



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**

**BEATRIZ OLIVEIRA BEZERRA**

**ANÁLISE CRÍTICA DA TESTEMUNHA DE “OUVIR DIZER” COMO  
FUNDAMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

**FORTALEZA**

**2018**

BEATRIZ OLIVEIRA BEZERRA

ANÁLISE CRÍTICA DA TESTEMUNHA DE “OUVIR DIZER” COMO FUNDAMENTO  
DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Monografia apresentada ao Curso de Direito,  
da Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito. Área de concentração:  
Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro  
Nepomuceno.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

B469a Bezerra, Beatriz Oliveira.  
Análise crítica da testemunha de "ouvir dizer" como fundamento da decisão de pronúncia no Tribunal do Júri / Beatriz Oliveira Bezerra. – 2018.  
76 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.  
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Tribunal do Júri. 2. Decisão de pronúncia. 3. Prova testemunhal . 4. Testemunha de "ouvir dizer". I. Título.

CDD 340

---

BEATRIZ OLIVEIRA BEZERRA

ANÁLISE CRÍTICA DA TESTEMUNHA DE “OUVIR DIZER” COMO FUNDAMENTO  
DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Monografia apresentada ao Curso de Direito,  
da Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito. Área de concentração:  
Direito Processual Penal.

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

**Ao meu eterno amor e pai Paulo.**

## AGRADECIMENTOS

A Deus Pai, pelo dom da vida, pela oportunidade de estudar e a graça de amar minha escolha profissional.

A Deus Filho, Jesus Cristo, que, dentre tantos ensinamentos valiosos, me ensina a olhar com o amor o próximo.

A Deus Espírito Santo, que é sabedoria e paz interior.

A São Miguel Arcanjo, escudo e espada nos combates diários.

A Nossa Senhora Aparecida, por me guiar, educar e amar.

Ao meu pai Paulo, que sempre me estimulou a prezar pela leitura e pelo estudo. Hoje ele guia os passos de sua neguinha danada lá do céu como um anjo da guarda.

A minha mãe Romária, melhor amiga, maior incentivadora dos meus sonhos, fiel torcedora, e que me ampara e acolhe como uma mulher que nasceu pra ser mãe. A ela dedico a minha vida profissional.

A minha madrinha Maria Valnice, segunda mãe, conselheira preciosa, companhia agradável e motivo do meu farto sorriso.

A minha família Oliveira Marques, na pessoa da minha prima Gabriela, por quem me sinto profundamente amada e cujo sobrenome sinto orgulho de carregar.

Aos amigos Daniel Webster e Tiffany Smith, pela preciosa amizade que se mantém acesa ainda que à distância e pela valiosa revisão do abstract deste trabalho.

Ao meu orientador, Raul Nepomuceno, que tão prontamente trouxe respostas as minhas indagações no processo de escrita do trabalho, me norteando com relevantes orientações e a quem eu agradeço ter aceito o convite da orientação.

Aos professores Sérgio Rebouças e Cândido Albuquerque por terem aceito o convite de participar da banca, me honrando com a presença neste momento singular.

E a todos os meus amigos, em especial às eternas e preciosas amigas Andressa, Ingrid e Juliêta, e a tantas pessoas especiais que me apoiaram e estimularam a dar a vida a este trabalho.

## RESUMO

O objetivo desse trabalho consiste na análise do testemunho de ouvir dizer como fundamento da decisão de pronúncia. De início, estuda-se brevemente o histórico do Tribunal do Júri, sua regência constitucional, bem como os requisitos do Código de Processo penal que estabelecem a prova acerca da materialidade e os indícios suficientes de autoria que devem fundamentar a decisão de pronúncia. Analisam-se as espécies de prova, os princípios processuais penais que regem a prova, o ônus da prova e os sistemas de apreciação da prova. O estudo da prova testemunhal culmina com a análise da prova testemunhal de ouvir dizer e a prova indiciária. Ao final, analisa-se como o *in dubio pro societate* influencia na fundamentação da decisão de pronúncia e o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da testemunha de ouvir dizer como fundamento da decisão de pronúncia. A metodologia utilizada consiste em estudo bibliográfico e jurisprudencial qualitativos, bem como análise legislativa. Conclui-se que a testemunha de ouvir dizer tem frágil valor probatório sendo insuficiente para demonstrar a alta probabilidade da autoria ou participação no âmbito da pronúncia. A decisão de pronúncia tem significativa importância no procedimento do Tribunal do Júri, reclamando elementos probatórios mais robustos do que testemunhos de ouvir dizer.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Decisão de Pronúncia. Prova testemunhal. Testemunha de ouvir dizer.

## ABSTRACT

This paper analyse the probative value of hearsay evidence as the basis for indictment decision. We begin with a brief history and the study of Constitutional rules of Jury Court, as well as the rules required by the criminal procedure code to reach the evidence that a crime has been committed and sufficient indications that the person under investigation committed the crime in which the indictment decision has to be based upon. We also analyse the types of evidence, the criminal procedure principles regarding evidence, who bears the burden of proof and evidence valuation systems. The study of testimonial evidence culminates in the analyse of hearsay testimony and evidence by indications. At the end, we study the issue of whether the principle of *in dubio pro societate* can influence an indictment decision and the superior courts decisions about hearsay evidence as the basis of indictment decision. The studied was based upon legal texts, judicial decisions and legislation. The conclusion reached from our analysis is that the probative value of hearsay evidence is insufficient to meet the standard of proof required for an indictment decision. Indictment decisions play an important role in Jury Court proceedings and should require evidence more robust than hearsay evidence.

**Key-words: Jury Court. Indictment decision. Testimonial evidence. Hearsay testimony.**

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>O TRIBUNAL DO JÚRI.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>Breve histórico do Tribunal do Júri.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>Aspectos constitucionais do Tribunal do Júri.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.1</b>	<i>A democracia no Tribunal do Júri.....</i>	<b>14</b>
<b>2.2.2</b>	<i>O Júri como direito e garantia fundamental.....</i>	<b>16</b>
<b>2.2.3</b>	<i>A plenitude de defesa.....</i>	<b>17</b>
<b>2.2.4</b>	<i>O sigilo das votações.....</i>	<b>18</b>
<b>2.2.5</b>	<i>A soberania dos veredictos.....</i>	<b>18</b>
<b>2.2.6</b>	<i>A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.....</i>	<b>19</b>
<b>2.3</b>	<b>Panorama da instrução preliminar: da acusação à pronúncia.....</b>	<b>20</b>
<b>2.4</b>	<b>A natureza jurídica da decisão de pronúncia e seus requisitos: os indícios suficientes de autoria e a materialidade do fato.....</b>	<b>22</b>
<b>3</b>	<b>A PROVA NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1</b>	<b>Aspectos da teoria da prova no processo penal.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1.1</b>	<i>A prova e os elementos informativos.....</i>	<b>25</b>
<b>3.1.2</b>	<i>Classificação das provas.....</i>	<b>27</b>
<b>3.1.3</b>	<i>Princípios aplicáveis a teoria da prova no processo penal.....</i>	<b>30</b>
<b>3.1.4</b>	<i>O ônus da prova no processo penal.....</i>	<b>34</b>
<b>3.2</b>	<b>Os sistemas de valoração da prova no processo penal.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2.1</b>	<i>O sistema da prova tarifada.....</i>	<b>35</b>
<b>3.2.2</b>	<i>O sistema da íntima convicção.....</i>	<b>36</b>
<b>3.2.3</b>	<i>O sistema do livre convencimento motivado.....</i>	<b>36</b>
<b>3.3</b>	<b>A prova testemunhal.....</b>	<b>37</b>
<b>3.3.1</b>	<i>Características da prova testemunhal.....</i>	<b>37</b>
<b>3.3.2</b>	<i>Espécies de prova testemunhal.....</i>	<b>39</b>
<b>3.3.3</b>	<i>Procedimento de colheita do testemunho.....</i>	<b>40</b>
<b>3.3.4</b>	<i>Valor probatório da prova testemunhal.....</i>	<b>42</b>
<b>3.4</b>	<b>A testemunha de ouvir dizer.....</b>	<b>43</b>
<b>3.5</b>	<b>A prova indiciária.....</b>	<b>47</b>
<b>4</b>	<b>A TESTEMUNHA DE OUVIR DIZER COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.....</b>	<b>51</b>

4.1	A valoração da prova e a fundamentação da decisão de pronúncia.....	51
4.2	O sistema dos <i>standards</i> de prova aplicado a decisão de pronúncia.....	55
4.3	O princípio do <i>in dubio pro societate</i> e a competência constitucional do Tribunal do Júri.....	58
4.4	Análise de decisões dos Tribunais Superiores acerca da admissibilidade do testemunho de ouvir dizer como fundamento da pronúncia.....	63
4.5	A testemunha de ouvir dizer pode ser considerada como indício de autoria?.....	65
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
	REFERÊNCIAS.....	72

## 1 INTRODUÇÃO

Esse estudo tem o objetivo de analisar a decisão de pronúncia, proferida nos processos de competência do Júri, com enfoque na utilização do testemunho de ouvir dizer, ou testemunho indireto, como seu fundamento. O interesse por esse tema surgiu em razão de ter participado do programa de estágio da Defensoria Pública do Estado do Ceará junto à 3ª Vara do Júri. Em virtude da análise de alguns processos, observou-se que as decisões de pronúncia eram fundamentadas, de forma recorrente, em testemunhos indiretos.

A prova oral colhida na instrução preliminar reproduzia informações de terceiros, e não de fatos conhecidos diretamente pela testemunha. A partir disso questiona-se a adequação e a suficiência de um testemunho indireto fundamentar uma decisão judicial que, apesar de não pôr fim ao processo, encaminha o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri, que consiste em um corpo de jurados que julgam sem a necessidade de fundamentar suas decisões.

Tendo em vista que o foco desse trabalho é a decisão de pronúncia, se faz necessário, para sua melhor compreensão, o breve estudo do procedimento penal especial do Tribunal do Júri, do qual ela faz parte. A pronúncia, apesar de não ter caráter condenatório, tem o fim de atestar a existência de indícios suficientes de que o acusado foi o autor do crime, bem como a materialidade do fato.

A partir disso, no primeiro capítulo serão abordados aspectos históricos do Tribunal do Júri, como a origem do instituto e as alterações sofridas ao longo do tempo. Em seguida, será analisado se o julgamento popular é instrumento democrático a disposição do povo, assim como sua característica de Direito e Garantia fundamental.

Além disso, serão estudados os princípios constitucionais que regem o Júri, bem como sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, seguidos de um panorama da instrução preliminar, que é a primeira fase do procedimento.

A decisão de pronúncia encerra a instrução preliminar, que é uma fase estabelecida justamente para verificar, sob a égide do contraditório judicial, se as provas produzidas são suficientes para configurar os indícios suficientes de autoria ou participação e a materialidade do fato.

Em razão disso, inicia-se o segundo capítulo do trabalho com a análise da prova no processo penal. Assim, serão analisados temas como a diferença entre provas e elementos informativos, a classificação de provas, com o posterior enquadramento da prova testemunhal

de ouvir dizer nesses tipos, os princípios processuais penais aplicáveis a prova, a distribuição do ônus da prova no processo penal e os sistemas de valoração da prova.

