywords: police investigation; criminal procedure; testimonial evidence; sovereignty of verdicts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

EOAB - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

DPE - Defensoria Pública do Estado

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

MP Ministério Público

PPV - Pacto Pela Vida

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
2.1 Breve Contexto Histórico Geral e do Brasil.....	13
2.2 Tipos e Princípios.....	16
2.3 Sistema Processual Penal Brasileiro.....	16
3 O INQUÉRITO POLICIAL: CONTEXTO HISTÓRICO, FORMA, PROTAGONISMO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E AS CONTRADIÇÕES À LUZ DO DIREITO PENAL DIREITO	19
3.1 Breve Contexto Histórico.....	19
3.2 Gênese do Inquérito Policial.....	20
3.3 Inquérito Policial como Procedimento Administrativo.....	22
3.4 Análise do Inquérito Policial a Partir da Presunção de Inocência, da Ampla Defesa e do Contraditório.....	23
4 PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL TRANSLADADO PARA O PROCESSO NOS CRIMES SUBMETIDOS AO TRIBUNAL DO JÚRI	27
4.1 Prova <i>lato sensu</i>	27
4.2 Prova Testemunhal.....	29
4.3 Repetição do Testemunho/Interrogatório Policial na Fase Processual.....	36
4.4 Valoração da Prova Testemunhal nos Processos Submetidos a Júri Popular.....	39
5 TRIBUNAL DO JÚRI: BREVE HISTÓRICO, PREVISÃO CONSTITUCIONAL E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS	45
5.1 Processo Histórico de Formação do Júri Popular e Sua Inserção no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	45
5.2 Composição do Júri, Conselho de Sentença e a Soberania dos Veredictos.....	50
5.3 Críticas Doutrinárias ao Livre Convencimento Imotivado.....	55
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é antecedido por uma fase de dimensão administrativa, ou seja, sob égide do Direito Administrativo. Esse fenômeno advém do fato que o Estado, ao longo da história, tomou para si o direito de punir “*ius puniendi*” como forma de eliminar a justiça particular e, conseqüentemente, fortalecer suas instituições. O surgimento do Estado Democrático de Direito, repercutiu no Direito Penal e Processual Penal, estabelecendo garantias constitucionais à pessoa que está sendo acusada do cometimento de algum crime, presumindo-se sua inocência durante toda a fase processual até a decisão condenatória transitada em julgado. Além disso, a pessoa à qual foi imputado um crime tem o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Como dito anteriormente, o processo penal tem sua gênese no procedimento administrativo de atribuição da autoridade policial, sendo que essa atribuição não é absoluta. Dessa feita, não há de se falar em processo, uma vez que os atos produzidos nessa fase têm caráter administrativo, isto é, não jurisdicional.

A ausência da jurisdicionalidade, no procedimento administrativo de investigação policial, tem instigado calorosas discussões doutrinárias acerca da existência ou não do direito à ampla defesa e ao contraditório. Os penalistas que defendem a existência desse instituto desde a fase pré-processual, mesmo sendo um procedimento inquisitorial, argumentam que a pessoa considerada suspeita de um ilícito penal tem garantias constitucionais, que são inerentes ao Estado Democrático de Direito. Essas garantias, possibilitam o direito de defesa perante o poder acusatório do Estado, inclusive ratificando a presunção de inocência.

Já os que advogam pela inexistência dos institutos da ampla defesa e do contraditório apenas na fase processual, fundamentam seu posicionamento na própria inexistência do processo penal e, à vista disto, não há formação da culpa penal, uma vez que a investigação policial se limita a colher informações que podem ou não fundamentar uma provável ação penal.

Diante dessa dicotomia, concordamos com a tese de juristas e doutrinadores que se posicionam pela existência do direito de defesa da pessoa, que é colocada pela autoridade policial na condição de suspeita de ter cometido conduta ilícita, típica e culpável, evitando possíveis abusos cometidos por agentes estatais no exercício do poder de polícia.

Apesar do inquérito policial não ter a dimensão jurisdicional, os atos praticados pela autoridade policial ingressam no processo penal como peça informativa sobre materialidade e indícios de autoria de determinada conduta criminosa e, assim sendo, é nessa fase que ocorrem as diligências policiais com intuito de colher provas indiciárias (material e testemunhal) que irão subsidiar a denúncia proferida pelo Ministério Público (órgão estatal detentor da ação penal) contra a pessoa acusada de ter cometido ilícito penal, perante o juízo competente, dando início à ação penal. Ao observamos a cronologia da nascitura da ação penal, constatamos que, apesar da fase investigatória não ser dotada de jurisdicionalidade, os atos praticados repercutem nas várias etapas do processo penal (na decisão de pronúncia, na produção de provas judiciais, na audiência de instrução e julgamento e na sentença).

A prova produzida na fase investigatória, classificada como indiciária, não é submetida ao contraditório, logo, deve ser ratificada na fase processual (exceto a prova antecipada e irrepetível), de outro modo, não pode ser utilizada no processo e não deve ser valorado pelo juízo na fase de convicção, porque pode implicar em grave violação de direitos fundamentais da pessoa acusada.

Nos crimes contra a vida, a prova testemunhal, na maioria dos casos, torna-se o principal meio de prova e é também, por sua essência, a de maior fragilidade. Em geral, ao tomar ciência de conduta criminosa, a autoridade policial faz diligências no local do crime com objetivo de colher vestígios materiais e buscar testemunhas que presenciaram o ato criminoso ou ouviram comentários acerca da autoria do delito. Posteriormente, essas testemunhas e o(s) suspeito(s), se localizado(s), são convocados para que, em sede de delegacia, sejam colhidos os seus depoimentos, de forma oral e reduzido a termo. Nesta fase inquisitória, portanto, sem as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os depoimentos prestados constituem elementos meramente informativos, que podem ou não apontar indícios da autoria do ilícito penal. As testemunhas e interrogados, na fase investigatória, não prestam compromisso de dizer a verdade, por conseguinte, seus depoimentos devem ser ratificados em juízo sob a tutela jurisdicional. Ressaltamos que esse depoimento em juízo não deve se constituir mera repetição do mesmo depoimento colhido na fase investigativa. Primeiro, porque a testemunha prestará compromisso perante o juízo de dizer apenas a verdade, de outra forma, incorrerá no crime de falso testemunho. Segundo, porque, na fase processual, a prova testemunhal estará submetida ao contraditório.

Apesar disso, o que frequentemente ocorre é a reprodução em juízo do depoimento prestado em sede policial, deixando pairar uma razoável dúvida sobre a veracidade dos fatos

narrados pelas testemunhas. Essa conduta torna-se mais gravosa ao se tratar de crimes de competência exclusiva do júri popular, uma vez que o juízo condenatório ou absolutório se dá a partir da livre convicção da maioria dos jurados que compõem o Conselho de Sentença, com a ressalva no caso da decisão tomada pela jurisdição ser manifestamente contrária às provas nos autos. Não há obrigatoriedade de fundamentação da sentença proferida pelo júri popular, o que pode acarretar aumento do erro judiciário em negativo.

A robustez probatória no processo penal é condição essencial para a garantia da segurança jurídica das sentenças prolatadas, uma vez que o bem jurídico, constitucionalmente tutelado, está incluso no rol dos direitos fundamentais. Sendo premente a adoção de meios de provas diversificados em todas as fases da persecução penal, caso contrário, continuaremos a presenciar graves violações a direitos e garantias constitucionais.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Breve Contexto Histórico Geral e do Brasil

As mudanças nas formas de organizações das sociedades ao longo do tempo histórico, passando de simples aglomerações humanas, onde as relações sociais são predominantemente baseadas em elementos culturais, para sociedades mais complexas demandam inclusive a formação de instituições sociais que garantam o convívio social entre diferentes grupos. Dessa maneira, quando tratamos dos sistemas processuais penais, partiremos da condição de inexistência do processo penal até as sucessivas transformações que o instituto do processo penal passou ao longo da história.

Nas sociedades menos complexas, os conflitos sociais eram sanados com o uso da força física (autotutela). O passo seguinte foi a abolição do uso da força física e a busca de resolução de conflitos por meios conciliatórios (autocomposição). À medida que essas sociedades tornam-se mais complexas e os conflitos sociais passaram a repercutir com maior gravidade ameaçando a paz social de tal forma que a resolução de querelas graves não poderiam ser deixadas a cargo dos envolvidos. Assim, o Estado passa atuar como terceiro envolvido, eliminando a justiça privada e objetivando a manutenção da harmonia social. Nessa perspectiva o processo (civil e penal) surge como meio estatal de resolução de conflitos e a restauração do estado de coisas anteriores ao litígio. Segundo Tourinho Filho (2007, p. 6):

Então o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu. Os litígios afetavam e afetam sobremaneira a segurança da ordem jurídica, e assim, para manter a ordem no meio social, para restaurar a ordem jurídica quando violada, a justiça – arte de dar a cada um o que é seu – passou a ser exercida, administrada pelo Estado.

Os diversos modelos de organização estatal (autoritário e democrático) resvalaram no processo penal, dando origem aos sistemas processuais penais. Partindo das sociedades clássicas Greco-Romana até contemporaneidade, temos os seguintes sistemas processuais penais: acusatorial, inquisitorial e misto. Porém, salientamos que a mudança de um sistema processual penal para outro não ocorre de forma abrupta e linear.

Na evolução histórica dos sistemas processuais penais, vamos encontrar na sociedade romano, as *quaestiones perpetuae* características do sistema processual penal acusatório particular. Nessa sociedade, a resolução de conflitos tinha início com a denúncia, que poderia

ser individual ou coletiva, contra outrem junto ao órgão estatal responsável por julgar e prolatar sentença irrevogável. As partes envolvidas na lide, acusador e acusado eram sujeitos ativos do processo, produziam provas e poderiam ser auxiliados por outras pessoas. O órgão julgador era imparcial. Além disso, todos os atos produzidos durante o processo eram públicos e orais, ou seja, qualquer cidadão poderia acompanhar o desenrolar do processo até a prolação da sentença. No entanto, as denúncias caluniosas eram punidas e o acusador poderia ser condenado a indenizar o acusado. No entanto, o sistema processual penal acusatorial adotado pela sociedade romana, foi revelando falhas que comprometem sua isonomia em relação ao demandante. Como qualquer pessoa poderia denunciar a ocorrência de ilícito penal e, por sua vez, qualquer pessoa, independente de sua condição econômica, poderia ser acusado, assim, as pessoas de menor poder econômico dificilmente denunciavam a outra que ocupava posição social mais elevada.

O declínio do Império Romano do Ocidente e as sucessivas invasões bárbaras, tiveram como consequência a descentralização do poder, a partir do surgimento de vários reinos, no antigo território romano e a implantação do regime feudal. Neste cenário de pulverização do poder real, o sistema processual acusatorial tornou-se ineficaz, frente ao poder exercido pelos senhores feudais.

No âmbito da Igreja Católica, o direito canônico implementou o sistema processual inquisitorial, para investigar e punir os hereges. Diferente do sistema processual acusatorial ou o sistema inquisitorial concentrava nas mãos do inquisidor o poder de investigar, denunciar e julgar. Nesse sistema o acusado não é sujeito da ação, logo não participa da produção de provas, sendo a prova a verdade irrefutável, responde todo processo preso, todos os atos processuais são sigilosos, a forma escrita de todos os atos e a sentença é baseada na íntima convicção do juiz. Logo, o sistema processual penal inquisitorial que era adstrito a seara eclesiástica, ganha força e, com apoio dos monarcas absolutistas que, no primeiro momento tem o interesse de reduzir o poder do senhor feudal, e posteriormente passa a limitar o poder da Igreja com estabelecimento do *forum delicti commissi* (o foro é o lugar onde o ilícito aconteceu). Assim, o monarca absolutista concentra o poder julgador, podendo delegá-lo a algum subordinado de sua confiança.

O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, sua imparcialidade. Porém, à época, foi a solução encontrada para retirar das mãos do particular as funções de acusar, já que este só fazia quando queria, reinando assim, certa impunidade, ou tornando a realização da justiça dispendiosa. (2016, p. 48).

No sistema processual penal inquisitorial a busca pela verdade por meio das provas, sendo a confissão a “rainha das provas” (IV Concílio de Latrão), justificava toda sorte de meios cruéis para obtenção dela. O processo inquisitorial foi mais formalmente incorporado ao Estado nos de tradição católica (Espanha, França e Portugal) e nas colônias. Já na Inglaterra, o sistema processual penal era o acusatorial, mas não nos moldes do período Greco-Romano.

O sistema processual inquisitorial vai perdendo força à medida que conhecimento filosófico e científico avançam culminando com a Revolução Francesa, no final do século XVIII. O pensamento democrático dissemina-se pela Europa e surgem os júris populares, precursores dos sistemas atuais. A democracia moderna, traz de volta o sistema processual penal acusatorial, caracterizado pela *actus trium personarum* (acusador, defesa e juiz), sendo o Ministério Público, órgão que exerce o papel de acusador, substituindo a denúncia particular. O acusado passa a ser considerado sujeito ativo no processo. Como sujeito processual, o acusado produz provas por meio da defesa técnica (Defensoria Pública/advogado), e tem acesso a todos os atos produzidos pelo órgão acusador, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório. O juiz é a figura imparcial na ação, que julgará por meio da apreciação das provas produzidas no contraditório judicial, sua decisão é fundamentada e publicada, como assegura Lopes Jr .:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (2008, p. 59).

Porém, a herança inquisitorial no sistema de processo penal, deu origem a um sistema processual penal misto, bifásico, sendo o Código de Napoleão 1808 a adotar o sistema misto, como afirma Castro Júnior et al (2013, p. 98) “ O Código Napoleônico trouxe um novo modelo, extraído da conglomeração dos sistemas inquisitivos e acusatório, ínsito ao *Code d’Instruction Criminelle* Frances de 1808”. Constituído de uma fase pré-processual e outra processual. A fase pré-processual de atribuição da polícia judiciária responsável pela a investigação, marcada por características do sistema processual penal inquisitorial, como: ausência da ampla defesa e do contraditório, sigilo nos a procedimentos investigativos e a redução a termo (escrito) de todos os procedimento praticados pela polícia. Já na fase processual, todas as características do sistema processual penal acusatório.

O sistema processual penal insitória português, sofreu influência romano, germânico e moura, assim apresenta distinções em relação aos outros países da Europa, como a função de vereadores que atuavam por determinação real como espécie de juizes exercendo a competência criminal *ratione loci*. Com previsão nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, sendo aplicadas também nas suas colônias, sendo o Brasil uma delas. Mott ao tratar a atuação da Santa Inquisição no Bahia, menciona que:

Apenas treze anos separam a fundação da Santa Inquisição em Portugal (1536), da fundação da cidade de Salvador (1549). Ambas tiveram sua infância no século XVI, adolescência conturbada na metade inicial do Século XVII, idade adulta e apogeu nas décadas finais dos seiscentos e inícios do Século XVIII, decadência a partir de 1750. A Inquisição teve suas portas fechadas em 1821, enquanto a Bahia confirmou, definitivamente, a independência do Brasil em 1823. Por diversas vezes, a Inquisição imiscuiu-se arbitrariamente na vida dos baianos, mantendo, a ferro e fogo, através da eficiente rede de aproximadamente um milheiro de espiões, os temíveis Comissários e Familiares do Santo officio, a hegemonia da Santa Madre Igreja. (2009, p.11).

2.2 Tipos e Princípios

Existem três sistemas processuais penais são eles: acusatorial, inquisitorial e misto. Cada um possui princípios de diferentes no tange a relação entres as partes envolvidas no litígio (acusador, defesa e juiz).

No sistema processual penal acusatorial, a ação tem início a partir da denúncia pública, sendo atualmente o Ministério Público, órgão com essa competência constitucional. O acusado, por meio da defesa técnica, pode ser o defensor público (caso seja assistido pela Defensoria Pública) ou privada (advogado) e ainda autodefesa. E por fim o magistrado, personagem imparcial no ação penal, responsável por prolatar a sentença em primeiro grau. A sentença deve ser fundamentada nas provas produzidas na instrução processual e publicada. Os princípios que regem o sistema processual penal acusatorial são: presunção de inocência, ampla defesa e o contraditório, igualdade das partes, publicidade dos atos praticados, juiz natural e duplo grau de jurisdição. Conforme Badaró:

O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e, que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação das funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. (2022, p. 111).

O sistema processual penal inquisitorial é caracterizado pela centralização do poder de acusar e julgar em uma única pessoa. Neste sistema o acusado é mero objeto do processo e responde a toda a ação preso. São características desse sistema: centralização das funções de

denunciar, investigar e julgar nas mão do juiz, que inclusive produz prova *ex officio*. As provas são consideradas como a verdade incontestável, sendo a confissão a “rainha das provas”, assim para extraí-la do acusado é permitido uso da tortura. E o magistrado prolata a sentença com base em sua íntima convicção. Para Tavaró e Alencar (2014, p. 46), “No sistema inquisitivo (inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido”.

O sistema processual penal misto, é caracterizado por possuir características dos sistemas processuais penais inquisitorial e acusatorial, constituído por duas fases: pré-processual e outra processual. A fase pré-processual é constitucionalmente atribuída a polícia judiciária, corresponde a etapa investigativa que tem por objetivo apurar a materialidade delitiva, a provável autoria e produção de provas indiciárias. A fase pré-processual, a rigor é inquisitiva, ou seja, os princípios que permeiam o sistema processual acusatorial não estão presentes. Já a segunda fase é processual, nela vão estão presentes todos os princípios que permeiam o sistema acusatorial.

A nomenclatura de sistema misto volve-se as duas fases distintas que possui, onde a primeira, é marcadamente inquisitorial, com desenvolvimento escrito e sigiloso, porém sem acusação e, por isso, sem contraditório. Esta fase objetiva o levantamento da materialidade do delito e suposta autoria do fato criminoso. Na segunda fase, marcadamente acusatória, a acusação apresenta a imputação, o réu se defende e o magistrado julgara a demanda, com publicidade e prevalência da publicidade. (Castro Júnior et al, 2013 p. 99).

2.3 Sistema Processual Penal Brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988, com seu caráter garantista dos direitos fundamentais presentes no art. 5, adotou como sistema processual penal o acusatorial. Porém, o Código de Processo Penal de 1941, recepcionado pela CF/88, é permeado de dispositivos inquisitoriais. Assim, podemos identificar no sistema processual penal brasileiro a existência de elementos dos dois sistemas processuais penais, acusatorial e inquisitorial, tornando-o um sistema misto. O Brasil adota o modelo bifásico no processo penal. composto de uma fase administrativa, que fica a cargo da polícia judiciária encarregada de produzir o inquérito policial, e a fase processual, onde as partes (acusador e acusado) por meio dos respectivos órgão, defendem com isonomia e forma dialética suas teses. Ao término dos debates, o magistrado, de forma imparcial, prolata a sentença fundamentando e tornando público quais elementos processuais fundamentou sua decisão (exceto as sentenças prolatadas pelo júri), que pode finda ou não lide, uma vez que o nosso o modelo processual é composto por dois

graus de jurisdição.

A existência da fase inquisitorial que antecede o processo penal (inquérito policial), e do CPP em dissonância com o texto constitucional de 88, faz com que juristas e doutrinadores defendem a criação de novo Código de Processo Penal, caminhem junto às mudanças trazidas pela CF/88. Conforme Pacelli:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado. (2016, p. 8).

3 O INQUÉRITO POLICIAL: CONTEXTO HISTÓRICO, FORMA, PROTAGONISMO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E AS CONTRADIÇÕES À LUZ DO DIREITO PENAL

3.1 Breve Contexto Histórico

Existe, entre os estudiosos do direito, o consenso de que o inquérito como conhecemos atualmente tem sua origem ligada à atuação do Tribunal do Santo Ofício, órgão da Igreja Católica responsável por investigar condutas consideradas heréticas, que se opunham à fé católica, sendo essas condutas consideradas mais gravosas que qualquer ilícito penal.

Segundo Silva, “mencionado instituto encontra sua origem na Idade Média, por volta de 1200, onde, utilizava-se da autoridade papal para punir os suspeitos de heresias, que são atos cometidos contra a doutrina da Igreja Católica Romana” (Silva, 2000, p.21). Tendo isso em vista, o inquisidor, pessoa autorizada pelo papa para investigar e punir aquele(a) ao qual recai a acusação de heresia, exercia dupla função: delegado e juiz.

Todavia, alguns doutrinadores afirmam que, no período clássico, os gregos já realizavam procedimentos investigativos seguindo uma sequência formalmente estabelecida. Michel Foucault, analisando a história de Édipo-Rei, identifica uma série de elementos jurídicos que nos remete ao instituto do inquérito:

Primeiramente, a denúncia, realizada por um não cidadão, de um assassinato cometido sobre o território da cidade, atendendo, assim, a uma ação de delito privado. revela uma sequência lógica ações o momento de surgimento da prática jurídica do inquérito (enquête). Depois, a revelação de que o crime é um regicídio e, por isso, refere-se igualmente a uma ação legal pública. Em terceiro lugar, no intuito de purificar a cidade, a exigência, por parte do deus, de punição para o culpado ainda desconhecido, o que recorda a relação intrínseca que se mantém, no mundo grego, entre as leis e a religião. Em seguida, a denúncia é aceita pela assembleia, que determina então a constituição de uma comissão de investigação, papel que Édipo assume integralmente. E, por fim, como sinal do início da busca pelo culpado, Édipo se utiliza das medidas preliminares empregadas na época. Elas impõem que um familiar, por meio de um arauto, anuncie, em praça pública, as circunstâncias da morte e solicite as informações necessárias. (Incerti, 2015, p. 549).

Deste modo, o modelo inquisitorial foi disseminado em toda a Europa e nas colônias da América, onde havia a presença da Igreja Católica. Porém, com a formação do estado moderno, ocorre a cisão entre o poder político do Estado e o poder secular da Igreja, resultando na separação das naturezas dos crimes. Assim sendo, os crimes comuns passaram a ser tutelados pelo Estado, enquanto os de natureza eclesiástica continuaram sob a tutela da Igreja. O inquérito policial, no entanto, manteve características do modelo investigativo adotado pelo Tribunal do Santo Ofício.

A trajetória de implantação do inquérito policial no Brasil, tem início com *O Código de Processo Criminal* de 1832, posterior à Lei 261/1841 no Art. 4 § 9º, enumera uma série de procedimentos sequenciais a serem seguidos pelos chefes de polícia e o pelos delegados:

Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côrte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete: [...] Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circunstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa. (Lei 261/1841 no Art. 4 § 9º).

Entretanto, a denominação de inquérito policial para essa sequência de ações, só aparece na legislação pátria a partir no Decreto nº 4.824/1871, que regulamentou a Lei 2.033/1871 do artigos 38 ao 44, mais precisamente o artigo 42, que conceitua o inquérito policial. Atualmente, o inquérito policial é regulamentado pelo Código de Processo Penal em vigor, Decreto-Lei nº 3.689/1941, recepcionado na Constituição Federal de 1988 como lei.

3.2 Gênese do Inquérito Policial

O Decreto-Lei nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, artigo 42, conceitua o inquérito policial da seguinte forma: “O inquerito policial consiste em todas as diligencias necessarias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto” (Brasil, 1871, p. 653).

Nos dias de hoje, podemos encontrar entres os penalistas diversos conceitos de inquérito policial, dotando de clareza e objetividade esse instituto, o núcleo duro da lei, no entanto, permanece. Vejamos:

De acordo com Badaró, “o inquérito policial é uma atividade realizada pela Polícia Judiciária, visando a investigação de um delito de sua autoria.” (2022, p. 137.).

Para Aury Lopes Jr, o “Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir.” (2008, p. 241)

Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, de forma concisa, afirma que “inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como denomina o CPP), visando elucidar as infrações penais e sua autoria” (2012, p. 111).

Já Edilson Mougenot Bonfim conceitua o Inquérito Policial pela doutrina e jurisprudência atual como

[...] o procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas pela polícia, no exercício da sua função judiciária, com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores. (Bonfim, 2011, p. 136).

Observando os diversos pontos, podemos avançar no sentido de compreender como o inquérito policial tem início. A existência de uma notícia crime é o impulso inicial para o desencadeamento da investigação policial: “O objeto da investigação preliminar é o fato constante na notícia criminis, isto é, *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase” (Lopes Jr, 2018, p. 124).

O artigo 5º, o Código de Processo Penal reconhece que o inquérito policial tem sua gênese a partir da *notitia criminis* ou de ofício pelo órgão encarregado pela segurança pública.

O inquérito policial pode partir de ação pública incondicionada, condicionada ou de ação privada. Nas ações públicas incondicionadas, o delegado instaura inquérito com base na notícia crime, mediante requerimento do Ministério Público (o qual é o titular da ação penal) e, ainda, do Poder Judiciário. Assim, uma vez tendo ciência da ocorrência da prática de ilícito penal, o delegado, por meio de portaria (procedimento administrativo), inicia as diligências policiais a fim de identificar indícios da materialidade e autoria.

O impulso inicial do procedimento investigativo também pode ser feito por requerimento do MP ou do juízo competente. Conforme o artigo 5º do CPP, “o inquérito dá-se por iniciado de duas maneiras, por ofício ou mediante requisição de autoridade judiciária, ou Ministério Público, ou ainda, a requerimento do ofendido ou quem possuir qualidade para representá-lo” (Brasil, 1941).

No caso da ação pública condicionada, é necessário que a vítima ou seu representante legal faça uma representação à autoridade policial ou ao MP, quebrando a inércia dos órgãos investigativos. Salientamos que, após a instalação do procedimento investigativo, a continuidade do inquérito segue independente da ‘vontade’ da vítima, isto é, mesmo que a vítima manifeste o interesse de retirar a ‘queixa’, o inquérito segue seu rito, uma vez que o titular da ação penal é o MP.

Sendo a ação penal de iniciativa privada, o início se dará a partir de requerimento de quem tenha discricionariedade para fazê-la, como dispõe o artigo 5º, parágrafo 5º do CPP: “Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.” (Brasil, 1941).

Após instaurado, o inquérito policial tem seu desenrolar a partir da ação discricionária do delegado, que decide quais atos serão praticados na busca por elementos de provas materiais ou testemunhais que fundamentem o pedido de denúncia que será apresentado ao juízo competente pelo órgão ministerial.

Em suma, enquanto peça informativa fundante da denúncia criminal, o inquérito

policial deve conter a tipificação do ilícito penal, indícios de materialidade e de autoria, além das provas colhidas na investigação (provas indiciárias). O fato de não haver certeza na autoria não constitui óbice ao MP para o oferecimento da denúncia ao juízo competente. Assim, ao concluir o inquérito policial, o delegado confecciona o relatório informando todo trâmite investigativo e os indícios de materialidade e autoria ao MP. O órgão ministerial, ao receber o relatório, pode apresentar a denúncia ao Poder Judiciário ou fazer retornar à delegacia para serem realizadas outras diligências a fim de preencher lacunas que possam, no futuro, prejudicar o processo penal.