A partir desse panorama, chega-se no meio de prova utilizado como objeto de estudo desse trabalho: a prova testemunhal. Verificam-se suas espécies, características, procedimento de obtenção da prova e valor probatório. Em seguida, estuda-se a testemunha de ouvir dizer, conceituando-a, verificando a posição de doutrinadores acerca de seu valor probatório, a regência dada pelo Código de Processo Penal, e outros aspectos. Analisa-se, ainda, a prova indiciária, conceituando-a, verificando o método de produzi-la e se constitui meio de prova.

O terceiro capítulo abordará a valoração e fundamentação da decisão de pronúncia, em especial o uso do brocardo *in dubio pro societate* como justificativa para o julgador proferir uma decisão de pronúncia em razão das dúvidas causadas pelas provas produzidas no processo.

Ao final, analisam-se alguns julgados dos Tribunais Superiores acerca da testemunha de ouvir dizer, chegando-se a análise crítica da sua utilização como fundamento da decisão de pronúncia.

## **2 O TRIBUNAL DO JÚRI**

De início, esse trabalho abordará elementos constituintes e caracterizadores do Tribunal do Júri (Júri), como sua origem histórica, fundamentos constitucionais e a disciplina legal do instituto, como forma de delimitar o objeto de estudo e fornecer elementos para a compreensão do tema, qual seja, a fundamentação da decisão judicial característica do Júri: a decisão de pronúncia.

Como observa Badaró (2009, p. 64), “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”.

A cada sessão de julgamento são sorteados 7 dos 25 jurados para compor o conselho de sentença, que é o órgão competente para julgar o caso, conforme o art. 447 do Código de Processo Penal (CPP).

No Brasil, esse órgão é responsável por julgar os crimes dolosos contra a vida, de acordo com o art. XXXVIII da Constituição Federal (CF). Contudo, a disciplina do instituto foi alterada diversas vezes, o que torna indispensável analisar suas origens históricas.

### **2.1 Breve histórico do Tribunal do Júri no Brasil**

O Decreto de 18 de junho de 1822 do Príncipe Regente, elaborado antes mesmo da declaração de independência, instituiu o Tribunal do Júri no Brasil. O órgão era constituído por 24 cidadãos brasileiros, mas não era competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, e sim os crimes de abuso da liberdade de imprensa, revelando o contexto histórico e as necessidades da época (CUNHA; PINTO, 2017, p. 20).

Já Constituição de 1824 foi a primeira norma brasileira a conter o termo “decisão de pronúncia”, bem como a diferenciar jurados e juízes, ao descrever que os primeiros julgariam os fatos e os últimos, o direito (FECURY, 2012, p. 45).

A Carta Constitucional ampliou a competência do Júri para o julgamento de todas as infrações penais e certos casos cíveis, atribuindo aos códigos, segundo o Art. 151, o regramento dos procedimentos (OLIVEIRA, 2000, p. 69).

O Código de Processo Criminal, em 1832, instituiu o conselho de acusação e o de sentença, semelhante ao modelo Inglês. A lei n. 261, de 3 de dezembro e 1841 aboliu o júri de acusação, mas manteve o júri de julgamento, passo importante para se chegar ao regramento atual (OLIVEIRA, 2000, p. 70).

A Constituição republicana de 1891 elevou a importância do júri popular ao dispor sobre ele no capítulo “dos direitos e garantia individuais”. Já a Constituição de 1934 retornou o Júri ao capítulo “do Poder Judiciário”, o que significaria sua transferência da esfera cidadã para a esfera estatal. O Júri não foi tratado pela Constituição de 1937, voltando a constar na Carta Magna de 1946 (OLIVEIRA, 2000, p. 70).

A Constituição de 1967 manteve o Júri, mas não dispôs sobre os princípios constitucionais do instituto. (NUCCI, 2015, p. 59).

A Constituição Federal de 1988 insere o Júri no título de direitos e garantias individuais, e não no relativo ao Poder judiciário. Ainda que o Júri integre este poder, sua disposição topográfica no título de direitos e garantias individuais aponta para a sua relevância jurídica e social, além de dar um tratamento diferenciado ao órgão por estar no rol do art. 5º da Carta Magna, como será visto a seguir.

## **2.2 Aspectos constitucionais do Tribunal do Júri**

A condição de Estado Democrático de Direito que a CF atribui ao Estado Brasileiro reflete-se em todas as suas instituições, notadamente no Júri Popular. Assim, torna-se oportuno relacionar as noções de democracia com esse instituto antes de adentrar no assunto de seus princípios constitucionais.

### ***2.2.1 A democracia no Tribunal do Júri***

A democracia é pontuada como o fundamento para que o Tribunal do Júri subsista. A participação popular nos julgamentos reflete uma responsabilização social e uma legitimação dos veredictos. (VALE, 2014, p. 207)

Conforme Pacelli de Oliveira (2010, p. 685), “o Tribunal do Júri seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário”, em razão de o julgamento ser realizado pelos pares do acusado e não pelos juízes togados. Ademais, a partir da compreensão que o povo tem do Direito é que se daria sua aplicação.

Nessa toada, é oportuno trazer a proposição de Paulo Bonavides (2003, p. 252) sobre o conceito de democracia:

Em suma, democracia e Estado de Direito, sem embargo de escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactadas.

Sem embargo, há opiniões contrárias ao caráter democrático do Júri popular. Marcos Vinicius (2000, p. 31-32) pondera que o Júri só será democrático se sua composição for feita de forma democrática, visto que, historicamente, observa-se a prevalência de funcionários públicos no conselho de sentença brasileiro, causando uma ausência de representatividade de outros setores sociais.

Brochado Neto (2016, p. 23) afirma que, majoritariamente, os jurados são servidores públicos municipais ou estaduais, com alto nível escolar, que geralmente é de graduação, além de terem, no mínimo, 1 ano de experiência como jurados, encontrando aqueles com 3 anos nessa função, o que contraria o alistamento anual de jurados imposto pelo art. 425 do CPP. Conforme o autor (2016, p. 96), essa homogeneidade na composição do júri “compromete o caráter democrático da instituição”.

Além disso, os resultados produzidos pela pesquisa científica de Brochado Neto (2016, p. 48-50) demonstraram que 88% dos jurados em Fortaleza são servidores públicos, fato que, em menores porcentagens, também se revela em outras cidades brasileiras.

Em Fortaleza, o autor afirma que havia o hábito do desligamento do funcionário público do seu órgão de trabalho enquanto estivesse exercendo a função de jurado, o que justificaria a intensa participação dessa categoria no Júri.

Nucci (2015, p. 54) assevera que, caso o julgamento popular fosse um elemento essencial à democracia, o Júri deveria ter competência para o julgamento de todos os delitos previstos no ordenamento jurídico pátrio. Portanto, a *contrario sensu*, o Júri não seria essencial a democracia visto que, no Brasil, é competente para julgar apenas uma parcela dos delitos, isto é, os crimes dolosos contra a vida.

Ressalta-se que é temerário atribuir a leigos, que não precisam revelar suas razões na decisão, o julgamento de uma causa que definirá a responsabilização penal de uma pessoa que, possivelmente, terá sua liberdade restrita por algum tempo.

Nesse sentido, ao passo que o Júri tem um viés democrático, também pode padecer de autoritarismos em razão da desnecessidade legal de fundamentação dos vereditos. Assim sendo, quaisquer preconceitos, intolerâncias ou ideias pré-concebidas dos jurados poderiam fundamentar um julgamento, o que consiste em um grande risco (OLIVEIRA, 2010, p. 685).

Por outro lado, cumpre ressaltar que o Júri popular consiste em uma conquista cidadã que propicia a participação popular na Administração da Justiça. O Art. 425, § 2º do CPP determina o recrutamento de jurados em todos os setores sociais, o que demonstra uma

tentativa, ainda que no plano do dever-ser, a composição de um júri heterogêneo e representativo (VALE, 2014, p. 225).

Ademais, ainda que se fale em representatividade popular no Júri, considera-se que os jurados não representariam o povo, mas são o próprio povo no exercício de seus poderes políticos (VALE, 2014, p. 237).

Portanto, o juiz presidente seria o único a representar o povo no Júri, visto que sua legitimidade advém do cumprimento da lei, esta que foi votada pelos representantes eleitos pelo povo (NUCCI, 2015, p. 56).

### ***2.2.2 O Júri como direito e garantia fundamental***

A partir dessa perspectiva democrática do Júri, parte-se para a análise de sua natureza de direito e garantia fundamental. Conforme a doutrina de Bulos (2012, p. 523), direitos fundamentais ou liberdade públicas são o “conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos”. Já as garantias seriam os instrumentos hábeis para o exercício de tais direitos.

Exemplifica-se com o direito à ampla defesa e a garantia ao contraditório, ou o direito de crença e a garantia de liberdade de culto, previstos no art. 5º, LV e VI da CF, respectivamente. Ainda que um direito fundamental esteja positivado, só estará protegido de discussões e violações se assegurado por uma garantia fundamental. (BULOS, 2012, p. 528)

Por sua vez, NUCCI (2015, p. 51-52) conceitua direitos fundamentais como aqueles primordiais ao ser humano, sendo boa parte deles mencionada no art. 5º da CF, como o direito à vida, à liberdade de locomoção, dentre outros. Por sua vez, as garantias fundamentais consistem em instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

Toma-se como exemplo a garantia fundamental de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI, CF). Essa garantia visa resguardar o direito fundamental à liberdade (art. 5º, caput, CF).

No que tange ao Júri Popular, relembre-se que o instituto foi elevado à categoria de Direitos e Garantias Individuais na Constituição de 1891, como foi dito anteriormente, ainda que, historicamente nas Constituições, tenha oscilado entre este capítulo e o referente ao Poder Judiciário.

José Frederico Marques assevera ser o Júri uma garantia do cidadão que resguarda e fortalece o seu direito de liberdade (1963, p. 53-54, 1 v).

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o Júri no capítulo referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que está inserido no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que, por si só, já enquadra o instituto como direito e garantia fundamental.

Há o entendimento de que o Júri constitui garantia tanto para o cidadão quanto para o acusado. O cidadão como jurado participa diretamente da administração da justiça. O acusado, por seu turno, teria as garantias da plenitude da defesa e da instrução preliminar, que são próprias do procedimento do Júri (FECURY, 2012, p. 74-75).

Ademais, o acusado desfruta da garantia de ser julgado pelo povo, na figura dos jurados, que decidem com base seus próprios parâmetros, diferente dos juízes togados que são adstritos à lei (TOURINHO FILHO, 2012, p. 66-67, 2 v).

### ***2.2.3 A plenitude de defesa***

O instituto do Júri está reconhecido e assegurado no art. 5º, inciso XXXVIII da CF, integrando o rol de direitos e garantia fundamentais. Como desdobramento disso, constitui cláusula pétreia, por força do art. 60, § 4º, IV da CF que proíbe a reforma à Constituição que vise extinguir direitos e garantias individuais (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 172), o que impede que o instituto seja extinto do ordenamento jurídico, inclusive por Emenda Constitucional.

Em seguida, o inciso elenca quatro princípios norteadores do Júri. O primeiro deles é a plenitude de defesa, referido na alínea *a*. Conforme Bulos (2012, p. 635) a plenitude de defesa “é a possibilidade de o acusado se opor àquilo que se afirma contra ele”.

O texto constitucional, em diversos dispositivos, e essencialmente no art. 5º, LV, já tratava do princípio da ampla defesa, o que gera a discussão acerca da sua identidade com o princípio da plenitude da defesa.