3.3 Inquérito Policial como Procedimento Administrativo

Como dito anteriormente, o inquérito policial orbita na fase pré-processual penal, não havendo jurisdicionalidade nos atos praticados pelos órgãos investigativos (Polícia Judiciária, Ministério Público ou Comissões Parlamentares de Inquérito) e, sendo assim, os atos praticados na fase inquisitorial advém da Administração Pública do Estado, não do Poder Judiciário, conseqüentemente, estão subordinados ao do Direito Administrativo: “É administrativo em contraposição ao processo que é judicial. Em que pese ser descrito e delineado no Código de Processo Penal, o inquérito não conta com uma sequência de atos procedimentais qual o processo” (Silva, 2012, p.14).

Inicialmente, parece haver uma clara contradição nessa proposição, uma vez que o instituto do inquérito policial está previsto entre os artigos 4º e 23º do CPP, ou seja, na esfera judiciária. A contradição se dissipa ao observarmos como o legislador agiu a fim de evitar que o Judiciário concentrasse em si o poder de investigar e condenar a pessoa a qual recaísse acusação de cometimento de ilícito penal.

Vamos encontrar na doutrina vários conceitos para atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello define o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, expedida ao nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (Mello, 1981, p. 12-32).

No mesmo sentido, Cretella Jr. conceitua o ato administrativo é definido como

a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa (Jr Cretella, 1977, p. 19).

Nos dois conceitos apresentados podemos perceber que atos administrativos que permeiam o inquérito policial são praticados por agentes estatais, cujas ações estão legitimadas pela autoridade jurisdicional, isto é, são praticados com respaldo da lei, o que, por sua vez, agrega a esses atos a presunção de veracidade e de fé pública.

[...] a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo. (Cassagne, 2002, p. 327 apud Oliveira, 2004, p.14).

A prevalência do interesse público em detrimento do privado dotam atos administrativos de legitimidade e veracidade, portanto, os procedimentos realizados pelo servidor público, no exercício regular da atividade estatal, presume-se legítimos e verdadeiros.

3.4 Análise do Inquérito Policial a Partir da Presunção de Inocência, da Ampla Defesa e do Contraditório

A presunção de inocência está prevista na CF/88, em seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988, p. 16). Assim, o estado de inocência deve permear toda ação penal, desde fase embrionária (inquisitiva), processual até o prolação de sentença condenatória, tendo vencido todas as instâncias recursais.

De acordo com o que nos ensina Guilherme de Souza Nucci (2011, p.70), “O estado de inocência é uma garantia constitucional voltada para a barrar atitudes hostis, abusivas e persecutórias levianas dos órgãos estatais, não querendo significar deva o réu abster-se de agir em seu próprio benefício, durante a instrução criminal”. Com efeito, é o estado de inocência que garante a liberdade da pessoa investigada, visto que as medidas cautelares que impliquem em privação da liberdade devem ser apreciadas pela autoridade jurisdicional. Mesmo estado flagrância não é causa suficiente em si para decretação de prisão, uma vez que a Lei nº 13.964/19, artigo 3-B parágrafo 1º:

O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído (Brasil. 2019).

Sendo um procedimento administrativo, não se fala em ampla defesa e contraditório na fase inquisitorial, porque não existe denúncia, logo, não há acusação formal contra a pessoa, uma vez que o inquérito policial é uma peça informativa, cujo objetivo final é dotar de fundamentação a denúncia prolatada pelo MP junto ao juízo competente, denúncia essa que, se aceita pela jurisdição, dará início ao processo penal.

A partir da instalação do processo penal, a pessoa, agora acusada, goza do direito constitucional dos institutos da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, inciso LV, CF/88: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988). Porém, alguns penalistas, a exemplo de Aury Lopes Jr e Rogério Lauria Tucci, defendem que é possível reconhecer o direito à ampla defesa e ao contraditório desde a fase inquisitorial da persecução penal, sendo a negação da existência desses institutos na fase pré-processual advinda de uma interpretação restritiva de direito do artigo 5º inciso LV, conforme Aury Lopes Jr:

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente *protetora*, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculos para a sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Processo Comum”, do “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tão pouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados e indiciados, seja impedimento para sua aplicação na investigação (Lopes Jr, 2018, p.173).

Destarte, uma interpretação mais ampla do artigo supracitado, permite-nos inferir que a ampla defesa e o contraditório nascem a partir do momento que a autoridade policial colhe a declaração (investigado) ou o interrogatório (indiciado). A pessoa investigada ou indiciada tem direito a autodefesa e pode trazer para o inquérito provas que corroborem com sua versão do fato ou alibi (o ingresso dessas “provas” ao inquérito depende da anuência da autoridade policial): “Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, de autodefesa, da defesa efetiva e finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado” (Oliveira, 2009, p.4 1).

A Lei nº 13.245/2016, que alterou o artigo 7º da Lei nº 8.906/94, ampliou a participação do advogado no inquérito policial, inclusive tendo acesso a atos investigativos já praticados pelo delegado. As diligências em andamento e futuras diligências na fase inquisitorial permanecem sob sigilo. A própria CF/88, artigo 133º, que dispõe sobre a atuação do

advogado, traz em sua redação que o “advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (Brasil, 1988).

A ampla defesa e o contraditório, ainda que de alcance limitado na fase pré-processual, oportuniza garantias fundamentais à pessoa que carrega sobre si a suspeita da prática de ilícito penal e, por conseguinte, tem sua vida familiar, profissional e social conturbada pelo fato de figurar como suspeito de uma ato criminoso. Também deve ser de interesse do delegado e do MP que todo o processo investigado flua com transparência a fim de evitar possíveis arguições de nulidades na etapa processual em decorrência de falhas na fase inquisitorial.

Diante do que foi exposto, podemos concluir que os policiais no exercício de preservação da ordem pública, atuando de maneira investigativa ou ostensiva, praticam atos administrativos. Em consequência disso, à luz do Direito Administrativo, as atividades praticadas por eles são atreladas à presunção de legitimidade, assim como a presunção de veracidade aos fatos por eles narrados. Presume-se, então, a veracidade dos fatos.

Isto posto, os atos praticados pelos policiais militares são dotados de fé pública, uma vez que são autoridades administrativas que, no exercício da função, praticam o poder de polícia que advém do Estado.

Ocorre, entretanto, que, na condição de testemunha do processo penal, essa questão se torna controversa, uma vez que característica essencial dessa figura é a valoração realizada pelo juízo, situação que resta prejudicada frente à supremacia do interesse público sobre o particular.

Compreende-se, a partir do exposto ao longo desse título, que polícia é um conceito que remonta à antiguidade clássica greco-romana. Apesar disso, o significado do termo foi sendo alterado ao longo da história, bem como a forma com que a sociedade o utiliza. A Constituição Cidadã de 1988 determinou, ao seu passo, que a segurança pública do Brasil é responsabilidade da polícia, que deve trabalhar em busca da manutenção da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a partir dos seus órgãos policiais.

Os órgãos policiais, por sua vez, no exercício de suas funções, exercem o poder de polícia, cada um com sua competência. À polícia militar, especificamente, cabe a preservação da ordem pública, através do policiamento ostensivo, já a polícia judiciária tem o condão de atuar preventivamente, na medida em que forem anteriores à criminalidade, o que não

significa, contudo, que esse órgão não pode atuar repressivamente, considerando-se que é capaz de praticar atos como a prisão em flagrante e a condução dos flagranteados ao órgão cuja competência primordial é a polícia repressiva.

Por fim, as autoridades policiais que realizam os supracitados atos administrativos são cobertas de prerrogativas atribuídas ao exercício de suas funções, às quais em muito impactam no processo penal, pois o Direito Administrativo entende que esses atos são dotados de presunção de legitimidade e de veracidade, questão controversa na matéria do Direito Processual Penal.

4 PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL TRANSLADADA PARA O PROCESSO NOS CRIMES SUBMETIDOS AO TRIBUNAL DO JÚRI

4.1 Prova lato sensu

O processo penal acusatorial é construído a partir do confronto de narrativas adversas em que de um lado está o Estado acusador, materializado nos órgãos investigativos (polícia judiciária, Ministério Público e Comissão Parlamentar de Inquérito), e, do outro, o investigado/acusado que, para dispor de igualdade de ferramentas, tem o direito constitucional à defesa (autodefesa e defesa técnica). Fulgurando entre esses dois extremos, temos as provas, que são instrumentos capazes de pôr fim a esse estado de contradição e, conseqüentemente, debelar a lide, fazendo prevalecer umas das teses que fundamentará a decisão jurisdicional (exceto a decisão proferida pelo Conselho de Sentença do Júri Popular).

O rito processual penal é uma sequência de atos concatenados que tem a finalidade de reconstruir com a maior fidedignidade possível como se deu um fato pretérito, porque a ação criminosa não é contemporânea do processo penal: “O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico” (Lopes Jr, 2018, p. 341). Nesse contexto, as provas se constituem como meio necessário para alcançar a verdade processual, sendo a verdade real intangível devido à incidência da variável tempo. Essa verdade processual é suficiente em si para fundamentar a convicção do julgador. Nesse sentido, ao conceituar prova, Luiz Francisco Torquato Avolio diz: “é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, da sua relevância no campo do direito processual” (Avolio, 2010, p. 30).

Lopes Jr (2018, p. 343) diz que “Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual produzirá o convencimento externado na sentença”. A prova tem o escopo de reconstruir, com maior grau de veracidade possível, um fato criminoso que antecedeu o processo, ou seja, ela estabelece um elo entre o momento da ocorrência do fato criminoso e o momento da sentença fundamentada na convicção do juízo.

Atribui-se, assim, à prova uma dupla finalidade: a primeira, é convencer o juiz sobre a ocorrência de um fato criminoso e, a segunda, buscar a verdade processual, que pode ou não corresponder à realidade, é com base nela, contudo, que o magistrado deve proferir sua

decisão, tendo por objeto os fatos que as partes pretendem demonstrar.

Os elementos utilizados para reconstruir o fato delitivo são diversos. O CPP traz o rol taxativo das provas que compreende, tendo início no artigo 158 e indo até o 250. Essas provas podem ser agrupadas em três grupos: provas periciais, documentais e testemunhais.

A prova pericial é aquela baseada em vestígios, frequentemente encontrados na cena do crime. Esse material probatório deve ser necessariamente analisado por um perito com expertise na análise de cada tipo de vestígio (físico, químico e biológico). Conforme o artigo 160 do CPP: “Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados” (Brasil, 1941).

A prova documental é constituída por documentos inscritos à exigência formal do CPP, colhidos durante o inquérito policial e durante a instrução judicial, vinculados à investigação e processo. São provas documentais: ofícios dos órgãos públicos, certidões (fé pública), laudos periciais, fotografias etc. O artigo 232, parágrafo único do CPP, diz que “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original” (Brasil, 1941).

A prova testemunhal, por fim, corresponde aos relatos produzidos a partir da narrativa de pessoas que presenciaram o fato delituoso (testemunha ocular), ou dele ouviram dizer em relação à autoria e às motivações (testemunha indireta). A prova testemunhal deve ser oral, exceto no caso de algumas autoridades que possuem prerrogativas de função e podem prestar depoimento por escrito. O CPP, no artigo 202, prevê que “Toda pessoa poderá ser testemunha”, já o artigo 204 versa sobre a forma: “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”, ao passo que o artigo do 203 da norma supracitada adverte sobre o compromisso com a veracidade dos fatos narrados:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. (Brasil, 1941).

Além disso, O Código Penal no artigo artigo 342 e parágrafos 1 e 2 (nova redação dada pela Lei nº 10.268/2001):

Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em

processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Brasil, 1941).

A prova testemunhal merece mais detalhada apreciação, pois nos crimes contra a vida, nas formas tentada e consumada, esse tipo de prova se constitui como o principal meio probatório.

4.2 Prova Testemunhal

A prova testemunhal nos processos penais constitui grande valia, sendo, em muitos processos, o único meio de provar a autoria de conduta ilícita, típica e culpável. Como Badaró (2022, p. 584) ilustra: “No processo penal, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, embora se trate de prova suspeita a influência e sentimentos que podem afastá-la do caminho da verdade”.

Ao tomar ciência da ocorrência de um crime, a autoridade policial se desloca em diligências ao local do fato com o intuito de colher vestígios e arrolar testemunha/vítima, dando início ao processo investigativo. Corriqueiramente, acontece que, ao chegar no local do crime (cena do crime), a polícia investigativa já encontra o local violado, tornando a análise feita pela polícia científica menos conclusiva em relação à autoria. Desta forma, o relato das pessoas que presenciaram ou ouviram dizem algo em relação à autoria do delito, ganha destaque no processo investigativo, torna-se o principal ou, por vezes, o único meio de provar a autoria de um crime e, conseqüentemente, a prolação de sentenças condenatórias e absolutórias (Lopes Jr, 2020, p. 745).

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil, 1941).

Nos processos penais submetidos a júri popular, a prova testemunhal constitui, na maioria das vezes, a única prova que alicerça uma decisão condenatória ou absolutória. Isso ocorre, porque ao contrário da decisão proferida por um juiz togado que, por força da lei, é obrigado a fundamentar e publicar sua decisão (convencimento motivado), os jurados decidem conforme suas íntimas convicções, não necessitando de fundamentação. A amplitude dessa íntima convicção permite o uso elementos subjetivos externos aos autos (Lopes Jr, 2016.p 206).

Objeto de muito debate entre os penalistas, a prova testemunhal, como único meio probatório, tem sido alvo de profundas críticas devido a sua fragilidade e falibilidade.

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas (Lopes Jr, 2018, p. 458).