Há o entendimento de que ampla defesa e plenitude de defesa seriam sinônimos, tendo optado o constituinte por uma diferenciação exclusivamente terminológica a fim de prestigiar as peculiaridades do procedimento do Júri (OLIVEIRA, 2000, p. 84).

Em posição oposta, considera-se que a defesa plena inclui não só a defesa técnica, baseada em premissas jurídicas, mas também qualquer argumentação fundada na psicologia, religião ou em questões morais que podem ser alegadas, e acolhidas pelos jurados (CUNHA; PINTO, 2017, p. 22).

No mesmo sentido da diferenciação dos princípios argumenta-se que amplo significaria vasto, largo, ao passo que pleno seria algo absoluto, completo. (NUCCI, 2015, p. 35).

Assim, a defesa plena guardaria ainda mais proteção normativa com o acusado do que a ampla defesa, e não só significaria a possibilidade de o defensor se utilizar de todos os meios e recursos legais possíveis, mas a necessidade dele ir além de uma atuação regular, tendo em vista que eventuais falhas ou deficiências não podem ser supridas pelos jurados (NUCCI, 2015, p. 36), inclusive podendo afetar sobremaneira na elaboração dos vereditos.

Um exemplo que demonstra a distinção da plenitude da defesa consiste na disposição do art. 497, V do CPP de que o juiz presidente do Júri pode nomear outro defensor para o acusado se verificar que o atual defensor realiza uma defesa precária, o que não acontece nos procedimentos criminais comuns (NUCCI, 2015, p. 35).

Corroborando esse entendimento, seria justificável tratar com maior cautela a defesa do Júri pelas singularidades desse procedimento penal, onde os julgadores serem leigos e decidem sem precisar fundamentar seus vereditos (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 173).

#### ***2.2.4 O sigilo das votações***

O artigo 485 do CPP dispõe que a votação dos jurados ocorrerá em sala secreta ou no próprio plenário após a saída do público. Esse dispositivo decorre do princípio constitucional do art. XXXVIII, b, CF do sigilo das votações, que visa resguardar a imparcialidade e independência da votação dos jurados de quaisquer manifestações tendenciosas do público presente (NUCCI, 2015, p. 42).

A nova redação do art. 489 do CPP segue essa linha de preservar a autonomia e a segurança dos jurados quando determina que a votação ocorrerá por maioria, isto é, o procedimento não terá continuidade caso os quatro primeiros votos sejam no mesmo sentido (CUNHA; PINTO, 2017, p. 300)

Houve questionamentos acerca da constitucionalidade da sala secreta já que ofenderia a publicidade dos atos processuais e julgamentos previstas no art. 5º, LX e no art. 93, IX ambos da CF. Entretanto, os próprios dispositivos excetua da publicidade as situações em que a defesa da intimidade ou o interesse social ou público assim exigirem, onde se enquadra o sigilo das votações do Júri (NUCCI, 2015, p. 41).

#### ***2.2.5 A soberania dos vereditos***

O princípio da soberania dos veredictos está previsto no art. 5º, XXXVIII, *c* da CF e determina que a decisão dos jurados é definitiva e não pode ser alterada no mérito por juízes togados. Já o art. 472 do CPP dispõe que os jurados devem decidir com base na sua consciência e nos preceitos de justiça, e não com base em leis ou jurisprudência, até porque não detém o conhecimento dessas fontes (NUCCI, 2015, p. 43).

A razão de ser da soberania dos veredictos consiste na impossibilidade do juiz de direito se substituir aos jurados para reformar a sentença proferida por estes no exercício da competência constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Apesar da proteção dada à decisão dos jurados há duas formas de impugná-las. O recurso de apelação pode ser manejado quando a sentença for contrária à prova dos autos. Caso o Tribunal dê provimento ao recurso, não poderá proferir uma decisão para reformar a que está sendo contestada, mas deverá anular o primeiro julgamento e submeter o acusado a um novo julgamento pelo Júri, em respeito a soberania dos veredictos (OLIVEIRA, 2010, p. 865).

Já a segunda forma de impugnação, que é a ação de revisão criminal, representa uma exceção a soberania dos veredictos. Se após o trânsito em julgado da ação de competência do Júri houver prova nova da inocência do acusado, por exemplo, caberá revisão criminal que será julgada pelo Tribunal de segunda instância, que proferirá nova decisão (FECURY, 2012, p. 60). Portanto, essa previsão legal demonstra que o princípio da soberania dos veredictos, como os demais princípios constitucionais, não é absoluto.

Por consequência, a razão de ser da soberania dos veredictos é obstar que, em sede de recurso, o Tribunal profira uma decisão de mérito que substitua aquela emanada pelos jurados, suprimindo a competência destes (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 176).

#### ***2.2.6 A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida***

O art. XXXVIII, *d*, da CF delimita a competência de julgamento do Tribunal do Júri aos crimes dolosos contra a vida, que estão definidos no Código Penal no Capítulo I – Dos crimes contra a vida, cumprindo o mandamento constitucional (FECURY, 2012, p. 60).

Tais delitos incluem os homicídios simples, privilegiado, qualificado, feminicídio, infanticídio, bem como induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, e aborto, tipificados nos art. 121 ao 128 do CP, com a exceção do homicídio culposo do art. 121, §3º que é de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Essa competência dos crimes dolosos contra a vida é mínima em razão da possibilidade de julgamento de crimes conexos, isto é, crimes não incluídos no referido rol mas praticados com vinculação a eles, o que justifica a apuração em processo único. Em razão de o Júri ser cláusula pétrea, não haveria empecilho para ampliar sua competência, mas sim para esvaziá-la (NUCCI, 2015, p. 48).

Destaca-se que há dois crimes de natureza semelhante ao homicídio, mas que não são de competência do Júri. O primeiro é o crime de genocídio previsto na Lei 2.889/56. Na doutrina de Nucci (2015, p. 51-52), o genocídio seria um crime de homicídio coletivo enquadrando-se no gênero de crimes dolosos contra a vida.

Em sentido oposto, o STF proferiu decisão no Recurso Extraordinário nº 351.487/RR, de relatoria do Ministro César Peluso, entendendo que a lesão à vida e a integridade física são apenas meios de se perpetrar o genocídio, posto que a tipificação dessa conduta visa resguardar a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, consistindo em um bem jurídico supranacional ou coletivo.

Assim, a Suprema Corte decidiu que a competência para o julgamento de genocídio é da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual no âmbito do Júri.

Vale mencionar a súmula 603 do STF de que o latrocínio, isto é, o roubo qualificado pelo resultado morte, não é da competência do Júri, mas do juiz singular. O motivo é semelhante ao do genocídio, isto é, o bem jurídico tutelado pelo latrocínio é o patrimônio posto que inserido no título relativo a crimes contra o patrimônio no Código Penal (GRECO, 2015, p. 80, 3 v).

### **2.3 Panorama da instrução preliminar: da acusação à pronúncia**

Tendo em vista que o objetivo deste estudo é a decisão de pronúncia, far-se-á um panorama da instrução preliminar, procedimento que antecede a referida decisão, com o fim de contextualizar a matéria em estudo, mas não de exauri-la.

O art. 394 do CPP determina que o procedimento penal será comum ou especial. Os crimes sujeitos a julgamento pelo Júri possuem procedimento especial disciplinado nos arts. 406 a 497 do Código.

O procedimento do Júri é considerado um sistema bifásico por parte da doutrina. A primeira fase, intitulada *iudicium accusationis* ou juízo de acusação, inicia-se com o recebimento da denúncia ou queixa e finda com o trânsito em julgado da decisão de pronúncia. A segunda fase, denominada *iudicium causae* ou juízo da causa, é a fase em que se desenvolve

o julgamento da causa e tem fim com trânsito em julgado da sentença. (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 282).

Há quem considere ser trifásico o procedimento do júri. Além das duas fases acima elencadas, a preparação do processo para julgamento em plenário, disciplinada pelos artigos 422 a 424 do CPP, seria uma fase intermediária. Esse entendimento baseia-se no que dispõe o próprio Código que dispensa uma seção própria para disciplinar os atos preparatórios para julgamento (NUCCI, 2015, p. 86).

Na primeira fase, o juiz inicia realizando um juízo de admissibilidade da acusação e verificará se há justa causa, isto é, “a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação” que constitui “garantia contra o uso abusivo do direito de acusar” conforme Lopes Jr. (2016, p. 161).

Na ausência de justa causa ou na incidência das outras hipóteses do art. 395 do CPP, o juiz rejeitará liminarmente a acusação. Caso contrário, receberá a peça e citará o acusado para que apresente resposta à acusação em 10 dias, consoante o art. 406 do CPP (NUCCI, 2015, p. 89).

Após a citação do réu apresenta-se a resposta à acusação que é a oportunidade inicial que o acusado dispõe de apresentar toda matéria que seja interessante a sua defesa, bem como é o momento de arrolar testemunhas que serão ouvidas posteriormente, conforme o art. 396-A do CPP. Caso a essa defesa não seja oferecida, o juiz nomeará defensor dativo para fazê-la, pois o processo não pode prosseguir sem a manifestação inicial do acusado em razão do princípio da plenitude de defesa (NUCCI, 2015, p. 90).

Após a defesa prévia, a acusação terá prazo para se manifestar, conforme o art. 409 do CPP, seguindo-se a designação da audiência de instrução para que haja, de acordo com a ordem legal do art. 411 do CPP, inquirição do ofendido, das testemunhas de acusação, das testemunhas de defesa, do esclarecimento dos peritos, das acareações, do reconhecimento de pessoas ou coisas, do interrogatório do réu e dos debates orais entre acusação e defesa.

O art. 412 do CPP determina que esta primeira fase deva ser encerrada no prazo de 90 dias. Após esse procedimento inicial, os autos são conclusos ao juiz que poderá proferir um dos quatro tipos de decisões a seguir: impronúncia, desclassificação, absolvição e pronúncia.

Em apertada síntese, a impronúncia extingue o processo sem o julgamento do mérito em razão da ausência de materialidade do fato, isto é, que o fato realmente aconteceu, ou de indícios de autoria ou participação do acusado. Já a desclassificação remete o processo a outro juízo por identificar que o Júri não era competente para o julgamento daquela causa.

Por sua vez, a sentença de absolvição julga o mérito do processo ao absolver o acusado quando presentes uma das circunstâncias elencadas no art. 415 do CPP (NUCCI, 2015, p. 100).

Caso alguma dessas três decisões mencionadas seja proferida, haverá o encerramento da primeira fase do júri. Por outro lado, se o magistrado proferir a decisão de pronúncia, o processo será encaminhado para a segunda fase, que é a de julgamento.

Se os jurados, na segunda fase do Júri, são competentes para o julgamento dos processos, o que justificaria a existência dessa fase preliminar? Pacelli de Oliveira (2010, p. 689) afirma que os jurados são pessoas comuns que não integram o Poder Judiciário e, em regra, não detém conhecimento jurídico.

Assim, para viabilizar o julgamento por eles, deve haver uma preparação, análise e simplificação da causa, que se inicia na instrução preliminar e resulta nos quesitos a eles apresentados, por meio dos quais decidem a causa.

Ademais, o autor destaca que na instrução preliminar há a avaliação jurídica se o crime apurado é ou não de competência do Tribunal do Júri.

A partir disso, parte-se para a breve análise dos requisitos exigidos pelo CPP para que o juiz profira a decisão de pronúncia.