O depoimento de uma testemunha é, antes de tudo, um exercício cognitivo. Deve-se a alguns fatores que orbitam a produção desse tipo de prova, tais como: lapso temporal, memória e condução de oitiva de testemunha. No que diz respeito ao lapso temporal, é de bom senso que o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as oitivas de testemunha/vítima não seja prolongado, porque no transcorrer do tempo algumas informações acerca do ocorrido podem ser esquecidas ou ficarem difusas, devido ao dinamismo de nossa atividade cerebral. Segundo Badaró (2022, p.585), “o grande problema do depoimento das testemunhas decorre do fato de tratar de uma prova dependente da memória humana”.

Quanto à memória, compõe-se de três momentos distintos: usos dos sentidos captando as informações externas (codificação), uso de estratégias em nível cerebral para guardar os códigos (armazenamento) e criação de caminhos em nível mental para recuperar as informações contidas nos códigos (recuperação) (Prado; Caldas, 2020, p. 85-127).

O procedimento utilizado para colher a prova da testemunha/vítima pode ensejar nulidade. O CPP, no artigo 226, incisos I a IV, traz uma sequência de procedimentos que devem ser utilizados durante o reconhecimento de pessoas e coisas na fase processual, isto é, sua observância não é obrigatória na fase investigativa. Conforme explica Dos Santos (2021), a partir de França (2015):

RAFAEL FRANÇA salienta que a medida cautelar de reconhecimento pessoal durante a fase de investigação policial também se difere em diversos aspectos do reconhecimento feito já na fase processual. Descreve que os principais problemas, são a exposição em definição de direito de não produção de prova contra si mesmos e a possibilidade de ser reconhecido por fotografia, o que delimita o trabalho policial e torna a execução das medidas ainda mais carentes de formalidades e preparo dos agentes responsáveis pela organização e execução das mesmas como abordado anteriormente, o despreparo dos profissionais. (Dos Santos, 2021, p. 11).

A falta de regramento, portanto, no processo de inquirição da testemunha em sede policial pode prejudicar a qualidade das informações prestadas devido a contaminações que

podem ocorrer nesse processo de retrospectiva, que por si só já demanda da pessoa uma série de movimentos psíquicos. Podemos citar como exemplo a falsa memória. De acordo com Aury Lopes Jr,

As falsas memórias basicamente é quando pessoas se lembram de coisas que não aconteceram, ou quando a lembrança contém detalhes que não correspondem à realidade, e por isso, que se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando pois, a sugestão é externa, ou interna mas inconsciente, chegando a sofrer com isso. (2019, p. 479).

O depoimento ou interrogatório da testemunha/vítima deve ser pautado na objetividade, isso implica dizer que a narrativa oral como prova investigativa ou jurisdicional deve ser, via de regra, desprovida de juízo, assegurando a imparcialidade. Renato Brasileiro ensina que “como a testemunha depõe sobre fatos, deve se abster de emitir qualquer juízo de valor, salvo quando sua opinião for inerente à própria narrativa do fato delituoso” (Brasileiro, 2020, p. 764), como adverte o artigo 213 do CPP: “O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (Brasil, 1941).

Deste modo, estaremos de volta ao processo de formação da memória que segundo Cecconello e Stein (2020, p.175) que envolve as etapas de: codificação, armazenamento e recuperação, cuja finalidade é trazer à tona, apenas as percepções sensoriais que o sujeito teve sobre aquele fato que está sendo relatado. Sendo o depoimento testemunhal um movimento de retorno ao passado, a narrativa produzida deve estar intrinsecamente ligada ao fato descrito na ação penal, mesmo que seja de seu conhecimento que o réu tenha sido acusado de praticar outros crimes.

Assim como as demais provas, a testemunha só terá valor probatório quando submetida a apreciação jurisdicional, ou seja, sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e da apreciação do juízo competente (exceto prova irrepetível). O artigo 212 do CPP “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”, parágrafo único, “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” (Brasil, 1941). Observamos no processo penal, a predominância do modelo penal acusatório, onde o juiz não é mais o protagonista no processo de produção das provas, passando a exercer um papel supletivo: “O juiz preside o ato, controlando a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais do caso

penal” (Lopes Jr, 2018, p.459).

Existem várias formas de classificar as testemunhas. Para Lopes Jr (2018, p. 467), as testemunhas podem ser classificadas em três tipos: testemunha presencial, testemunha indireta e informantes.

Nucci (2017, p. 421/422), defende a não existência de classificação de testemunhas, uma vez que o papel de todas elas no processo penal é trazer informações sobre a materialidade e autoria, mas ressalta que é papel do juízo apreciar o quanto é válida a prova produzida.

Gustavo Badaró (2022, p. 576) diz que “As testemunhas podem ser (1) numerárias, (2) extranumerárias e (3) informantes. Os primeiros grupos prestam compromisso de dizer a verdade, já o terceiro não.

Malatesta (1927, p. 339), classifica as testemunhas em: *adventícias in Jacto* (anteriores ao fato), *adventícias in facto* (presenciaram o fato) e *adventícias post factum* (peritos).

Utilizando a classificação de Lopes Jr, temos: testemunha presencial é aquela que presenciou o fato criminoso, sendo seu depoimento considerado de extrema importância, porque pode fornecer aos órgãos investigadores informações minuciosas sobre o fato delituoso. Porém, nem sempre essa testemunha se apresenta à autoridade policial, por medo de represálias do agente que cometeu o ilícito penal, imperando a lei do silêncio. Testemunha indireta é aquela que, apesar de não ter presenciado o crime, ouviu dizer por terceiro quem seria o autor e a motivação da conduta criminoso, e presta compromisso de dizer a verdade. O CPP recepciona esse tipo de testemunha, mas sua aceitação como prova válida deve ser corroborada com outros meios provas. As vozes não são uníssonas em relação ao uso da prova de ouvir dizer (*hearsay testimony*). Existem alguns entendimentos doutrinários divergentes em relação ao uso desse meio de prova.

Para Lopes Jr, “No nosso sistema, esse tipo de depoimento não é proibido, mas deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade”. Afirmo o autor que, como o informante inicial não foi trazido ao processo para ser inquirido na presença das partes e do juízo, não há como dotar essa prova de credibilidade.

Na mesma linha, Gustavo Badaró (2022, p. 577) entende que a prova indireta é meramente acessória, pois não sendo submetida ao contraditório, não deve ser valorada pelo julgador.

Helena Fragoso (1982), por sua vez, entende que a prova do ouvir dizer não deve ser descartada, cabendo ao juízo atribuir o valor probatório levando em consideração as características de sua produção.

Já Guilherme Nucci (2017, p. 422), defende que a prova de ouvir dizer é válida, mas é imperioso que o juízo deva buscar a origem.

Malatesta, adverte que

Apresenta-se em juízo fazendo uma afirmação uma pessoa ou uma coisa. É necessário começar por avaliar a credibilidade deste sujeito pessoal ou real de prova; e a credibilidade consiste na relação entre o sujeito que afirma e a afirmação: relação de verdade ou de falsidade entre a pessoa que afirma e a sua asserção; relação de verdade ou de falsidade entre a coisa que atesta e as suas atestações possíveis. (1927, p. 152)

No âmbito jurisprudencial observamos que os Tribunais têm recursos das decisões condenatórias, apenas com base no ouvir dizer:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHOS PRESENCIAIS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. HEARSAY TESTIMONY. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS JUDICIAIS VÁLIDAS. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. PRODUÇÃO DAS PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO.

1. Na hipótese, verifica-se que não foram ouvidas testemunhas presenciais, na medida em que o próprio Ministério Público, as dispensaram, dos fatos em juízo e as testemunhas inquiridas judicialmente, policiais que atenderam a ocorrência, por sua vez, narraram apenas fatos que ouviram dizer acerca do crime narrados pela vítima e pela mãe da vítima que estava no local do delito, não havendo outras provas válidas a corroborar tais testemunhos. 2. Assim sendo, os testemunhos indiretos não autorizam a pronúncia, porque são meros depoimentos de “ouvir dizer” - ou hearsay, na expressão de língua inglesa -, que não tem a força necessária para submeter um indivíduo ao julgamento popular. 3. Portanto, tem-se que todos os depoimentos colhidos em juízo aconteceram apenas de “ouvir dizer”. Nenhum deles, como visto, é aceito pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça como fundamento válido para a pronúncia, de modo que o acórdão impugnado efetivamente afrontou o disposto no art. 155 do CPP. 4. Ora, se os policiais não presenciaram os fatos, não podem ser considerados testemunhas oculares, aferindo-se, dessarte, que os seus depoimentos somente poderiam ser prestados de forma indireta. Assim, “o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de “ouvir dizer” ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime [mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP)] e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua

utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP." (AREsp XXXXX/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021). 5. Ainda que o Ministério Público tivesse envidado esforços para localizar possíveis testemunhas do ocorrido, registra-se que é ônus da acusação, e não do acusado, a produção das provas que expliquem a dinâmica dos fatos. Mutatis Mutandis, “se o Parquet não conseguir produzi-las, por mais diligente que tenha sido e mesmo que a insuficiência probatória decorra de fatos fora de seu controle, o acusado deverá ser absolvido.” (AREsp XXXXX/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021). 6. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: XXXXX SP XXXXX/XXXXX-0, Data de Julgamento: 19/04/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2022).

O informante não pode ser considerado como testemunha, uma vez que não presta compromisso de dizer a verdade, “É a pessoa que informa ou fornece um parecer acerca de algo, sem qualquer vínculo com a imparcialidade e com a obrigação de dizer a verdade” (NUCCI, 2017, p. 422).

Vencida essa primeira etapa, vamos nos ater a quem pode figurar como testemunha no processo penal. Segundo artigo 202, do CPP, “Toda pessoa poderá ser testemunha”. Segundo Badaró (2022, p.573). O CPP, não faz nenhuma distinção em relação sexo, raça, orientação sexual, credo, classe social da pessoa arrolada como testemunha, porém, deverá firmar compromisso com a verdade:

A verdadeira medida de sua credibilidade é tão-somente o interesse de dizer ou não a verdade, razão por que é frívolo o argumento da fraqueza das mulheres, pueril a aplicação dos efeitos da morte civil nos condenados, e incoerente a nota de infâmia nos infames, quando as testemunhas não interesse algum de mentir. (BECCARIA, 2009, p. 57).

O CPP, artigo 206, traz algumas situações em que a testemunha não é obrigada a depor, porque possuem grau de parentesco com o acusado “São indivíduos vinculados intimamente ao réu, dos quais não se pode exigir o esforço sobre-humano de ferirem a quem ama” (NUCCI, 2017, p. 430). Contudo, o próprio artigo prevê que se o juízo depreender que o depoimento é necessário para completude da prova do fato, o depoimento passará a ser obrigatório.

A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (BRASIL, 1941).

O artigo 207, do CPP elenca uma série de pessoas que não podem ser arroladas como testemunhas devido ao sigilo profissional: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. Aury Lopes Jr (2018, p. 466) diz que a partir do momento que essa testemunha é desobrigada pela parte interessada, esses profissionais passam a ser obrigados a depor. Badaró (2022, p. 578) entende que, mesmo desobrigado do segredo profissional, é facultativo o depoimento desses profissionais, ilustrando como exemplo os advogados que, mesmo desobrigados pelo cliente, têm sua proibição estabelecida no Código de Ética Profissional e Disciplinar da OAB. Os policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante ou presenciaram a ocorrência de fato criminoso, podem testemunhar, seus depoimentos, todavia, devem ser vistos com ressalvas pelo magistrado, uma vez que esses profissionais estão envolvidos no processo de repressão aos delitos (Lopes Jr, 2018, p. 462).

O artigo 202, do CPP, ao afirmar que “Toda pessoa poderá ser testemunha” inclui nesse rol crianças menores de catorze anos, pessoas acometidas de enfermidade mental e aquelas que possuem grau de parentesco com acusado, mas, segundo Lopes Jr (2018, p. 466), os depoimentos prestados por essas pessoas têm apenas caráter informativo, não constituem, em si, meio de prova.

O artigo 203 do CPP estabelece solenemente que a testemunha assume, ao depor, o compromisso de dizer a verdade:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. (Brasil, 1941).

O artigo 206, ao declarar que “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”, automaticamente atribui o dever de dizer a verdade. O artigo 342 do Código Penal, impõe a sanção legal à testemunha que prestar falso testemunho:

Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Brasil, 1940).

O caráter autoritário do artigo 206 nos remete ao processo inquisitorial, essa contradição pode ser explicada pelo momento histórico que o país vivenciava (Estado Novo), ditadura de Getúlio Vargas, momento em que foi criado o CPP/41. Lopes Jr (2018, p. 463), defende que a regra do 206 é boa, mas, peca na parte final quando torna indisponível o direito da testemunha de não prestar depoimento. Essa obrigatoriedade pode ter como consequência o crime de falso testemunho.

O artigo 211, diz que “Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito”. Percebe-se que o reconhecimento do crime perjúrio é denunciado pelo magistrado no momento da prolação da sentença, nesse caso a cópia do depoimento é enviado para autoridade policial para ser instaurado inquérito policial. Se identificado falso testemunho durante a instrução no plenário do júri, o juiz pode apresentar a testemunha à autoridade policial (Capez, 2016, p. 450-451).

Outra característica necessária para dotar a prova testemunhal de maior credibilidade é a imparcialidade. Para Nucci (2020, p.791), deve-se “considerar como testemunha, genericamente, a pessoa que dá o seu depoimento imparcial sobre um fato”. É o caso, por exemplo, do informante, classificado como “testemunha imprópria” por Nucci (2018, p. 423). Artigo 214, do Código de Processo Penal:

Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

4.3 Repetição do Depoimento/Interrogatório Policial na Fase Processual

A fase pré-processual da ação penal ocorre sobre a discricionariedade do delegado de polícia, o mesmo artigo 129, VII, da Carta Magna que estabelece ser função institucional do MP “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior” (Brasil, 1988), no cotidiano das delegacias prevalece o poder da polícia. Assim, a fase investigativa tem forte caráter inquisitorial, até porque o contraditório e a ampla defesa não estão formalmente estabelecidos nessa etapa, mesmo observando avanços no CPP em relação a essa questão.