#### **2.4 A natureza jurídica da decisão de pronúncia e seus requisitos: os indícios suficientes de autoria e a materialidade do fato**

A relevância da decisão de pronúncia reside tanto na sua exclusividade no procedimento do júri, quanto por consistir em um filtro que define quais réus irão ser julgados pelo corpo de jurados na fase de *iudicium causae* (FECURY, 2012, p. 61).

Salienta-se que os jurados são pessoas leigas, que desconhecem o direito. Assim, a decisão de um juiz togado sobre a viabilidade jurídica da acusação antes que os juízes leigos realizem o julgamento visa evitar erro judiciário (NUCCI, 2015, p. 110).

É por isso que se define a pronúncia como “um filtro que se coloca entre o direito de acusar e o direito de punir” (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 384)

A pronúncia é classificada como uma decisão interlocutória mista posto que apesar de encerrar uma fase do processo, que é a de instrução preliminar, caracterizando-a como interlocutória, a decisão deve conter os elementos de uma sentença, que são o relatório, a fundamentação e o dispositivo. (NUCCI, 2015, p. 110)

Na versão original do CPP, a pronúncia tinha um caráter acusatório na medida em que impunha a prisão do acusado e que seu nome fosse lançado no rol dos culpados, situação

que mudou com a Lei 9.033 de 1995, que retirou a inclusão do réu no referido rol, e com a Lei 11.689 de 2008, que deixou de exigir a prisão em razão da pronúncia. (FECURY, 2012, p. 71)

A decisão que recebe a denúncia ou queixa faz uma análise da admissibilidade da acusação. Já a pronúncia não se afasta muito dessa análise, mas vai além posto que verifica se o apurado na produção de provas está no sentido de confirmar ou não o que foi descrito na peça inicial da acusação (FECURY, 2012, p. 73 e 77).

Conforme o autor, essa decisão se destaca das demais decisões interlocutórias pois analisa o mérito da causa sem julgá-lo. Por sua vez, a decisão que decreta a prisão preventiva aproxima-se da pronúncia porque também avalia o mérito da causa para fundamentar a prisão imposta, já que o art. 312 do CPP demanda que o juiz avalie se há prova da existência do crime e indício suficiente de autoria para decretar a medida. (FECURY, 2012, p. 73 e 77).

A pronúncia é referida no CPP ora como decisão, como no art. 421, ora como sentença, como no art. 564, III, *f*. A decisão era comparada a sentença pois, na versão original do CPP, determinava as implicações de uma condenação ao taxar o acusado como culpado e determinar sua prisão, como já mencionado. Todavia, a doutrina já pacificou o entendimento de que a pronúncia tem a natureza jurídica de decisão (FECURY, 2012, p. 74).

Quanto aos requisitos para que o juiz pronuncie o acusado, o art. 413 do CPP dispõe que o magistrado deve se convencer da materialidade do fato, bem como da existência de indícios suficientes de autoria ou participação.

O convencimento do juiz sobre a materialidade deve se dar por uma análise objetiva das provas e sem qualquer dúvida. Já a valoração das provas, como o prestígio de um depoimento a outro, pode se dar de forma subjetiva para que se chegue a conclusão da materialidade do fato (NUCCI, 2015, p. 112).

Frederico Marques pontua que “A prova do crime, que se exige para a pronúncia não é diversa da prova que se exige para a condenação” (1963, p. 225, 1 v).

Vale ressaltar que a terminologia utilizada pelo CPP quando requer a o convencimento da materialidade do fato, e não do crime, é acertada pois o deslinde da instrução pode mostrar a incidência de causa de excludente da ilicitude, como a legítima defesa, que descaracteriza aquele fato como crime (NUCCI, 2015, p. 113).

Faz-se essa observação em razão da mudança legislativa que ocorreu no diploma processual penal, pois o Código de Processo Criminal do Império, no art. 144, exigia a materialidade do delito, e não do fato.

Relativo aos indícios suficientes de autoria ou participação, Nucci (2015, p. 115) afirma que os indícios são um tipo de prova indireta porque constituem elementos probatórios menores que, analisados em conjunto, permitem que se chegue a uma conclusão.

Por sua vez, Iribure Júnior (2009, p. 383-384) afirma que a certeza do juiz quanto a autoria do crime é diferente da certeza que o jurado, no julgamento, deva ter. Por isso, o Código exige menos do magistrado ao requerer unicamente dois requisitos para pronunciar o acusado.

O referido autor destaca, ainda, que o CPP requer dois tipos de certeza, pois quanto a materialidade exige a certeza plena, mas quanto a autoria ou participação exige apenas indícios (2009, p. 392).

A prova indiciária é considerada um meio de prova previsto no art. 239 do CPP. A definição do indício centra-se no conhecimento de um fato que, por meio do raciocínio lógico indutivo, levará a conclusão de um fato anteriormente desconhecido. Devido a essa complexidade de se realizar um procedimento inferencial para se chegar a uma conclusão, a prova inferencial deve ser valorada com mais cautela que a prova direta (FECURY, 2012, p. 163).

A partir desse panorama, questiona-se que elementos probatórios, na prática, o magistrado pode caracterizar como indícios? A prova testemunhal é um deles? Quantos indícios ou quais espécies deles seriam necessários para fundamentar uma decisão de pronúncia? Em que consiste a diferença entre indícios e provas? Tais questionamentos motivaram a linha de estudo do próximo capítulo, que se concentrará na teoria da prova, a prova testemunhal e a prova indiciária.

### **3 A PROVA NO PROCESSO PENAL**

Tendo em vista que a prova testemunhal de ouvir dizer consiste em um dos campos de estudo deste trabalho, faz-se necessária a contextualização do tema dentro da teoria geral da prova, analisando alguns tópicos relevantes que concernem à prova no processo penal.

#### **3.1 Aspectos da teoria da prova no processo penal**

##### ***3.1.1 A prova e os elementos informativos***

A prova no processo penal destina-se a levar ao conhecimento do julgador os fatos descritos na acusação ou a comprovar que estes não ocorreram, parcial ou totalmente, no caso das provas produzidas pela defesa. Tais fatos são reconstruídos pela produção de provas, e o resultado disso é utilizado pelo julgador para fundamentar sua convicção na sentença (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 550).

O art. 155 do CPP estabelece que a prova deve ser produzida em contraditório judicial, isto é, com a participação dialética das partes em juízo. Tendo em vista essa definição de prova, é oportuno traçar a diferença entre elementos probatórios e elementos informativos.

Conforme Távora e Alencar (2016, p. 614), os elementos informativos “são os documentos e outros registros colhidos em procedimento diverso do processo judicial, sem a observância atinente ao contraditório”, como as informações coletadas no inquérito policial. São elementos pré-processuais produzidos de forma unilateral na investigação (REBOUÇAS, 2017, p. 518)

Essa distinção é importante porque esses elementos não constituem prova, visto que não há a exigência de serem produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, bem como não foram produzidos em contraditório judicial (LIMA, 2011, p. 835-836, 1 v).

É por isso que a parte final do art. 155 do CPP veda que uma decisão judicial seja fundamentada exclusivamente em elementos informativos, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Rebouças (2017, p. 518) afirma que o termo “exclusivamente” do art. 155 do CPP deve ser interpretado conforme a Constituição na medida em que apenas os tipos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas podem ser utilizadas pelo juiz, quando únicas, para fundamentar sua decisão.

Apesar de o juiz agir sob o manto do livre convencimento motivado, que será aprofundado posteriormente, podendo, a princípio, se utilizar de provas ou elementos informativos, desde que motive sua decisão, o referido autor entende que o julgador não poderia servir-se de outros tipos de elementos de informação diversos das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas para embasar sua decisão, ainda que corroborados com outras provas (REBOUÇAS, 2017, p. 518).

Todavia, entende-se majoritariamente que o julgador pode compor sua convicção de elementos informativos como meio complementar ao que for produzido em contraditório judicial, entendimento compartilhado pela jurisprudência (LIMA, 2011, p. 836-837, 1 v).

Mais adiante será aprofundado o tema da utilização dos elementos informativos do inquérito policial como fundamento da decisão de pronúncia.

Dando continuidade ao estudo da prova, foram reunidas três acepções para o vocábulo *prova* no processo penal. A primeira é a prova como instrumento utilizado no processo para dirimir as dúvidas sobre as questões de fato nele apuradas (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 120).

Por esse prisma, os meios de prova seriam a prova testemunhal, a documental e a pericial, que consistem em instrumentos legais aptos a verificar ou contestar os fatos analisados no processo. (REBOUÇAS, 2017, p. 507)

A segunda, conforme o autor, é a prova como o desenrolar de uma atividade desempenhada pelas partes com o fim de pôr à disposição do julgador e da sua convicção elementos relacionados a acusação e outras questões relativas a esta.

A prova como atividade decorre do direito à prova, que, por sua vez, é consequência do direito de ação, visto que o Estado deve garantir à parte o direito de comprovar sua pretensão, bem como de ter influência na decisão do juiz (LIMA, 2011, p. 834, 1 v).

A terceira acepção é da prova como resultado, que consiste, em um aspecto objetivo, no material produzido, como o documento relativo a um depoimento ou um laudo de transcrição de diálogos gravados. Já em um aspecto subjetivo, representa o convencimento do julgador, bem como das partes, a partir de uma avaliação do conteúdo dos instrumentos de prova (REBOUÇAS, 2017, p. 507)

Após a análise inicial acerca das definições de *prova*, procede-se ao estudo dos tipos de prova a fim de que haja o enquadramento, posteriormente, da prova testemunhal de ouvir dizer nas classificações a seguir expostas.

### 3.1.2 Classificação das provas

Távora e Alencar (2016, p. 623) classificam as provas quanto ao objeto; ao efeito ou valor; ao sujeito ou causa; à forma ou aparência; à possibilidade de renovação em juízo; ao momento procedimental; à previsão legal; à finalidade da prova e à imposição legal. Os conceitos desses ramos da prova serão expostos a seguir.

Em relação ao objeto, a prova é direta quando se relaciona diretamente ao fato que pretende provar, tomando-se como exemplo o depoimento de uma testemunha ocular do crime (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 618).

Já a prova indireta revela acontecimento diverso do fato principal, mas que, por consequência lógica, leva a este. É o caso dos indícios, que conforme o art. 239 do CPP, consistem em uma circunstância conhecida e provada que leva, por meio de indução, a conclusão da existência de outra circunstância, pois há relação com o fato (LIMA, 2011, p. 844-845, 1 v).

De acordo com Tourinho Filho (2013, p. 343, 3 v, grifo do autor), a testemunha é “*Indireta*, quando depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer. É a testemunha *de auditu*, ou ‘testemunhos de ouvir dizer’”, tendo em vista que a testemunha não teve contato direto com o fato, mas transmite, de forma reflexa, o que lhe falaram sobre ele.

Malatesta (1927, p. 149) exemplifica a diferença entre prova direta e indireta com seguinte exemplo. No caso de uma testemunha que afirma ter visto Tício matando Caio, depreende-se que o homicídio é o objeto central da prova. Portanto, trata-se de prova direta acerca do fato.

Segundo o mesmo autor, o conteúdo do depoimento de uma testemunha que afirma ter visto Tício fugindo após cometer o homicídio não trata diretamente do delito, mas de uma circunstância indireta que leva a ele, constituindo, desse modo, uma prova indireta.

Relativamente ao sujeito ou causa, tem-se a prova real, que é aquela que advém diretamente do fato, como uma fotografia, e a prova pessoal, que é o produto da ciência de alguém sobre o fato, como a prova testemunhal, a confissão e a declaração da vítima (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 619).

A prova real seria aquela derivada de uma coisa que traz um registro do fato, exemplificando-se na perícia. Já a prova pessoal advém da consciência de uma pessoa e no que esta declarou sobre o fato, como se vê na prova testemunhal (LIMA, 2007, p. 360).

Nesse contexto, Malatesta (1927, p. 294) afirma que “Sob o ponto de vista dos vestígios que um facto [sic] pode ter deixado atrás de si, há conseguintemente dois sujeitos possíveis de prova do mesmo facto [sic]: ou uma coisa que atesta, ou uma pessoa que afirma”.

Quanto à forma ou aparência, identifica-se a prova pelo aspecto que ela assume no processo. Assim, há a prova testemunhal, em que a “afirmação de uma pessoa, independentemente, tecnicamente, de ser testemunha ou não” é o elemento principal. Já a prova documental consiste em um objeto que registra “graficamente a manifestação de um pensamento”. A prova material “simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração de um fato”, como o exame de corpo de delito ou os instrumentos utilizados no crime (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 619).

Malatesta (1927, p. 117) destaca a imprecisa disposição dos indícios na mesma categoria das provas testemunhal, da confissão e da prova documental. Estas três últimas consistem em espécies de prova relativa a forma, enquanto o indício seria uma espécie de prova quanto a substância. Diante disso, pode haver um testemunho, confissão ou documento cujo conteúdo seja um indício.

Dando continuidade a classificação de Távora e Alencar (2016, p. 618), quanto ao efeito ou valor, verifica-se a prova plena, que é aquela indispensável a fundamentar uma condenação pois traz ao juiz a certeza relativa ao fato analisado. Já a prova não plena ou indiciária configura uma prova “limitada a profundidade”, que seria idônea a fundamentar a imposição de medidas cautelares, por exemplo.

Polastri Lima (2007, p. 362) afirma que prova não plena demonstra “mera probabilidade de procedência de uma alegação”, consistindo no padrão de prova exigido para a imposição de medidas como a prisão preventiva, a busca e apreensão de bens, o sequestro e o arresto, já que o CPP exige indícios suficientes, indícios veementes ou fundadas razões para a decretação de tais medidas.

Quanto ao momento procedimental, a prova pode ser cautelar preparatória ou antecipada quando obtida durante a investigação policial em razão de possível periclitamento ou para fundamentar provável ação penal, como a interceptação telefônica realizada no curso do Inquérito (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 620).

Pode ser ainda cautelar incidental ou antecipação probatória quando a prova é colhida durante a ação penal mas anteriormente ao momento regular de obtenção de provas, como ocorre quando uma testemunha precisa ser ouvida antes da audiência por motivo de saúde.

Quanto à possibilidade de renovação em juízo, reúnem-se as provas colhidas no inquérito policial e analisa-se se há como repeti-las em sede de contraditório judicial. As provas irrepetíveis não comportam essa renovação em juízo pelo fato de perecerem ou, mesmo que repetidas, não seriam mais aptas a demonstrar os mesmos resultados (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 619).

Um exemplo disso é o exame de corpo de delito realizado na vítima de lesão corporal, visto que o trauma desaparece com o tempo. Em contraposição, há as provas repetíveis, que podem ser reproduzidas em juízo, como a prova testemunhal (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 620).

Já em relação à previsão legal, apesar de divergências quanto a essa classificação, a posição dos referidos autores é de que a prova pode ser nominada típica, quando a lei não só prevê o meio de prova, identificando-o com um *nomen juris*, mas também dispõe sobre seu modo de produção, que é o caso da prova testemunhal, ou pode ser nominada atípica, quando há uma nomenclatura mas a lei não regula seu modo de produção, como se vê na reprodução simulada de fatos, prevista no art. 7º do CPP.

Apesar de não estarem previstos na legislação, aceita-se as provas inominadas, isto é, qualquer meio de prova lícito que não contrarie os bons costumes, pelo prestígio do princípio da busca pela verdade (LIMA, 2007, p. 858). As certidões dos oficiais de justiça seriam um exemplo de prova inominada (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 621).

Anota-se que a divergência da classificação das provas quanto a previsão legal reside em duas teorias. A posição restritiva sustenta que provas típicas são todas aquelas com *nomen juris* previsto em lei, independente do regulamento da sua produção. Já a posição ampliativa defende que as provas típicas exigem que a lei discipline tanto o *nomen juris* quanto a produção probatória (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 621).

Quanto à finalidade da prova, há a prova anômala quando um meio de prova é utilizado em substituição a outro mais propício para comprovar o fato (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 621), tal como a colheita do depoimento de uma testemunha de outra comarca por ligação do oficial de justiça, quando o meio idôneo para obter essa prova seria por carta precatória (LIMA, 2011, p. 860, 1 v).

Por sua vez, a “prova irritual”, segundo Távora e Alencar (2016, p. 622), é aquela “produzida sem a observância de seu procedimento legal”, como no caso em que o depoimento da vítima de crime sexual foi feito por meio escrito, quando deveria ter sido obtido de forma oral.

Quanto a imposição legal da forma da prova, verifica-se a prova legal positiva, prova legal ou prova tarifada, em que a lei exige o meio de prova idôneo a comprovar determinado fato, que é o caso da certidão de casamento que demonstra o estado civil das pessoas, conforme o art. 155, parágrafo único do CPP.

Já a prova legal negativa consiste no tipo de prova que a lei considera insuficiente para comprovar o fato, como na vedação da condenação com base unicamente em indícios provenientes da fase de investigação, previsto no art. 155, *caput*, do CPP, ou na insuficiência da confissão para sustentar, isoladamente, uma condenação, devendo estar acompanhada de outras provas (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 622).

Após essa análise, a prova testemunhal de ouvir dizer classifica-se como prova indireta, pessoal, testemunhal, repetível e nominada típica, adotando-se o posicionamento de Alencar e Távora quanto a este último tipo, porque se trata de prova testemunhal, já que o “ouvir dizer” refere-se apenas ao seu conteúdo, não prejudicando o fato de que a lei prevê seu *nomen iuris* e sua forma de produção.

Não é oportuno classificá-la quanto ao momento procedimental, pois uma prova testemunhal é passível de ser obtida tanto como cautelar antecipada, quanto como cautelar incidental a depender do caso concreto.

Ademais, não se vislumbra a prova testemunhal de ouvir dizer como anômala, pois não se presta a substituir outra mais adequada ao caso, ou irritual, já que não é produzida em desacordo com a previsão legal da prova testemunhal.

A compreensão do depoimento por ouvir dizer como prova legal positiva ou prova legal negativa, bem como quanto a sua classificação como prova plena ou não plena será abordado posteriormente.

### ***3.1.3 Princípios aplicáveis a teoria da prova no processo penal***

A relevância dos princípios para o processo penal reside no fato de que instituem “o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal)”, norteando a aplicação do direito e servindo de base para respostas aos dilemas que surgem ao longo do processo (RANGEL, 2005, p. 1).

Diante disso, parte-se para a análise dos princípios aplicáveis ao âmbito da prova no processo penal.

De início, analisa-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade que está positivado no art. 5º, LVII, da CF e dispõe que ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Decorre disso a atribuição do ônus da prova à acusação na comprovação da culpabilidade do acusado (LIMA, 2011, p. 917, 1 v).

Nesse prisma, o autor afirma que a presunção de inocência se aproxima do princípio do *in dubio pro reo* porque tendo o julgador dúvida sobre os fatos analisados, deve o acusado se beneficiar da decisão por não ter o ônus de provar sua inocência.

No âmbito da decisão de pronúncia, a jurisprudência e parte da doutrina entendem que vigora o princípio do *in dubio pro societate*, onde na dúvida decide-se a favor da sociedade, isto é, contra o réu, porque compete ao Tribunal do Júri proferir a decisão definitiva sobre o mérito da acusação (CUNHA; PINTO, 2017, p. 88). Tal ponto será examinado posteriormente.

Ademais, é pertinente destacar que o princípio da presunção de inocência quanto ao seu viés da não culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença foi atenuado pelo entendimento do STF, por meio do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, com a possibilidade da execução provisória da pena com o trânsito em julgado da decisão de segunda instância.

Dentre os argumentos utilizados para defender a referida execução provisória, apreende-se do voto do Ministro Luis Roberto Barroso de que o art. 5º, LXI condiciona a prisão a uma decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não a uma decisão irrecorrível. Assim, o acórdão condenatório da segunda instância se enquadra nessa categoria de decisão escrita e fundamentada exigida pela CF, possibilitando a execução antecipada da pena (BRASIL, 2016b).

Outro argumento que foi utilizado pelo Ministro é o de que a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra que deve ser aplicada indistintamente. Assim, deve ser ponderado com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais que vão de encontro com ele. Portanto, a presunção de inocência perde a força finda a análise, em segunda instância, de fatos e provas, deixando sobressair-se o princípio da efetividade da lei penal.

Retornando aos princípios relativos a teoria da prova, o princípio do *nemo tenetur se detegere* significa o direito a não autoincriminação, que está positivado no art. 5º, LXIII, da CF, referindo-se ao direito do preso em permanecer em silêncio durante a persecução penal pois não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não obstante a referência ao preso, entende-se que essa prerrogativa se estende a qualquer pessoa, presa ou solta, que seja acusada da prática de crime (LIMA, 2011, p. 860, 1 v).

Já o princípio da verdade material significa que não há como auferir a verdade substancial ou uma verdade absoluta dos fatos apurados na ação penal, mas unicamente uma aproximação da realidade dos fatos (LIMA, 2011, p. 49, 1 v).

Referido princípio ainda é denominado de princípio da verdade real por alguns doutrinadores, mas há a compreensão de que não é possível chegar a verdade absoluta de como os fatos apurados se desenrolaram. O próprio CPP fala em verdade substancial no art. 566 (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 79).

Em razão disso se entende que a convicção do juiz deve ser baseada em uma verdade formal (REBOUÇAS, 2017, p. 508-509). O conceito de verdade formal passa pelo entendimento de que a “reprodução jurídica do fato se exaure nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes”, de acordo com Antônio de Barros (2002, p. 30), diferente da verdade real que visa descortinar exatamente como o fato ocorreu, o que é de difícil alcance já que o processo tenta reproduzir fatos pretéritos.

O princípio da inadmissibilidade das provas por meios ilícitos advém da previsão constitucional do art. 5º, LVI que veda esse meio de prova. Essa disposição reside no respeito e proteção aos direitos e garantias fundamentais tratados na mesma Constituição, que são violados quando se produz uma prova ilícita (LIMA, 2011, p. 883, 1 v).

O princípio da proporcionalidade guarda relação com a razoabilidade dos atos do Poder Público, visando conter os excessos da atuação deste. Ramifica-se em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito (LIMA, 2011, p. 85-87, 1 v).

Conforme o referido autor, o subprincípio da adequação no âmbito do processo penal, propõe que se adotem medidas restritivas que sejam adequadas ao fim almejado, ou que não sejam adotadas caso firam dos direitos fundamentais e não alcancem ao resultado que se destinam.

É o caso da imposição de se revogar uma prisão preventiva após o fim da instrução criminal quando o objetivo da medida era assegurar conveniência da própria instrução.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade norteia a aplicação de medidas menos gravosas, dentre as existentes, para atingir o fim pretendido, em razão da proteção ao direito de liberdade do indivíduo.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que haja “um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”, como afirma Brasileiro de Lima (2011, p. 89, 1 v).