Podemos citar, por exemplo, a possibilidade do investigado ser acompanhado por um

advogado durante interrogatório policial (art. 7º EOAB, alterado pela Lei nº 13.245/16) e, também, a possibilidade de indicar provas que corroborem com a sua autodefesa, sendo facultado ao delegado a aceitação dessas provas. O ideal, no entanto, é que ele autorize o ingresso dessas provas ao inquérito policial, a fim de evitar possíveis alegações de nulidade na fase processual. Nucci (2017, p. 103) aponta para o fato do inquérito ser “[...] um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário”.

O CPP, nos artigos 185, 186 e 188, estabelece um procedimento formal para a realização do depoimento/interrogatório. Para Aury Lopes Jr (2018, p. 142),

O dispositivo exige ainda que o ato seja praticado com observância das disposições legais que disciplinam o interrogatório judicial e que o termo seja firmado por duas testemunhas de leitura.

Apesar do CPP equiparar os critérios a serem seguidos pelo delegado aos mesmos utilizados pelo magistrado em interrogatório judicial, no cotidiano das delegacias é corriqueira a inobservância da forma exigida pelo CPP, na verdade, o que se observa, como exigência legal, é que o testemunho/interrogatório seja prestado de forma oral (exceto nas situações prevista no CPP) e reduzido a termo, e que as testemunhas prestem o compromisso de dizer a verdade, sua inobservância pode ensejar o crime de falso testemunho previsto no Código Penal. Já o investigado, não tem a obrigação de falar, a lei assegura o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF/88), não podendo o silêncio ser interpretado como aceitação da autoria criminosa. A lei também prevê que ninguém será obrigado a produzir provas contra si. Lopes Jr, observa que “As agressões à forma e às garantias do sujeito passivo ainda hoje acontecem porque existe o discutível e perigoso entendimento de que eventuais “irregularidades” do inquérito não alcançam o processo”. (Lopes S Jr, 2018, p. 142).

Sendo a prova testemunhal um exercício mental de retrospectção, algumas variáveis podem interferir na credibilidade desse meio de prova produzida em sede policial. Primeiro a obrigatoriedade de comparecer à delegacia de polícia, quando a testemunha/investigado são arrolados no inquérito policial, passam a ser obrigados por força da lei a comparecer e prestar depoimento, inclusive podendo o delegado fazer uso de meios coercitivos para trazê-lo à sede policial. Segundo, como depoimento/interrogatório é conduzido pela autoridade policial interfere diretamente no processo de reconstrução cognitiva da testemunha, normalmente a autoridade policial faz uma série de perguntas, intercaladas por pausas, para que o escrivão transcreva o que foi dito, fragmentando ainda mais o processo de recuperação da memória,

lembrando que os depoimentos/interrogatórios são narrativas de fatos passados.

Nossas leis prescrevem, no processo, os interrogatórios denominados sugestivos, isto é aqueles que, segundo os doutos, indagam sobre a espécie, e não como deveriam, sobre o gênero, nas circunstância de um delito, a saber, os interrogatórios que, tendo imediata conexão com o delito, sugerem ao réu imediata resposta (BECCARIA, 2009, p. 130).

Terceiro é o lapso temporal entre a ocorrência do fato criminoso e o depoimento/interrogatório, ocasionando esquecimentos, uma vez que nossa memória é seletiva, assim elementos importantes que podem contribuir para elucidação do crime são esquecidos ou preenchido com informações estranhas ao fato objeto da investigação policial.

Outra questão que pode ser levantada em relação à credibilidade do interrogatório produzido na esfera policial, é a inobservância do princípio constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5 inciso LV da CF/88. Na prática, o que podemos observar no interrogatório policial é inversão desse princípio, ou seja, sobre o investigado recai de imediato a culpa sobre a prática do ilícito penal, cabendo a ela provar que é inocente. Aliás, segundo o artigo 156 do CPP, o ônus da prova é de quem acusa.

Apesar de trazermos toda essa problemática que envolve a produção de prova testemunhal no âmbito do inquérito policial, o que por vezes acontece na fase processual é a repetição integral dos depoimentos/interrogatórios, produzido na fase inquisitiva da ação penal, ou seja, testemunha de mera ratificação. Nucci (2017, 103), ao tratar do tema do uso de provas colhidas durante o inquérito policial, defende a ideia de que só podem ser usadas para a finalidade para qual foi produzida (elemento informativo) e não conclusiva. Seguindo o mesmo entendimento de Nucci, Lopes Jr (2018, p. 160) diz que “Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem intervenção do órgão jurisdicional, tenha valor probatório na sentença”.

As provas produzidas durante o inquérito policial devem ser repetidas na fase instrutória, pois só assim, a dimensão inquisitorial é rechaçada, porque sendo submetida ao contraditório e ampla defesa, adquirem valor probatório e asseguram as garantias constitucionais do acusado. Aquelas provas que por sua natureza não possam ser repetidas, deve a autoridade policial solicitar a jurisdição o incidente de produção antecipada da prova (prova irrepitível), nesses casos a produção da prova ocorrerá sobre a tutela do magistrado e do MP e da defesa técnica, preenchendo assim os requisitos da prova judicializada. Lopes Jr (2018, p. 162/163) que “o incidente de produção de prova antecipada somente pode ser

admitido em casos extremos em que se demonstrar a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição da prova”.

No caso da prova testemunhal, a repetição em juízo implica no comparecimento da testemunha perante as partes e o magistrado, utilizando a mesma forma (oralidade) preste depoimento sobre o mesmo fato narrado em sede policial. Lopes Jr (2018, p. 161) fala em trinômio “mesma pessoa”, “mesma forma” e “mesmo objeto”.

O testemunho de mera ratificação, não pode ser resumido ao famoso “ratifico tudo que foi dito antes” é imperioso que a testemunha compareça à jurisdição, além disso, declare (oralidade) todo teor do depoimento prestado no inquérito policial, sendo objeto de apreciação do julgador não apenas o que foi dito, mas as expressões corporais. Ao final, o magistrado fará a comparação dos dois depoimentos, será feita a ratificação ou retificação, valorando conforme sua cognição. Lopes Jr (2018, p.162), alerta para que “O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato”.

O artigo 155 do CPP diz 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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Uma breve apreciação do dispositivo legal nos leva a concluir que as provas investigativas ou indiciárias precisam ser submetidas ao contraditório, caso contrário, não podem ingressar nos autos do processo com meio probatório e, portanto, não podem ser utilizadas na formação de convicção do juiz nas suas decisões condenatórias ou absolutórias.

4.4 A Valoração da Prova Testemunhal nos Processos Submetidos a Júri Popular

Como dito anteriormente, é peculiar ao processo penal o recorrente uso da prova testemunhal como único meio de prova para formação do juízo absolutório ou condenatório. Esse fenômeno pode estar ligado a vários fatores, como: local do crime, dificuldade de acesso a recursos tecnológicos à disposição da polícia científica e investigativa, gestão da segurança pública, efetivo policial insuficiente e a atuação aguerrida do MP, na incessante luta em busca da harmonia social. Vamos focar nossa análise nos crimes que constitucionalmente são

submetidos exclusivamente ao júri popular. No entanto, não trataremos, nesse momento, do júri como órgão jurisdicional que compõe o Poder Judiciário, tendo em vista que esse tema será objeto do próximo capítulo.

A preponderância da prova testemunhal na ação penal nos crimes dolosos contra vida, mais precisamente os homicídios, pode ter como possível explicação o fato da conduta criminosa ocorrer, em sua maioria, em espaços públicos de grande circulação de pessoas. Logo, ao se dirigir a cena do crime, a polícia judiciária começa a inquirir parentes e transeuntes sobre a possibilidade dessas pessoas terem presenciado o momento do crime ou conhecerem alguém que tenha presenciado, inclusive indicando a provável autoria. Essas pessoas poderão ser convocadas a delegacia para prestar depoimento. Como a maioria dos crimes violentos ocorrem nas periferias dos centros urbanos, dominadas por grupos ou organizações criminosas (realidade brasileira), que impõem a “lei do silêncio” na comunidade. Dificilmente, a autoridade policial encontrará uma testemunha ocular do homicídio, se porventura encontra, geralmente, serão parentes, amigos ou a própria vítima sobrevivente (caso de tentativa) que têm interesse na condenação do autor(es) ou sendo, o provável autor identificado, o delegado também intimará para depor parentes e amigos e o provável autor, nesse caso, a autoridade policial deve informá-lo da sua condição de suspeito. Essa informação é importante porque caso seja denunciado, tornando-se réu no processo penal, afastará a arguição de nulidade, uma vez que a CF/88 estabelece que ninguém deve fazer prova contra si, pois violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa. Salientamos que, as pessoas que têm algum tipo de relação com vítima ou acusado, terão seus depoimentos vistos com cautela, pelo magistrado na fase jurisdicional.

Existem fatores que dificultam a produção de outros meios de provas no processo criminal, como, por exemplo, a prova pericial na cena ou local do crime, cuja violação pelos transeuntes ou mesmo pela polícia ostensiva (polícia militar) prejudica sua obtenção.

A Lei 13.964/2019, que deu nova redação aos incisos I e II, do artigo 158º CPP e inseriu os artigos, 158º A, B, C, D, E F (cadeia de custódia da prova) trouxe significativas mudanças na produção da prova pericial. Mas, a falta de recursos tecnológicos e técnicos qualificados e/ou insuficiente nos quadros da polícia científica, têm inviabilizado a produção desse tipo de prova, para além do laudo tanatoscópico e traumatológico, que guardam ligação apenas com a materialidade do crime e pouco contribui para identificação da provável autoria.

Outro fato que pode explicar a presença do uso massificado da prova testemunhal nos crimes de homicídio é adoção de modelo gestão por resultados na elaboração de políticas

públicas. Para Silva (2016, p. 100) “a política pública é uma forma de controle do governo, normalmente expressa em lei, regulamento e norma e apoiada por sistema de recompensa, incentivo ou penalização”. O Pacto Pela Vida, adotado em Pernambuco, é um exemplo desse modelo de gestão empresarial incorporado à atividade de segurança pública.

O modelo de gestão por resultados âmbito da segurança pública, pode provocar graves violações às garantias fundamentais da pessoa que, é indiciada ou acusada de ter cometido o crime de homicídio, sendo esse tipo penal de maior repercussão social e que, conseqüentemente, demanda uma efetiva ação do poder público para combatê-lo, podendo ter como consequência um maior índice de encarceramento.

Compelidos em cumprir metas pré-estabelecidas, visando a recompensa por meio de bonificações pecuniárias, as polícias (militar e civil) aceleram o ritmo de trabalho.

A bonificação aos policiais civil e militar também é uma estratégia *soft* para estimular e administrar a competição entre as instituições públicas. Todavia, para que a bonificação seja dada é necessário o envio de informações e comprovantes relativos às ações policiais, assim, estimula a ação policial e o fornecimento de informação simultaneamente. (Silva, 2016, p. 205/206).

A adoção de bonificação por resultados alcançados, no âmbito dos agentes da segurança pública pode trazer benefícios, mas, pode acarretar desvirtuamento da finalidade para qual foi estabelecido e, assim, gerar problema nas instituições.

Há também a preocupação com o desvio do sentido da premiação que fora criada para estimular os policiais civis e militares, como prática de reconhecimento pelo esforço empreendido na resolução de crimes violentos letais, na expedição de mandatos e no recolhimento de armas e droga. Indaga-se se alguns policiais interessados nos ganhos financeiros se dedicam com mais afinco às atividades bonificadas, deixando em segundo plano as demais. Ainda há questionamento acerca do direito à bonificação por parte dos policiais, que contribuem para a investigação, mas não estão engajados diretamente nas ações. Enfim, isso revela a complexidade com a qual o PPV deve lidar diariamente para alcançar resultados positivos. (Silva, 2016, p.174).

Nesta mesma perspectiva, Rattton afirma que

A adoção de procedimentos de gestão de Polícia não está isenta de diversos tipos de risco. A obsessão pelo atingimento de metas e resultados, que pode transformá-los em fins em si mesmos (...) Dessa maneira, de forma mais ou menos ampliada, a ênfase na quebra dos aspectos burocráticos, a utilização de mecanismos de planejamento estratégico, o estabelecimento de metas e de prêmios incentivando a competição entre unidades da Polícia, pode tanto produzir efeitos positivos, quanto comprometimento da qualidade do trabalho policial, esforço por produção destituída de significado, desrespeito às garantias individuais, etc. (Rattton, 2011, s/p).

Podemos citar como um possível efeito negativo, advindo do modelo de gestão por resultados, a hipótese da polícia judiciária acelerar o ritmo da investigação visando o

cumprimento de metas pré-estabelecidas pelos órgãos de planejamento e gestão, relegando a segundo plano a qualidade da investigação. A inobservância dos procedimentos investigatórios comprometeria todo o processo penal e conseqüentemente o julgamento do réu, principalmente nos crimes de competência do júri popular.

A Constituição Federal de 1988, estabelece que os crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo júri popular:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados :

XXXVIII a plenitude de defesa;

XXXIX o sigilo das votações;

XL a soberania dos veredictos;

XLI a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Por sua vez, o Código Penal, nos artigos 121º ao 128º, estabelece que os crimes dolosos contra a vida são aqueles que o agente atenta contra a vida do ser humano com vontade direta ou indireta. São eles: homicídio, infanticídio, aborto e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (forma tentada ou consumada).

Percebe-se que o bem jurídico tutelado é a vida, se sobrepondo a todos os outros direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CF/88, sendo sua proteção uma obrigação precípua do Estado Brasileiro. Assim, o estado polícia, foca seu poder punitivo no agente que viola de forma dolosa o direito à vida, causando turbulência na sociedade e ameaçando o convívio social seguro e harmonioso.

Para a teoria funcionalista o fundamento da punição é a sua função enquanto ferramenta preventiva de delitos e com cunho pacificador de conflitos sociais, que integrem o autor do crime à sociedade. Por outro lado, a punição vista desta ótica passa assumir um caráter pedagógico que visa poder evitar possíveis danos no futuro. (Santos, 2012).

Nessa perspectiva, o agente que cometeu o crime previsto no artigo 121º CP, “matar alguém” violou o artigo 5º da CF/88, mas, o mesmo dispositivo constitucional em seu inciso LV, prever que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, assim a justiça estatal não pode ser alcançada a qualquer custo, mas, seguindo o devido processo legal.

Dessa forma, toda ação penal deve se desenvolver sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inclusive na fase inquisitória que antecede o processo penal, claro que guardando algumas ressalvas devida a natureza investigativa dessa etapa.

Percebe-se que a ação penal segue o rito sequenciado, onde cada agente estatal tem um papel previamente estabelecido, logo, poderíamos inferir que inconsistências identificadas ainda na fase inquisitorial deveriam ser dirimidas nas etapas seguintes, como forma de assegurar as garantias constitucionais do acusado.

Quando observamos, por exemplo, a dupla função constitucional do MP, sendo ao mesmo tempo, a personificação do estado acusador e fiscal da ordem pública. Em sua atuação de fiscal da ordem pública é dever do MP, assegurar as garantias constitucionais da pessoa considerada suspeita, na fase investigativa.

Sendo assim, ao receber o relatório policial e constatar lacunas que não serão preenchidas na fase instrução processual, o MP tem poder discricionário de solicitar a autoridade policial outras diligências objetivando colher provas mais consistente, que subsidiem um pedido de absolutório ou condenatório, uma vez que, a pena prevista no CPP para quem viola o artigo 121º é a privação de liberdade e, sendo o direito à liberdade um bem jurídico constitucionalmente garantido (artigo 5º CF/88).

Apesar do CPP, adotar o sistema de livre convencimento motivado, no ato de julgar pelo magistrado, o próprio Código traz no artigo 155º:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Brasil, 1941).

Na fase jurisdicional do processo penal, as provas investigativas ou indiciárias (exceto as irrepetíveis de produção antecipada), que não forem repetidas mediante ao contraditório judicial, não poderá ser utilizadas pelo juízo como fundamento na prolação de sentença absolutória ou condenatória, teoricamente as provas investigativas/indiciárias não contraditas, seriam inócuas na pretensão estatal de punir.

Porém, os crimes dolosos contra vida, como dito antes, são submetidos ao júri popular (competência exclusiva), constituído por pessoas “leigas” que não precisam fundamentar sua decisão, ou seja, decidem conforme sua íntima convicção, salvaguardada pelo sigilo da votação. Ao contrário do juiz togado que, por lei (artigo 93, inc. IX e o art. 315 do CPP), precisa fundamentar sua decisão e ainda publicá-la.

O preponderante uso

Embora a ação penal nos crimes dolosos contra vida sigam o mesmo rito do processo penal, o último ato é realizado no plenário do Tribunal do Júri, nesse cenário é comum que a parte acusadora se utilize de provas investigativas/indiciárias submetidas ao contraditório judicial, apenas formalmente, como artifício para dotá-las de valor probatório, mas que, na verdade, são provas de mera repetição e/ou ratificação, como o júri é soberano em suas decisões, a probabilidade de ser proferida uma sentença condenatória é grande.

Lopes Jr (2018, p. 853) ao trata da tecer críticas a utilização do uso de provas investigativas no Tribunal Júri diz que:

Especialmente no Tribunal do Júri isso é crucial, qualquer esperança de ser julgado a partir da prova judicializada cai por terra. Na medida em que não existe a exclusão física dos autos do inquérito e tampouco há vedação de que se utilize em plenário os elementos da fase inquisitorial (inclusive o julgamento pode travar-se exclusivamente em torno do inquérito policial), o réu pode ser condenado só com base nos meros atos de natureza inquisitória. Para completar o triste cenário, os jurados julgam por livre convencimento imotivado, sem qualquer distinção entre atos de investigação e atos de prova. (Lopes Jr, 2018, p. 853).

5 TRIBUNAL DO JÚRI: BREVE HISTÓRICO, PREVISÃO CONSTITUCIONAL E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS

5.1 Processo Histórico de Formação do Júri Popular e Sua Inserção no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A origem do júri, nos moldes que temos que atualmente, teve origem na Magna Carta inglesa de 1215, após a abolição das ordálias e os juízos de Deus pelo concílio de Latrão, sendo essa origem defendida majoritariamente pela doutrina. Há, porém, autores que divergem desse posicionamento, para esses autores, é possível identificar, já na Antiguidade, órgãos formados por grupos de pessoas encarregadas de julgar determinadas condutas que iam de encontro aos valores vigentes na sociedade. Como não havia, nesse momento histórico, separação entre estado e religião, esses julgamentos eram permeados de elementos e crenças divinas.

Segundo Nadia de Araújo e Ricardo R. de Almeida (1996, p. 144), é possível identificar nas instituições gregas a essência formal do júri. Os autores defendem que, no período clássico, com a cisão do público e do privado e, por consequência, o pleno exercício das liberdades individuais, inaugura-se entre os cidadãos o sentimento de coletividade e pertencimento de tal maneira que a construção de uma sociedade mais harmoniosa e justa, necessariamente, deveria passar pela ação coletiva e prol de um bem comum. Esse espírito republicano surge na *pólis* grega, onde existiam duas intuições que tinham funções muito semelhantes às do júri atual, eram elas, o Areópago e Helieu. Sendo o Areópago, formados por antigo arconte, responsáveis por julgar crimes de sangue, segundo sua consciência. Já Helieu, tribunal popular constituído por cidadãos *optimo jure*, que julgavam após ouvir a defesa do réu.

Távora e Alencar ao se debruçar sobre essa controvérsia tomam o seguinte posicionamento:

A origem do tribunal do júri é visualizada tanto na Grécia como em Roma, havendo quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão. Sob essa inspiração, o julgamento de Jesus Cristo, malgrado desprovido das garantias mínimas de defesa, é lembrado como um processo com características que se assemelham ao júri. De lado as controvérsias sobre a origem, a maior parte da doutrina indica como raiz do tribunal do júri a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, bem como seu antecedente mais recente, a Revolução Francesa de 1789. (Távora, Alencar; 2017, p. 1231).

Nucci (2017, p. 697), diz que “A instituição, na visão moderna, encontra sua origem na Magna Carta da Inglaterra, 1215. Sabe-se, por certo, que o mundo já conhecia o júri antes

disso, como ocorreu, especialmente, na Grécia e em Roma”.

Indo na mesma linha de Nucci, Rangel (2017, p. 55), ao tratar de origem do júri, diz que

Na Inglaterra, o júri aparece mediante um conjunto de medidas destinadas a lutar contra os ordálios (no direito “no direito germânico antigo, dizia-se do juízo 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. (Rangel, 2017, p. 55).

Seguindo o pensamento doutrinário, majoritário, que, defendem a tese que a propagação do tribunal do júri pelo ocidente inicia-se na Inglaterra, a partir da seguinte ideia: “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” (Nucci, 2017, p. 697).

Se na Inglaterra a criação do tribunal júri teve a finalidade de enfraquecer o poder da Igreja e fortalecer as garantias individuais, na França, a implantação do tribunal júri foi a de enfraquecer o poder dos magistrados que tinham forte ligação com a monarquia, contrariando os ideais de liberdade e democracia, difundidos pela Revolução Francesa de 1789. Assim, a existência de órgão julgador imparcial, constituído por pessoas comuns, torna-se uma ferramenta de combate ao absolutismo monárquico (Nucci, 2017, p. 697).

Como instituição democrática, o Tribunal do Júri se espalha por outros países da Europa e suas colônias. Segundo Rangel (2017, p 54) “Nesse sentido, não há dúvida do caráter democrático da instituição do Tribunal do Júri que nasce, exatamente, das decisões emanadas do povo, retirando das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota o poder de decisão”.

A introdução do Tribunal do Júri no Brasil ocorreu em 18 de junho de 1822, através da proposta do Senado da Câmara do Rio Janeiro, por iniciativa de José Bonifácio de Andrade e Silva, sugerindo a criação do juízo dos jurados. Posteriormente aceita pelo Príncipe Regente que, por Decreto Imperial, criou um tribunal “popular” inicialmente chamado de “juízes do fato” que, inicialmente, tinha a responsabilidade de julgar crimes de imprensa (controle da imprensa, que na época fazia duras crítica ao governo e pressionava pela independência da Colônia) Era constituído 24 cidadãos considerados homens “bons, honrados, inteligentes e patriotas”. As decisões proferidas pelo júri, só poderiam ser revisadas pelo Regente (Nucci, 2017, p. 698).

Era de incumbência do corregedor e dos ouvidores do crime, organizar a eleição para escolha desses homens “bons, honrados, inteligentes e patriotas”. Esses requisitos legais limitavam a composição do júri, a pessoas que tinham maior poder aquisitivo e com forte

ligação com o governo imperial. Excluindo a grande parcela da população brasileira que, continuava sem representatividade política.

A primeira Constituição da história do Brasil nascia de cima para baixo, ou seja, foi imposta pelo Imperador ao povo que representava uma minoria branca e mestiça que votava e tinha participação na vida política. Os escravos estavam excluídos de seus dispositivos, até porque eram tratados como coisa. (Rangel, 2017, p. 70).

Com a independência política, mas, ainda sob forte influência portuguesa e inglesa, é outorgada em 1824. A Constituição Política do Império do Brasil (Almeida, 2013, p.17/18). A Constituição de 1824, traz no Título 6º, Do Poder Judicial e Capítulo Único, Dos Juízes e Tribunais de Justiça. Seguintes os artigos que versam sobre o júri:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. (Brasil, 1824).

Segundo Almeida (2013, p.18), a constituinte de 1824, mesmo prevendo Tribunal do Júri, sendo parte do Poder Judiciário, restringiu sua atuação apenas na esfera criminal, devido ao fato não ter trazido mencionado sua atuação no Título 8º, Das Disposições Gerais, Garantias dos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros:

Com a Constituição do Império de 1824, incluiu o tribunal do júri capítulo afeto ao Poder Judiciário e confere-lhe competência tanto na esfera cível, quanto na esfera criminal, para apreciar questões de *fato*, ou seja, para *condenar* ou *absolver os* acusados. Entrementes, a constituição em epígrafe não tratou do tribunal do júri quando previu as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Sem embargo da previsão constitucional, acabou não sendo regulamentado e jamais existiu para o julgamento de causas cíveis. (Almeida, 2013, p.58).

Para Nucci (2017, p. 698), o fato da constituinte de 1824, ter colocado o Tribunal do Júri, no âmbito do Poder Judiciário, permitiu que o júri atuasse nas esferas cível e criminal.

Em 1832 entra em vigor O Código de Processo Criminal de 1832, estabelecendo normas para aplicação do Código Criminal de 1930 e, concedendo maior poder ao júri que, passou a julgar a maioria dos crimes, e incluiu o julgamento de *habeas corpus* para que foram injustamente presas ou preventivamente para pessoas que estivesse sobre a ameaça de terem sua liberdade cerceada (Rangel, 2017, p.71).

Além disso, o Código Processo Criminal Imperial de 1932 estabeleceu o número de jurados que iriam constituir o Tribunal do Júri, sendo 23 jurados e o júri de sentença por doze jurados” (Vainsencher e Faria, 1997, p.4/5). Mas, as limitações para compor júri

permaneceram, o jurado, obrigatoriamente, teria que, ser eleitor, possuir bom senso e probidade. Esses requisitos já excluía do júri todas as pessoas que não tivessem direitos políticos e que houvesse respondido por crimes. “

Observando os requisitos para ser jurado, Rangel (2017, p.71) raciocina da seguinte forma: “Se pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus”. Essa reflexão é importante porque de certa forma questiona se, de fato, todas as camadas da sociedade estariam representadas na composição do corpo de jurados, logo, se o réu estava sendo julgado pelos pares. Essa é a crítica mais ferrenha utilizada para os que defendem a extinção do júri popular.

Segundo Almeida (2013, p. 20), o Tribunal do Júri sofreu diversas modificações legais, que alguns momentos significou avanços e outros verdadeiros retrocesso legais:

A Lei n. 261/1841, revisa a competência do tribunal do júri, extingue o de Acusação e mantém apenas Conselho de Sentença. a Lei n. 562, de 2 de julho de 1850, e seu Decreto n. 707, de 9 de outubro de 1850, que excluiu da competência do júri o julgamento dos crimes de roubo, homicídios praticados em municípios de fronteira do Império, moeda falsa, resistência e tirada de presos; a Lei n. 2.033, de 23 de setembro 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, que tornou a ampliar a competência do júri; e o Decreto 4.992, de 3 de janeiro de 1872. (Almeida, 2013, p.20).

A Constituição Republicana de 1891, manteve o Tribunal do Júri, transferindo-o para a para Seção II, Declaração dos Direitos, conquista atribuída ao empenho de Rui Barbosa (NUCCI, 2017, p. 698):

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 31 - É mantida a instituição do júri. (Brasil, 1891).