Há relação entre o princípio da proporcionalidade e o da vedação das provas ilícitas pois o primeiro, ao propor a limitação do exercício do direito de punir do Estado (LIMA, 2011, p. 919, 1 v), o faz no âmbito da vedação de acusações ou condenações a qualquer custo, ou fundamentadas em provas ilícitas, por exemplo.

Conforme o autor, outra relação entre esses dois princípios é a admissão de provas ilícitas para provar a inocência do réu. Nessa ótica, o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência iriam preponderar sobre o direito de punir do Estado, para que se possa provar a inocência do acusado por meio de uma prova ilícita. Ademais, não seria razoável impedir a aceitação de uma prova que pode fundamentar uma absolvição em razão desta ser ilícita.

Além disso, a prova ilícita colhida pelo próprio acusado representa o exercício da legítima defesa. Portanto, ainda que a prova seja ilícita, não se considera essa conduta como antijurídica (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 137).

O princípio da comunhão da prova consiste na incorporação da prova produzida pelo processo, a qual deixa de pertencer a parte que a produziu, podendo ser utilizada por qualquer das partes (LIMA, 2011, p. 926, 1 v).

Ressalte-se que a prova só se torna comum após sua produção, podendo uma das partes desistir da oitiva de uma das suas testemunhas antes do procedimento ter início, por exemplo, havendo a oitiva caso o juiz opte por isso.

Segundo o princípio da autorresponsabilidade das partes, estas suportam as consequências de suas ações ou omissões no processo, como é o caso do juiz decidir por uma absolvição caso o Ministério Público não prove a prática do crime, ou seja, não se desincumba do ônus de comprovar a acusação feita.

O princípio da oralidade já estava consagrado no âmbito dos juizados especiais criminais, e a partir da reforma processual em 2008, pelas leis 11.719 e 11.689 do mesmo ano, passou a constar no procedimento comum, bem como no do Júri (LIMA, 2011, p. 927, 1 v).

A colheita da prova de forma oral, notadamente a oitiva do ofendido, das testemunhas e o interrogatório do acusado, com registro desses procedimentos sob a forma de gravações, decorrem do referido princípio. É o que dispõe o art. 405, § 1º do CPP.

A concentração da produção probatória em uma audiência para promover a celeridade do processo, conforme o art. 400, § 1º do CPP, também prestigia a oralidade.

O princípio da publicidade dos atos processuais está no art. 5º, LX da CF e no art. 792, do § 1º CPP, este último que prevê a possibilidade da decretação do sigilo dos atos

processuais quando causarem escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 622).

### ***3.1.4 O ônus da prova no processo penal***

O ônus é definido por Rebouças (2017, p. 526) como “o encargo de cumprir certa faculdade processual, para conseguir certa vantagem ou para não suportar desvantagem”. Verifica-se que a parte não é impelida a realizar essa faculdade, mas deixará de alcançar seus objetivos no processo se não o fizer.

Tendo em vista que o art. 156 do CPP atribui o ônus de provar a alegação a quem a fizer e considerando que é a acusação que apresenta a suposição de que o réu praticou certo fato, em tese, delituoso, caberá à mesma acusação provar essa alegação, isto é, a materialidade do fato e a autoria ou a participação do acusado (REBOUÇAS, 2017, p. 527).

A partir disso, se a acusação não conseguir provar a hipótese acusatória, o juiz absolverá o acusado, em razão do sistema acusatório adotado pelo CPP, bem como da presunção de inocência. Desse modo, o réu não seria condenado caso não conseguisse provar sua inocência, de acordo com o referido autor.

Há, ainda, que se considerar que o ônus de provar a incidência de causas excludentes de ilicitude e culpabilidade é atribuído a defesa. Apesar disso, ainda que não se consiga provar tais causas, mas levantando fundada dúvida sobre sua ocorrência, o julgador deverá absolver o acusado mesmo assim em razão do disposto no art. 386, VI do CPP (REBOUÇAS, 2017, p. 530).

Destaca-se a relação que Lopes Júnior (2014, p. 566) faz entre o princípio do *in dubio pro societate* e o ônus da prova no processo penal, no âmbito do Tribunal do Júri. O autor salienta que o referido princípio não deve ser reconhecido como fundamento da decisão de pronúncia pois não há previsão constitucional para tanto.

Além disso, o autor afirma que a aplicação do referido princípio fere a atribuição de cargas probatórias entre acusação e defesa norteadas pelo princípio da presunção da inocência.

Portanto, entende-se que se a acusação não comprovar os indícios de autoria exigidos pelo art. 413 do CPP, que é o encargo probatório que cabe a ela, não pode beneficiar-se com o mesmo resultado que obteria se o tivesse realizado, isto é, a pronúncia do acusado.

## **3.2 Os sistemas de valoração da prova no processo penal**

Considerando que o fundamento da decisão de pronúncia, especialmente pelo testemunho de ouvir dizer, é o cerne deste trabalho, faz-se oportuno estudar como se dá a valoração da prova pelo julgador.

Iribure Júnior (2009, p. 104) afirma que a valoração das provas consiste em “atribuir-lhes determinado valor jurídico diante do quadro fático apresentado, impondo-se que todo material probatório validamente colhido deverá ser submetido à apreciação do julgador e suportará a conclusão final”.

A partir disso serão estudados os principais sistemas de apreciação da prova, exemplificando-se quais são legalmente adotados no ordenamento jurídico pátrio, e em especial no rito do Júri.

### ***3.2.1 O sistema da prova tarifada***

Antes de analisar o sistema da prova tarifada, é importante ressaltar que este sobreveio ao das ordálias, o qual é considerado a origem dos sistemas de valoração da prova, tendo surgido na Alta Idade Média (FECURY, 2012, p. 109-110).

No sistema das ordálias ou juízos de Deus, a prova era produzida submetendo os acusados a castigos físicos, sendo inocente se saísse ileso dos castigos, ou culpado de sofresse algum dano.

Tal sistema não se baseava em critérios racionais para a produção e avaliação da prova, o que gerou a necessidade de um novo procedimento apoiado na racionalidade e na cientificidade. A partir desse panorama emergiu o sistema da prova tarifada.

De acordo com a prova tarifada ou prova legal, a lei estabelecia o valor que cada meio de prova teria, gerando uma hierarquia entre as provas, e o julgador se detinha a mera aplicação da lei, sem poder analisar as peculiaridades do caso concreto (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 308).

A confissão era a prova absoluta e de maior valor. Assim, quando não se coletavam provas suficientes para a condenação, os acusados eram torturados até confessarem o crime (OLIVEIRA, 2010, p. 352). A partir disso, o sistema começou a carecer da racionalidade que o fundamentava no início (FECURY, 2012, p. 115).

Verificam-se traços desse sistema no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no art. 158 do CPP que determina que o exame de corpo de delito, direto ou indireto, deve ser feito para provar as infrações que deixem vestígios, não podendo supri-lo a confissão do

acusado, o que revela uma certa hierarquização de provas na medida em que valoriza a prova pericial em detrimento da testemunhal, por confissão, bem como limita a atuação do julgador (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 308).

### ***3.2.2 O sistema da íntima convicção***

Ultrapassando o sistema anterior em que o julgador era vinculado ao valor legal dado as provas, não podendo usar de discricionariedade para apreciá-las, pelo sistema da íntima convicção é dado ao magistrado a livre apreciação da prova (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 308).

Chega-se no extremo oposto da prova tarifada, como afirma Fecury (2012, p. 125) “para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão”.

Assim, esse modelo consiste na livre apreciação da prova pelo juiz que julga de acordo com a sua consciência e não precisaria motivar a decisão.

Ressalta-se que esse é o modelo que prevalece na segunda fase do Tribunal do Júri, visto que os jurados respondem aos quesitos utilizados para o julgamento sigilosamente e sem fundamentar sua decisão (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 649).

Entende-se que o sistema da íntima convicção tem relação com o colegiado de juízes leigos, como ocorre no Júri, posto que os julgadores carecem de conhecimento para embasar sua decisão em parâmetros jurídicos, o fazendo conforme seu entendimento de justiça. Portanto, a reunião desses juízes em órgão colegiado compensaria a ausência de motivação das suas decisões. (REBOUÇAS, 2017, p. 513).

### ***3.2.3 O sistema do livre convencimento motivado***

O art. 155 do CPP reconhece esse sistema ao estabelecer que o juiz é livre para apreciar a prova colhida em juízo, mas deve fundamentar sua decisão, não podendo fazê-lo apoiado exclusivamente em elementos provenientes da investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, verifica-se que o livre convencimento motivado concede mais autonomia ao magistrado para apreciar a prova, mas o limita ao impor que motive e fundamente as conclusões a que chegar. Em razão disso, Iribure Júnior (2009, p. 363) observa que esse

modelo seria o intermediário entre o da íntima convicção e o da prova legal, tendo em vista a flexibilidade do primeiro e a rigidez do segundo em relação a apreciação das provas.

Nessa toada, o livre convencimento motivado permite ao julgador avaliar o material probatório sem estar vinculado a uma hierarquia entre provas ou a uma prévia valoração legal dos meios de prova, cabendo a ele valorar cada prova e explicar o porquê através da fundamentação (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 650).

A adoção desse modelo está em consonância com o princípio da fundamentação das decisões judiciais positivado no art. 93, IX da CF.

Já o dever de fundamentação da decisão judicial, conforme o CPP, se dá pela exposição das razões de fato e de direito às quais o magistrado chegou em razão do seu livre convencimento e livre apreciação da prova (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 367).

### **3.3 A prova testemunhal**

A prova testemunhal é um dos meios de prova enumerados no CPP, consistindo em uma prova nominada típica, como já foi visto anteriormente, pois a lei não só traz o seu *nomen juris*, mas também a forma de produzi-la, como se depreende da análise do art. 202 ao art. 225 do CPP.

Segundo Rebouças, testemunha é “qualquer pessoa chamada a juízo para oralmente depor sobre fatos, de potencial relevância para o processo, que presenciou ou de que por outra forma tomou conhecimento, através dos seus sentidos” (2017, p. 600).

Conforme Tourinho Filho (2013, p. 338, 3 v), a prova testemunhal é de grande valia para o processo penal pois é ela que prova, em geral, as infrações penais em análise, já que apenas aqueles que viram o fato ou tomaram ciência dele é que poderiam comprová-lo.

A partir desta perspectiva, parte-se para o estudo da prova testemunhal, pela análise dos aspectos mais relevantes para este trabalho, que são: características, espécies, o procedimento probatório e o valor probatório.

#### ***3.3.1 Características da prova testemunhal***

A doutrina enumera algumas características presentes no testemunho. A primeira é a judicialidade, que é a exigência de o testemunho ser colhido na presença de uma autoridade judicial (TÁVORA; ALECAR, 2016, p. 708).

Em razão disso é que os depoimentos prestados em sede de investigação devem ser reproduzidos na fase processual, porque não foram obtidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A oralidade é a outra característica determinada pelo art. 204 do CPP, consistindo na exigência de depoimentos orais e não escritos, sem embargo da testemunha realizar uma simples consulta a apontamentos (TÁVORA; ALECAR, 2016, p. 709). A prova testemunhal dos surdos e mudos é a exceção, já que os surdos respondem oralmente a quesitos escritos, e os mudos e surdos-mudos respondem por escrito (LIMA, 2011, p. 986, 1 v).