O Estado Novo, sob a presidência de Getúlio Vargas, outorga a Constituição de 1934, e transfere o Tribunal do Júri novamente para o Poder Judiciário. Artigo 72 “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei.

A Constituição autoritária de 1937, não trouxe em seu texto o instituto do júri. Foi a primeira que a Lei Maior não menciona o instituto nem na sessão dos direitos e individuais e nem no Poder Judiciário. Porém, alguns juristas viam a possibilidade de atuação do júri no artigo 183º “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição”.

O Decreto n. 167º, de 1938, limitou a soberania dos veredictos, o que, na prática, significa que as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, poderia ser revista em recurso de apelação, podendo ter como desfecho absolvição, condenação ou mesmo aumentar a pena aplicada. (Almeida, 2013, p.24)

A Constituição de 1946, encerra o período de autoritarismo do governo Vargas, marcando o retorno do Júri ao capítulo dos Direitos Individuais e Garantias:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 28 - 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 da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (Brasil, 1946).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 (Ditadura Militar), não trouxe modificações ao Tribunal do Júri no tange sua previsão e sua inserção no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, mas não menciona: direito a ampla defesa; ao voto secreto e a soberania dos veredictos (NUCCI, 2017, p. 698).

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (Brasil, 1969).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, dedica o seu Título I aos Direitos Fundamentais. O artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” :

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

A Carta Constitucional de 1988, ao manter o Tribunal do Júri no rol dos direitos e garantias individuais, tornando-o cláusula pétreia (art. 60, § 4º, inciso IV). Dessa forma, de seus princípios (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e

competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida), podem ser alterados por legislação infraconstitucional. (Almeida, 2013, p. 29).

5.2 Composição do júri, o conselho de sentença e a soberania dos veredictos

A Constituição Federal de 1988 restabeleceu no Brasil, o Estado Democrático de Direito, depois 21 anos sob regime autoritário imposto pelos militares (1 de abril de 1964 a 15 de março de 1985). O texto constitucional de 1988, expressa o anseio da população brasileira em participar da vida política, social e cultural do país.

Nesse momento de efervescência democrática, o Tribunal do Júri, tem o papel de dotar o cidadão comum do sentimento de participação efetiva em tomadas de decisões que, se refletem empiricamente em seu cotidiano. É como se o Estado “cedesse” parte do seu poder ao cidadão comum.

Assim, CF/88, ratificou o Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário (apesar de está no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais), de composição colegiada, vinte e cinco pessoas da população, probas, que são “juízes do fato”, e um juiz togado (juiz presidente).

Existe na doutrina divergências em relação ao fato do Tribunal do Júri ser um órgão jurídico ou político. Os que defendem ser um órgão político, fundamentam seu argumento na própria Constituição, uma vez que, o júri está inserido no rol Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, não no Capítulo III, do Poder Judiciário. Ressaltamos que, esse é o entendimento minoritário na doutrina penal. O posicionamento majoritário defende que, apesar do Júri não ter sido inserido no rol do Poder Judiciário, é parte do judiciário brasileiro.

Nucci (2017, p.700), seguindo o posicionamento majoritário, traz os seguintes argumentos: a presença do juiz togado que, tem sua atuação vedada pela Constituição e pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional em órgão não vinculados ao Poder Judiciário; o CPP no artigo 78 inciso I, diz que havendo concurso de competência do júri com um órgão jurisdicional comum, prevalecer a competência do júri como órgão julgador; o artigo 595, inciso III, reconhece que recursos de apelação contra sentença proferida pelo júri deve ser dirigida a segunda instância (os Tribunais); o fato do júri está inserido no rol Dos Direitos e Garantias Fundamentais foi a saída que, o constituinte originário tomou para garantir que a instituição não sofresse sucessivas modificações, como ocorrem ao longo da história, tornando o Tribunal do Júri cláusula pétrea e por fim, que algumas Constituições Estaduais colocarem taxativamente o júri no rol do Poder Judiciário.

Superada essa questão, vamos então para a composição do Tribunal do Júri. Badaró (2018, p.785) define o Tribunal do Júri da seguinte forma “O Tribunal do Júri é um órgão colegiado heterogêneo, composto por um juiz togado (juiz de direito), que é seu presidente, e mais 25 jurados (juízes leigos), escolhidos entre os cidadãos”.

Capez (2016, p. 650) dá a seguinte definição para o Tribunal do Júri: “é um órgão colegiado heterogêneo e temporário, constituído por um juiz togado, que é o presidente, e vinte e cinco cidadãos escolhidos por sorteio”. O caráter temporário é importante porque garante que mais pessoas possam participar do exercício democrático do júri, ao mesmo tempo, evita a figura do “jurado profissional”.

Lopes Jr (2018, p. 817) ao criticar a figura do “jurado profissional” diz que “O cidadão que sistematicamente participou dos júris pode ser transformar em mal jurado, pois ele continua não tendo o conhecimento de direito penal e processo penal, mas pelas sucessivas participações, é levado a ter a falsa impressão de que conhece o suficiente”.

Lopes Jr (2018, p. 818) também destaca que a rotatividade de jurados evitar a criação de laços de proximidade entre os jurados, promotores e/ou advogados, afetando a imparcialidade dos jurados.

Guilherme Nucci, (2017, p.729) ao tratar da figura do “jurado profissional”, diz que “Como já referido, não é o ideal manter alguém, muito tempo atuando no júri, sem renovação, uma vez que os vícios de prejulgamentos podem terminar prejudicando a ideal imparcialidade exigida pelo jurado”.

A Lei 11.698/2008 que alterou o Decreto-Lei n.º 3.689/41(Código de Processo Penal), dando nova redação aos artigos que tratam do Tribunal do Júri. Os artigos 425º e 426º, como seus respectivos parágrafos, descreve procedimento de alistamento dos jurados, atribuição do presidente.

O parágrafo 3º do artigo 426, versa sobre a obrigatoriedade da participação de membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e advogado indicado pela OAB, no ato do sorteio dos jurados irão compor júri no seguinte, o *caput* do art. 426º estabelece que data definitiva para publicação da lista dos jurados será 10 de novembro do corrente ano. O parágrafo 1º do artigo 246, prever que qualquer pessoa pode fazer reclamação em relação à lista de jurados direcionada ao juiz presidente até a data limítrofe prevista no *caput* do artigo.

Guilherme Nucci, destaca que

Após resolvidas as eventuais pendências pelo magistrado, publica-se a lista definitiva, sujeita a recursos em sentido estrito dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça, sem

efeito suspensivo (artigo 581 XIV, CPP), contra a inclusão ou exclusão de algum jurado. (Nucci, 2017, p. 728).

Qualquer cidadão do povo pode atuar como jurado no Tribunal do Júri, sendo considerado serviço obrigatório (exceto as pessoas que constam no rol do artigo 437º e seus incisos). Além disso, o artigo 436º traz os requisitos legais para o exercício da função “O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade”.

Nucci (2017, p. 732), ver com ressalvas o fato da Lei 11.698/2008, ter reduzido a idade mínima legal de 21 anos para 18 anos para atuar como jurado. O autor argumenta que como voto proferido pelo jurado é secreto e baseado na íntima convicção, e que, um jovem aos 18 anos, em regra, não teria maturidade suficiente para decidir sobre o destino jurídico de alguém.

Quanto a da idoneidade, Nucci argumenta que esse requisito passa ser constatado apenas pela ausência de antecedentes criminais, sendo inviável, por exemplo, em cidades grandes que o juiz seja conhecedor da conduta pessoal de cada jurado.

A participação no júri não é uma prerrogativa individual do cidadão, é um serviço obrigatório para pessoas maiores de 18 anos e menores de 70 anos (artigo 436º CPP), a recusa em participar implica em sanção legal estabelecida no artigo 438º. “A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto”.

Aury Lopes Jr (2018, p.824), analisando as punições prevista no artigo 438º do CPP, tecer algumas críticas: primeiro em relação à recusa em ser jurado alegando convicções, religiosas, filosóficas ou políticas, nesses casos a sanção aplicada é a prestação de serviços de caráter administrativo, porém o dispositivo limita-se a elencar em quais órgãos ou instituições deverá ser prestado o serviço alternativo, calando-se quanto duração dessa sanção, apenas cita o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade o que pode dar margem para abuso judicial; segundo, o artigo 436º parágrafo 2º trouxe a possibilidade de ao recusarem ser jurado, o cidadão poderá pagar uma multa que varia de 1 a 10 salários mínimos, logo aquela pessoa de melhor situação econômica, pagará a multa estipulada, e não precisará prestar serviço alternativo e por fim, o autor questiona se alguém pode perder os direitos políticos sem a observância do devido processo legal.

Segundo Nucci (2017, p.734), a sanção de prestação de serviços alternativos para cidadão que se recusa a ser jurado alegando convicções religiosas, filosóficas ou políticas, tem amparo nos dispositivos constitucionais artigo 5º, inciso VII e artigo 15º, inciso IV. Porém,

assim como Lopes Jr, o autor questiona a falta de clareza do artigo 436º do CPP, em relação ao tempo de prestação de serviço alternativo que deverá ser cumprido como sanção pela recusa à participação no júri.

O rito ordinário da sessão do júri está estabelecido entre os artigos 462º até o 472º. Sendo o Tribunal do Júri composto por vinte e cinco jurados e um juiz presidente, sessão de julgamento só será aberta com a verificação de no mínimo quinze jurados em plenário, quórum exigido no *caput* do artigo 463º.

Aberta a sessão o juiz presidente ordenará que seja feito o pregão (parágrafo I artigo 463º), em seguida, antes do sorteio dos jurados que irão compor o Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos e suspeições e as incompatibilidades (artigos 448º e 449º) e advertirá que uma vez sorteados ficaram incomunicáveis.

O passo seguinte é a realização do sorteio dos sete jurados que comporão o Conselho de Sentença (artigo 467º). Artigo 468º, a medida que os jurados forem sorteados, o juiz presidente abrirá para as partes: Defensoria Pública e/ou advogado (defesa técnica constituída pelas partes) e Ministério Público, seguindo essa respectiva ordem, para se manifestarem sobre a aceitação ou não do jurado sorteada (cada parte pode rejeitar até três jurados imotivados).

Sorteados os sete jurados, o juiz presidente fará a seguinte exortação: **“Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”**. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: **“Assim o prometo”** (artigo 472º) (grifo nosso). A exortação é obrigatória devido à solenidade, sendo também o fundamento da soberania do *verdicto*.

Como instituição democraticamente constituída, as decisões tomadas por esse órgão popular, não são passíveis de serem revogadas ou modificadas por nenhum outro órgão do Poder Judiciário, se assim fosse, o poder democrático do “povo” seria meramente simbólico e falacioso.

Para garantir que as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, fosse, de fato, seguidas, o legislador concedeu ao Tribunal do Júri a soberania do *verdicto* e a competência de julgar os crimes dolosos contra vida, porque segunda nossa Constituição a vida é um bem jurídico inviolável, conseqüentemente a violação desse bem causa na sociedade um estado de indignação coletiva.

Assim, quando o Estado cede o poder de julgar, aqueles que atentam dolosamente contra a vida, ao “povo” por intermédio do júri e, além disso, garante que a decisão por ele tomada não seja objeto de apreciação por outro órgão jurisdicional, materializa o conceito abstrato de justiça.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e inciso XXVIII, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados”:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;**
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;**

Contra a sentença proferido pelo Tribunal do Júri, apelação de acordo com o artigo 593º, inciso III do CPP:

das decisões do Tribunal do Júri, quando

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. sso)**

Os jurados julgam conforme sua íntima convicção, o voto é secreto, sendo assim só caberá recurso da decisão soberana do júri quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. O artigo 593, parágrafo 3º:

Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Como a decisão do júri é soberana, a apelação contra decisão é feita diretamente ao Tribunal ficar constatado que há fundamento no artigo 593º parágrafo 3º do CPP, o Tribunal marcará novo júri. Os jurados que compuseram o Conselho de Sentença do primeiro júri, estarão impedidos de atuar no novo julgamento. Se o novo júri decidir diferente do primeiro, passa a vigorar a decisão atual. Mas, se o segundo júri ratificar a sentença do primeiro, não caberá uma nova apelação fundamentada no mesmo motivo.

5.3 Críticas Doutrinárias ao Livre Convencimento Imotivado

O devido processo legal é a garantia precípua do Estado Democrático de Direito, e a certeza que os cidadãos não serão submetidos a arbitrariedade estatal. Nessa esteira, Constituição Federal de 1988, adotou o sistema de livre e convencimento motivado previsto no artigo 93º, inciso IX:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Brasil, 2016, p. 64).

O livre convencimento motivado tornou-se obrigatório em todas as decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive, sua inobservância acarreta nulidade das decisões. A base do livre convencimento motivado está na apreciação e valoração das provas produzidas no contraditório judicial. O CPP no Artigo 155º:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Brasil, 1988).

Segundo Lopes Jr (2017, p. 369), o livre convencimento motivado, concedeu ao magistrado maior autonomia decisória, uma vez que sua atuação não estaria mais submetida a vontades externas, como pressão política e econômica, porém, não autoriza os juízes a decidirem de acordo com suas convicções, na medida em que suas decisões são baseadas nas provas processuais: “Em definitivo, o livre convencimento motivado é, na verdade, muito mais limitador que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo” (Lopes Jr., 2017, p. 370).

Assim, o livre convencimento motivado requer do magistrado uma maior análise crítica da prova produzida na fase pré-processual (no caso das provas antecipadas e não repetitivas) e na fase processual, uma vez que possui discricionariedade legal para valorar cada prova para tomar uma decisão mais acertada e justa.