De acordo com o art. 221, § 1º do CPP, as funções elencadas no artigo, como a de Presidente e Vice-Presidente da República, poderiam optar por apresentar respostas escritas ao invés de depoimentos orais.

Contudo, Rebouças (2017, p. 608) entende que o dispositivo não está mais vigente em razão do disposto no art. 8, número 2, *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanas, incorporada pelo ordenamento pátrio pelo Decreto nº 678/1992.

O referido artigo institui o direito da defesa em inquirir as testemunhas presentes no Tribunal. Assim, nota-se que a substituição do depoimento oral pelo escrito, implicando na ausência das testemunhas em juízo, desrespeitaria o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto na referida Convenção.

Conforme o autor, deve-se observar a Convenção em razão do entendimento do STF de que os tratados internacionais de Direitos Humanos têm *status* infraconstitucional mas *supralegal*. Logo, a oitiva das testemunhas em juízo, previsto no referido tratado, prevalece sobre a norma do art. 221, § 1º do CPP, que estabelece o depoimento escrito de algumas autoridades, impondo a oralidade do testemunho das referidas pessoas.

A objetividade é outro traço da prova testemunhal. As declarações devem ser objetivas e livres de opiniões pessoais, pois as testemunhas relatam fatos (LIMA, 2011, p. 987, 1 v). A exceção é quando as impressões pessoais forem inseparáveis da narrativa, segundo o art. 213 do CPP.

O art. 210 do CPP institui a individualidade da prova testemunhal ao determinar que cada testemunha seja ouvida isoladamente, a fim de que as testemunhas ainda não ouvidas sejam influenciadas pelos depoimentos das que já o foram (TÁVORA; ALECAR, 2016, p. 709).

A determinação do art. 210, parágrafo único do CPP para colocá-las em espaços separados visa preservar sua incomunicabilidade, que, se violada, deverá constar no termo da

audiência e pode influenciar na apreciação do magistrado sobre os depoimentos (TÁVORA; ALECAR, 2016, p. 709).

A característica da retrospectividade revela o caráter pretérito dos relatos da testemunha, que se referem a fatos que já ocorreram.

### ***3.3.2 Espécies de prova testemunhal***

A doutrina diferencia as testemunhas conforme as classificações estudadas a seguir.

As testemunhas numerárias são aquelas arroladas pela acusação no momento da inicial acusatória, conforme o art. 41 do CPP, e pela defesa na resposta à acusação, conforme o art. 396-A do CPP, sob pena de preclusão temporal se não exercida essa faculdade processual que constitui um ônus para as partes (REBOUÇAS, 2017, p. 602).

No procedimento comum ordinário pode-se arrolar, no máximo, 8 testemunhas, e no procedimento comum sumário o número limite diminui para 5 testemunhas, segundo o art. 401 e o art. 533 do CPP.

Na primeira fase do Júri o número máximo é de 8 testemunhas, conforme o art. 406 § 3º do CPP, enquanto que na segunda fase do júri o número é de 5 testemunhas, de acordo com o art. 422 do CPP.

Destaca-se que as testemunhas numerárias devem prestar o compromisso de dizer a verdade, constante no art. 203 do CPP.

A determinação do art. 211 do CPP é de que o juiz remeta a autoridade policial a cópia do depoimento de testemunha que fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, para que se investigue a prática do crime de falso testemunho.

Já as testemunhas extranumerárias não são contabilizadas no limite numérico exigido pela lei, compreendendo três tipos de testemunhas. O primeiro caso são aquelas arroladas pelas partes mas que, por lei, são descompromissadas com a verdade (REBOUÇAS, 2017, p. 603)

Essas pessoas estão enumeradas no art. 208 do CPP. São elas: os doentes e deficientes mentais, os menores de 14 anos e aqueles referidos no art. 206 do CPP, isto é, o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, mesmo que separado judicialmente, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado.

A doutrina se refere a estas pessoas como informantes. Apesar disso, considera-se tais depoimentos como prova testemunhal, reconhecendo-se que o valor do testemunho é

reduzido pela ausência de compromisso com a verdade, mas isso deve ser avaliado pelo julgador no exercício do seu livre convencimento motivado (REBOUÇAS, 2017, p. 603).

O segundo caso de testemunhas extranumerárias são aquelas chamadas ao processo por iniciativa do juiz, que o faz de ofício, em decorrência do art. 209 do CPP. Tais testemunhas podem ou não ser compromissadas, dependendo do seu enquadramento nas hipóteses do art. 208 do CPP.

O último de caso de testemunhas extranumerárias são as referidas em testemunhos, documentos ou em outros meios de prova, que interessem ao juiz ou às partes a sua oitiva, conforme o art. 209, § 1º do CPP.

Dando continuidade a classificação das testemunhas, verifica-se a testemunha direta e a indireta. A testemunha direta “depõe sobre fatos que presenciou ou visualizou”, sendo conhecida como testemunha visual (LIMA, 2011, p. 996, 1 v).

Por sua vez, a testemunha indireta é aquela que não teve contato direto com o fato, mas ouviu falar sobre ele através de terceiros (LIMA, 2007, p. 427). Essa testemunha é conhecida como testemunha indireta ou testemunha de ouvir dizer.

A testemunha também pode ser própria ou imprópria. Aquela cujo depoimento versa sobre o *thema probandum*, isto é, os fatos apurados no processo (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 713), falando sobre fato que presenciou ou ouviu dizer (LIMA, 2007, p. 428), é a testemunha própria.

Já a testemunha imprópria ou instrumentária é aquela que atesta sobre um ato da persecução criminal, como dar detalhes de como se deu a prisão em flagrante, ou assinar o auto de formalização de uma busca e apreensão, conforme o art. 245, § 7º do CPP (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 713).

Há também a testemunha cujo depoimento é denominado *ad perpetuam rei memoriam*. É o caso do art. 225 do CPP em que há a colheita antecipada do depoimento por haver o receito de a testemunha estar impossibilitada de prestá-lo a época da instrução, como o exemplo da testemunha enferma ou idosa (LIMA, 2011, p. 997, 1 v).

### ***3.3.3 Procedimento de colheita do testemunho***

Após ser intimada, a testemunha comparece em juízo voluntariamente ou conduzida coercitivamente, conforme o art. 219 do CPP. Como já mencionado, cada testemunha deve ser ouvida separadamente e deve permanecer incomunicável com as outras (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 718).

O juiz deve requisitar a autoridade superior dos militares a oitiva destes, conforme o art. 221, § 2º do CPP.

No caso dos funcionários públicos, além de intimar normalmente a testemunha, o juiz deve encaminhar um comunicado ao chefe da repartição informando da oitiva do funcionário para que não se interrompa o funcionamento do serviço público (LIMA, 2011, p. 1002, 1 v).

Se compromissada, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade, sendo alertada, em seguida, das penas cominadas ao falso testemunho, não podendo se valer do direito ao silêncio, exceto se o fato for capaz de incriminá-la (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 718).

Em seguida, haverá a qualificação da testemunha, conforme o art. 203 do CPP, podendo ser ouvida ainda que haja dúvidas sobre sua identidade. Nesse caso, o juiz se valerá de meios para dirimir essas dúvidas, mas a oitiva não restará prejudicada, segundo o art. 204 do CPP (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 719).

Após o momento da qualificação, haverá a possibilidade das partes contraditarem a testemunha. A contradita consiste na impugnação a oitiva da testemunha por fatos como, por exemplo, o seu impedimento para depor, conforme os autores.

É o caso das pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, exceto se desobrigadas pela parte interessada, conforme o art. 207 do CPP.

Além disso, a contradita pode questionar testemunha que não possa prestar o compromisso com a verdade e que tenha o feito, que são os casos do art. 208 do CPP.

Após levantada a contradita, o magistrado ouvirá a parte contrária e julgará em audiência a matéria, que pode ocasionar a exclusão da testemunha ou a não tomada de compromisso da mesma.

A formulação das perguntas deve ser iniciada pelas partes, reservando-se o julgador a fazer esclarecimentos ao final, bem como a indeferir perguntas que visem induzir a resposta, que não tenham relação com a causa ou que importarem na repetição de outra pergunta já respondida, de acordo com o art. 212 do CPP (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 720).

Haverá a sistemática de colheita do depoimento, que é a do exame direto e cruzado. Antes da reforma do CPP pela lei 11.690/2008, as perguntas das partes eram destinadas ao juiz, que as encaminhavam a testemunha.

Após a reforma, o art. 212 passou a dispor que as partes perguntam diretamente a testemunha, dando início às perguntas a parte que arrolou a testemunha, que é o *direct examination* ou exame direto, e depois a parte adversa, que é o *cross examination* ou exame cruzado.

Esse sistema é mais eficaz não só quanto ao esclarecimento do fato, mas também no respeito ao contraditório, pois o contato direto das partes com a testemunha permite o “emprego de técnicas de questionamento mais eficazes, rápidas e imediatas”, como afirma Rebouças (2017, p. 613).

Após a sequência do exame direto, exame cruzado, e atuação complementar do juiz, deve haver um reexame direto e um reexame cruzado, isto é, uma nova oportunidade das partes formularem questionamentos a testemunha, ampliando esse debate em contraditório (REBOUÇAS, 2017, p. 615).

O art. 215 determina que o julgador, ao referir-se aos depoimentos, deverá manter-se fiel a descrição deles, utilizando-se das expressões exatas das testemunhas. Além disso, o depoimento será reduzido a termo e assinado pela testemunha, segundo o art. 216 do CPP (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 720).

Ressalta-se que há a possibilidade de obter o depoimento por videoconferência, ou mesmo retirar o réu da sala de audiência no momento do depoimento nos casos em que a testemunha se sinta intimidada pelo réu. É o que dispõe o art. 217 do CPP.

### ***3.3.4 Valor probatório da prova testemunhal***

A prova testemunhal é o meio de prova mais comum no processo penal, apesar da conhecida falibilidade humana. Segundo Polastri Lima (2007, p. 425), haveria a “necessidade do juiz se valer da percepção humana, mais próxima ao fato, mas sempre temperando a transmissão dos fatos com o seu livre convencimento”.

A importância dada a prova testemunhal reside na presunção de que o conteúdo transmitido pela testemunha condiz com a verdade. Malatesta (1927, p. 338) afirma que “A presunção, portanto, de que os homens em geral percebem e narram a verdade, (...), é também base lógica da credibilidade genérica de toda a prova pessoal, e do testemunho em particular”.

Não obstante, o autor afirma que a testemunha pode ganhar mais ou menos credibilidade, ou perdê-la totalmente, em razão de suas características pessoais ou ao conteúdo de seu depoimento.

Em razão desses fatores prejudiciais a prova oral, Rebouças (2017, p. 601) elenca algumas disposições do CPP que visam a preservar a credibilidade e a veracidade do testemunho.

Dentre eles, nota-se a disposição da parte final do art. 203 do Código em que a testemunha deve explicar as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade

Junto disso, há também a vedação da testemunha em demonstrar manifestações pessoais no seu relato, exceto se forem inseparáveis da narrativa, constante no art. 213 do CPP, para que se preserve a reprodução fiel dos fatos.

Observa-se que as pessoas dispensadas a depor pelo art. 206 do CPP, isto é, os familiares do acusado, tem o valor probatório do seu depoimento prejudicado, verificando-se a ausência, em tese, de imparcialidade e isenção das suas declarações, tendo em vista que essas pessoas não prestam o compromisso de dizer a verdade, conforme o art. 208 do CPP, bem como por se tratarem de parentes do acusado (REBOUÇAS, 2017, p. 605).