Na contramão do artigo 93º, inciso IX da CF/88. O artigo 5º, inciso XXVIII, diz que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei”, assegurados” prever na alínea b “**o sigilo das votações**”, e a “**a soberania dos veredictos**”.

Baseando-se nessa “contradição” é que os penalistas críticos do Tribunal do Júri, fundamentam a tese que sua existência no molde atual é inconstitucional, uma vez que vai de

encontro, ao devido processo legal, base democrática de todo Poder Judiciário, e sendo o júri um órgão vinculado ao Poder Judiciário, deveria seguir a mesmo fundamento legal.

O sistema do livre convencimento motivado adotado no sistema jurídico brasileiro, vincula as decisões prolatadas pelos magistrados às provas dos autos e a fundamentação de suas decisões (princípio da publicidade). O sigilo do voto e a soberania dos *veredictos* desvincula completamente as decisões prolatadas pelo júri do sistema jurídico adotado no país, porque os jurados não são obrigados a fundamentar suas decisões, e decidem conforme suas convicções (sistema da livre convicção).

Apesar do artigo 155º do CPP estabelecer que o juiz decidirá conforme sua convicção, essa convicção, entretanto, deve ser vinculada às provas produzidas no processo. Os jurados não são obrigados a formar suas convicções a partir da análise das provas, até porque não participaram da fase de produção das provas, procedimento anterior à realização da sessão do júri (audiência de instrução e julgamento). Decidem por íntima convicção.

Segundo Lopes Jr. (2018, p. 853), “A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo”.

O artigo 5º, inciso XXXVIII, d prever que se “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos” podendo qualquer uma das partes prejudicada entra com apelação junto ao Tribunal, a providência a ser tomada no segundo grau de jurisdição é, a realização de um novo julgamento, com exigência que o novo Conselho de Sentença, seja constituído por outro grupo de jurados, já que o primeiro encontra se impedido de julgar novamente a causa.

Aury Lopes Jr, ao tratar dessa questão, diz que, "Esse “novo” júri será composto por outros jurados, mas como o mesmo espetáculo será realizado pelos mesmos “atores”, em cima do mesmo “roteiro” e no mesmo cenário, a chance de o resultado final ser igual é imensa (Lopes Jr, 2018, p. 854).

A base de toda crítica que se faz ao Tribunal do Júri é superdimensionamento que o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea b e c (sigilo do voto) e (soberania do veredicto), segundo esses penalistas, esses dispositivos atentam contro o devido processo legal e consequentemente o Estado Democrático de Direito. Argumentam ainda que apesar do júri inserido no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo recepcionado pela Constituição como cláusula pétrea, não implicaria em modificações em sua estrutura, uma vez o parte final do inciso XXXVIII “organização que lhe der a lei”, autoriza, segundo Lopes Jr.(2018, p. 850).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter sido construída na perspectiva de garantias dos direitos fundamentais, inclusive ao estabelecer que toda a pessoa tem direito ao devido processo legal, o Código Processual Penal faz o caminho inverso, podendo causar insegurança jurídica ao aplicador do direito.

Como exemplo, temos o inquérito policial que, apesar dos avanços trazidos pela reforma do Código de Processo Penal de 2008 (Lei n.º 11.690), continua sendo, na essência, um ferramenta inquisitorial, o que vislumbramos como clara contradição, uma vez que, a Constituição Federal de 1988, restaurou no país o Estado Democrático de Direito.

Sendo ato inicial que poderá dar origem ao processo penal, o inquérito policial deve ser conduzido de maneira a subsidiar a provável ação penal e, ao mesmo tempo, garantir que os direitos fundamentais do investigado não sejam violados.

Destarte que direito penal deve estar centrado no fato e não no autor, para garantir que o procedimento investigativo e a provável ação penal, trate com equidade todo aquele que comete o ilícito penal.

Nesse sentido, o testemunho de “ouvir dizer”, mesmo sendo vista com cautela pela doutrina e a jurisprudência, constitui ainda o principal meio da prova indiciária, suficiente em si para tornar a pessoa suspeita da prática da conduta criminosa, e conseqüentemente constar no relatório policial como único possível autor do ilícito penal. Porém, o MP, como fiscal da lei, tem a atribuição constitucional de controle externo da atividade policial, assim quando necessário, ilícito devolve o relatório a autoridade policial, para que esta realize novas diligências objetivando colher provas que deem sustentação ao testemunho de “ouvir dizer”.

Outro aspecto levantado em nossa pesquisa é a problemática do modelo de gestão por resultados na segurança pública, que pode, prejudicar a qualidade da investigação policial, o inquérito policial e o processo penal.

Nesses modelo de gestão as delegacias (principalmente as especializadas) passam a competir em si, na busca de bonificação pecuniária. Assim, o processo investigativo é acelerado, não necessariamente implicado em qualidade na investigação, inclusive podendo acarretar aumento de erros no procedimento indiciário. Trouxemos como exemplo o Pactos Pela Vida, implantado em no Estado de Pernambuco, durante a governo de Eduardo Campos.

O caráter bifásico da ação penal (policial e processual), vincula o inquérito policial ao processo, de tal forma que vícios e erros cometidos na fase pré-processual podem alcançar o processo penal e desembocar em erro judicial negativo, sendo imperiosa a atuação do MP

como órgão externo de controle da atividade policial, evitar que tal erro aconteça.

Como a prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado nos crimes de homicídio, principalmente na identificação da provável autoria. Sendo que o testemunho prestado em sede policial (prova indiciária), não pode ingressar no processo sem que seja submetida ao contraditório jurisdicional (princípios do contraditório e ampla defesa), e seguir obrigatoriamente como foi colhida na fase pré-processual: oralidade, ser a mesma pessoal e narrar sobre o mesmo fato, cabendo ao magistrado no processo da valoração da prova, analisar não apenas o que foi externado, mas outros elementos, como expressão corporal e contradições com o depoimento prestado anteriormente.

Nesse sentido, apoiado no entendimento de Aury Lopes Júnior, prova testemunhal não pode se resumir à mera repetição ou ratificação do depoimento prestado na delegacia (prova de mera repetição e ratificação).

Assim, no processo penal, a má qualidade ou falta de seriedade nos trabalhos investigativos podem gerar injustiças contra pessoa, desde fase pré-processual e/ou até a prolação de sentença condenatória. Independente de ser o processo penal de rito comum, onde o magistrado fundamenta sua decisão a partir da prova produzida no contraditório judicial, ou no processo penal especial, de competência do Tribunal do júri, onde os jurados decidem de forma sigilosa e conforme suas convicções, onde o risco de uma condenação injusta é ampliado.

Outra variável que julgamos importante, quando tratamos dos crimes dolosos contra vida, que são julgados pelo Tribunal do Júri (competência constitucional), e os jurados são pessoas “leigas”, que decidem conforme sua íntima convicção (sistema de livre convicção imotivada), o voto sigiloso e soberano (soberania do *verdicto*), com a única ressalva de que sua decisão não seja manifestamente contrária a provas dos autos. Assim, cabe às partes envolvidas (Ministério Público e Defensoria Pública e/ou Advogado), ao expor sua argumentação, evitar o uso de vocabulário excessivamente rebuscado e uso de jargões. Assim, facilitar a compreensão dos membros do Conselho de Sentença e, por consequência, a prolação da sentença mais justa.

Sendo a presença do Tribunal do Júri em nosso ordenamento jurídico, inclusive como cláusula pétrea, é a certeza que o constituinte originário quis expressar ao sedimentar as bases do Estado Democrático de Direito em nosso país. Porém, uma mudança mais ampla no júri, do que a trazida pela Lei 13. 964/2019, faz-se necessária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete. **tribunal do júri: dimensão constitucional contemporânea: reflexões constitucionais de sua garantia fundamental de cidadania**. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=20969@1#>

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. 1400.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 159.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri do inquérito policial ao plenário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual De Processo Penal**. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Secretario de Estado dos Negocios do Imperio. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em 04 jan. 2024.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 04 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso 02 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em 02 fev. 2024.

_____. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 02 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 510 p. : 15 dez. 2023.

BRASIL. Lei de 24 de novembro de 1832. Promulga o **Código do Processo Criminal** de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça a fl. 104, verso do Livro 1º de Leis. Rio de Janeiro, 5 de Dezembro de 1832. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm Acesso em: 04 jan. 2024.

BRASIL. Lei 2.033 de 20 setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Dada no Palacio do Rio de Janeiro**, aos vinte de setembro de mil oitocentos setenta e um, quinquagésimos da Independência e do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM2033.htm Acesso em 04 fev. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Dada no Palacio do Rio de Janeiro**, em vinte e dois de Novembro de mil oitocentos setenta e um, quinquagesimo da Independencia e do Imperio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm Acesso em 04 fev. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Lei 13.964, 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a Legislação Penal e Processual Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm Acesso em: 25 jan. 2024.

_____. Lei 10.268 de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de abril 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Processo Penal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. STJ - AgRg no HC: 725.552 - SP (2022/XXXXX-0), Data de Julgamento: 19/04/2022, T5 – Quinta Turma. **DJe**, Brasília, 26 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1569665358/inteiro-teor-1569665427>. Acesso em: 22 dez. 2023

CALDAS, Fernanda Furtado. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v., 166, p. 85-127 abr 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42853563/A_presun%C3%A7%C3%A3o_de_veracidade_dos_te

stemunhos_prestados_por_policiais_invers%C3%A3o_do_%C3%B4nus_da_prova_e_viola%C3%A7%C3%A3o_ao_princ%C3%ADpio_da_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%A2ncia Acesso em 13 dez. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 893 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 885 p.

CASTRO JUNIOR, Adilson Poubel de. et al. O sistema processual penal brasileiro. **Revista Conexão Acadêmica**. Nova Iguaçu. vol. 4, 94-102, Dez. 2013. Disponível em:

https://unignet.com.br/wp-content/uploads/CA_57-O-Sistema-Processual-Penal-Brasileiro-Adilson-Poubel-de-Castro-Junior.pdf Acesso em: 19 mar. 2024.

CECCONELLO, William Weber. STEIN, Lilian Milnitsky. Previnindo injusticias: cómo la psicología del testimonio permite comprender y prevenir el falso reconocimiento de un sospechoso. **Avances en Psicología Latinoamericana**, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. DOI: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471>. Acesso em: 19 mar. 2024.

CRETELLA Jr, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DOS SANTOS, Haridyane Oliveira. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias**. 2021. Monografia, Direito Processual Penal – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio do Sul, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf.

FRANÇA, Rafael. Meios de obtenção na fase preliminar criminal. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 112, p. 332-336, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5089628> Acesso em 20 dez. 2023.

FOSCARINI, Leia Tatiana. **As misérias do inquérito policial: a produção da investigação criminal na cidade de Porto Alegre -RS**. Orientador: Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 2010. 245 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais PUCRS, Porto Alegre, 2010.

FRAGOSO, Heleno. **Prova. testemunho de ouvir dizer**. Jurisprudência Criminal, verbete n. 453. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1559.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Tradução J. Alves De Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. 688 p. Disponível em: https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/logica_provas_materia_criminal.pdf Acesso em: 18 mar. 2024.

MARREY, Adriano. Teoria e prática do júri. 7ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 1471 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MOTT, Luiz. **Bahia** : inquisição & sociedade. Salvador: EDUFBA, 2010. 294 p. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788523208905>. Acesso em 20 mar. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2012, 441 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14ª ed. rev. Atual e ampl. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1054 p.

OLIVEIRA, Farlei Martins. Presunção de legitimidade dos atos administrativos e tutela antecipada. Revista da AGU, Brasília, v. 3, n. 5, p. 75–102, dez. 2004. Disponível em: <https://enlaw.com.br/revista/114> Acesso em: 12 dez. 2023.

OLIVEIRA, Victor Santos de. **Nosso pacto é pela vida? violência de estado, encarceramento em massa e a política de segurança pública cidadã**. Orientadora: Ana Cristina Brito Arcoverde. 2023. 320 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2026. 1071 p.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. 261 p.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri visão linguística, histórica social e jurídica**. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Atlas. 2018. 276 p.

RATTON, J. L.; TORRES, V.; BASTOS, C. Inquérito policial, Sistema de Justiça Criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da Governança. **Revista Sociedade e Estado**, 26, jan-abril, p. 29-58, 2011.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito policial uma análise jurídica e prática da fase pre-processual**. Campinas: Millennium Editora, 2012. 200 p.

SANTOS, Haridyane Oliveira dos. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valorização e as falsas memórias. Disponível em: https://www.academia.edu/47572011/A_PROVA_TESTEMUNHAL_NO_PROCESSO_PENAL_BRASILEIRO_PROBLEMATIZA%C3%87%C3%83O_NA_VALORA%C3%87%C3%83O_E_AS_FALSAS_MEM%C3%93RIAS_THE_TESTIMONIAL_EVIDENCE_IN_THE_BRAZILIAN_CRIMINAL_PROCESS_PROBLEMATIZATION_IN_VALUATION_AND_THE_FALSE_MEMORIES Acesso em 23 jan. 2024.

VAINSENER, Semira Adler. FARIAS, Ângela Simões. **Condenar ou absolver: a**

tendência do júri popular. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 148 p.

VELHO, Jesus Antônio(org). **Polícia científica transformando vestígios em evidências à luz da cadeia de custódia.** Curitiba: Editora Saberes. 2020, 175 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cadeia de custódia da prova. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2020, 106 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: JusPodivim, 2009. 1475 p

TÁVORA, Nestor; ALENCAR. Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: JusPodivim, 2014. 1504 p

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo penal:** principalmente em face da Constituição de 5.10.1988. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1992. 3 v

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 916 p.