Diante disso, o autor afirma que o valor probatório desse tipo de depoimento “não equivale ao da testemunha compromissada” (2017, p. 605).

De acordo com Malatesta (1927, p. 381), a linguagem usada pela testemunha consiste em um dos elementos que se serve para medir seu valor probatório, tendo em vista que “é natural dever apreciar-se mais um testemunho prestado com uma linguagem precisa, que um testemunho em uma linguagem que se preste[sic] a equívocos.”

O referido autor elenca o grau de animosidade da testemunha como outro elemento que aumenta ou diminui a fé na veracidade do seu depoimento. Malatesta (1927, p. 381) diz que “A linguagem da verdade, ao contrário, é sempre natural porque é sem esforço [sic] e sem estudo; a arte mais fácil é a de dizer a verdade.”

Portanto, o valor probatório da prova testemunhal colhida deve ser analisado pelo julgador, no exercício do livre convencimento motivado, levando em conta as perspectivas apresentadas, bem como o fato de que, como os outros meios de prova, o valor da prova testemunhal é relativo (TOURINHO FILHO, 2013, p. 338, 3 v), já que admite prova em contrário.

### **3.4 A testemunha de ouvir dizer**

Tornaghi (1977, p. 64, 4 v) afirma que não deve ser admitida a testemunha que vai a juízo reproduzir o que ouviu de terceiros, exceto se indicar sua fonte de conhecimento, como já determina o art. 203 do CPP, ao exigir que a testemunha explique as razões de sua ciência.

Nesse caso, a testemunha original poderia ser chamada a juízo para depor como testemunha direta, conforme o art. 209, § 1º do CPP.

Valle Filho (2004, p. 92) afirma que a utilização primária da testemunha de ouvir dizer se dá na Inglaterra, especificamente no âmbito do Tribunal do Júri, onde os jurados eram escolhidos por conhecerem o fato apurado, seja porque participaram dele, ou porque tinham algum conhecimento direto ou por ouvir dizer acerca do mesmo. Assim, os jurados eram verdadeiras testemunhas.

Uma particularidade do depoimento por ouvir dizer, que decorre da sua transmissão oral, é a possibilidade de simplificações ou ampliações do conteúdo, tornando arriscada a sua admissibilidade (VALLE FILHO, 2004, p. 106).

Ao analisar o caminho que percorre o conteúdo do depoimento por ouvir dizer, o autor (2004, p. 123-124, grifo do autor) aponta um dos maiores riscos em aceitá-lo:

O risco, na generalidade dos casos *hearsay*, é que nestas declarações forjam-se deduções de confiança, ou seja, o depoimento indireto revela uma situação em que o julgador não pode ingressar na esfera de credibilidade, pois a sua percepção é reflexa, e o julgador não teve a oportunidade de contra-interrogá-lo [sic] nem pô-lo a juramento.

Ademais, verifica-se que a testemunha de ouvir dizer não teve contato direto com o fato afirmado, e muito menos pode assegurar a relação de veracidade entre a informação obtida por um terceiro declarante, do qual obteve o conteúdo do testemunho, e a realidade dos fatos atestados por este (Valle Filho, 2004, p. 124).

Nesse sentido, Lopes Júnior (2014, p. 681), ao se referir a testemunha de ouvir dizer como testemunhas indireta, afirma que “tais depoimentos devem ser valorados pelo juiz atendendo às restrições de sua cognição”, visto que o fato de a testemunha de ouvir dizer não ter presenciado o fato de que se fala diminui o grau de ciência que tem sobre ele, além de aumentar a contaminação das informações concedidas.

No código de processo penal português, a fim de que se possa considerar o testemunho indireto como prova há que se buscar a fonte original da informação dada por ele. Além disso, é necessário examinar a credibilidade da mesma, bem como submetê-la ao contra interrogatório (VALLE FILHO, 2007, p. 178).

Além disso, o julgador teria a faculdade de buscar a fonte original do testemunho indireto. Contudo, o legislador não deveria ter atribuído ao juiz essa escolha tendo em vista que a prova pertence ao processo, bem como pelo fato de que se busca uma verdade objetiva na persecução penal (VALLE FILHO, 2007, p. 181).

Assim, não seria razoável conferir a discricionariedade ao juiz nesse aspecto posto que a prova original poderia chegar mais perto da verdade apurada na ação penal.

Caso o testemunho indireto não seja valorado pelo juiz, porque não se acessou sua fonte original, a sua permanência no processo poderia transformá-lo em um indício, já que não pode ser valorado como prova (VALLE FILHO, 2007, p. 183).

Contudo, o autor discorda desse entendimento, e afirma que o testemunho de ouvir dizer traz ao processo, basicamente, a utilidade de se buscar e confrontar a sua fonte de informação.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, “O trabalho a ser desenvolvido pela prova terá como finalidade a modificação da postura assumida pela presunção, a partir de uma concreta acusação”, de acordo com Valle Filho (2007, p. 200).

Dessa forma, o autor pontua que a presunção de inocência visa nortear o processo, e principalmente a produção probatória, para impedir que sejam formuladas acusações sem fundamento contra uma pessoa, a princípio, inocente, bem como impedir acusações baseadas em provas que firam os direitos fundamentais, em especial, a dignidade humana (2007, p. 204).

Já o princípio do contraditório visa dar igual oportunidade a acusação e a defesa para questionar, principalmente de forma oral, as provas produzidas em audiência. Contudo, o testemunho de ouvir dizer é um obstáculo ao exercício do contraditório porque não há como as partes confrontarem, em juízo, o detentor da informação original (VALLE FILHO, 2007, p. 214).

Ademais, o fato de estar reproduzindo uma informação recebida de terceiro afasta da testemunha indireta a diligência em repassar a verdade de tais informações.

Conforme Valle Filho (2007, p. 277), o CPP português trata a figura do testemunho indireto como uma proibição probatória que são uma categoria de provas obtidas com a violação as garantias fundamentais (2007, p. 50) e possuem, portanto, limitações no próprio Código lusitano.

Como já mencionado, o autor, ao tratar dos princípios do contraditório e da ampla defesa como meios de manifestação e oposição do acusado no âmbito do processo, afirma que o testemunho de ouvir dizer “tolhe a participação efetiva do acusado em audiência” (2007, p. 294), haja vista que não há como o réu confrontar a fonte original da informação.

Em razão dessa perspectiva é que o depoimento por ouvir dizer vai de encontro com disposto na alínea *b* do artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, na parte relativa às garantias judiciais (VALLE FILHO, 2007, p. 303).

A referida alínea garante a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada ao acusado, o que se torna de difícil concretização quanto ao conteúdo da testemunha indireta nas suas afirmações incertas e carentes de fonte.

Ademais, a alínea *f* supracitado artigo dispõe que a defesa tem o direito de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos, o que reclama a presença, em juízo, da testemunha que presenciou ou teve contato direto com os fatos (VALLE FILHO, 2007, p. 304), e não de uma outra testemunha que ouviu dizer sobre eles.

O autor afirma que a relação dessas garantias trazidas pelo referido tratado com o testemunho indireto revela que esse mesmo testemunho também viola garantias constitucionais brasileiras, tendo em vista que o referido tratado já foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado anteriormente.

Outro ponto analisado pelo autor é o art. 209, § 1º do CPP que determina que a oitiva das testemunhas referidas nos depoimentos consiste em uma faculdade do julgador. Essa disposição colide com uma interpretação ampliada do contraditório que é a de se poder valer de todos os meios para se aproximar ao máximo da verdade buscada no processo.

De acordo com Valle Filho (2007, p. 318), “a testemunha referida é exatamente isso, quer dizer, tem-se a oportunidade de conhecer de perto os fatos, porém fica-se refém de uma discricionariedade que passa a ser agressiva, que há de ser superada”.

As conclusões do autor acerca do testemunho de ouvir dizer no direito brasileiro iniciam-se na necessidade de haver uma disciplina legal diferente da atual. O art. 209 do CPP, que trata da testemunha referida, é o único a pincelar o tema (2007, p. 356).

Ademais, admitir o testemunho de ouvir dizer violaria o contraditório por obstar a defesa apreender as razões e fonte de conhecimento que residem na fonte de informação original.

Portanto, a proposta de reforma ao art. 209 do CPP feita por Valle Filho (2007, p. 360) reside em não admitir “os testemunhos de ouvir dizer que não indiquem a pessoa fonte de seu conhecimento”.

Caso a testemunha indireta aponte sua fonte e o juiz chame-a a depor, esta poderá ser utilizada caso compareça em juízo. Caso não compareça, “não poderão ser valorados os fatos indicados enquanto testemunho de ouvir dizer”, como afirma Valle Filho (2007, p. 360).

Nucci (2013, p. 471) assevera que o fato da testemunha relatar fatos dos quais ouviu dizer não retira sua qualidade de testemunha, além de estar narrando um fato que ocorreu, isto é, uma informação passada a ela por um terceiro.

A forma de apreciação da prova pelo juiz é o que mudaria em razão do instrumento de prova ser distinto da prova direta. Assim, Nucci (2013, p. 471, grifo do autor) afirma que “O depoimento de uma pode ser mais valioso que o de outra, embora a testemunha esteja sempre depondo sobre fatos dos quais *diretamente* tomou conhecimento”.

Ademais, apesar de a testemunha direta relatar um fato com o qual teve contato, as interpretações inevitavelmente dadas a ele pelo depoente implicam no fato de que não necessariamente “irá contar, exatamente, *o que e como* tudo ocorreu” (NUCCI, 2013, p. 471, grifo do autor).

### **3.5 A prova indiciária**

A partir da compreensão da testemunha de ouvir dizer, é necessário avaliar a prova indiciária em razão de ser esse o meio de prova exigido pelo art. 413 para comprovar a autoria ou participação a nível de pronúncia.

O art. 239 do CPP traz a definição de indícios como sendo a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Lacerda (2006, p. 27) define prova indiciária como a “prova indireta que se obtém através do raciocínio, na qual a ausência da percepção direta não impede o conhecimento lógico dos fatos”.

Conforme Malaesta (1927, p. 208), “o indício é aquele argumento probatório indirecto [sic] que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”.

Há quem entenda que a certeza física, que advém da percepção sensorial de certo fato, é a única capaz de trazer segurança nos julgamentos. Outros afirmam que o raciocínio é uma fonte de certeza superior. Contudo, não há como o juiz apreender todos os fatos de forma direta pela percepção de seus sentidos, por isso que o raciocínio ganha importância. (LACERDA, 2006, p. 18).

Nessa toada, a prova indiciária, apesar de não consistir em um material concreto e acessível aos sentidos como um documento, uma perícia ou um relato de testemunha, tem sua importância porque é fruto do raciocínio desenvolvido com base em uma lógica própria que o dá credibilidade, além de estar reconhecido no próprio CPP.

Mirabete (1994, p. 286) explica o raciocínio realizado na prova indiciária:

Nos termos da lei a premissa menor, ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada (Tício foi encontrado junto ao cadáver com a arma do crime e objetos da vítima). A premissa maior é um princípio de razão ou regra de experiência que no exemplo é a de que todo aquele que é encontrado logo após o crime, junto ao cadáver, com a arma assassina e os objetos da vítima, é, provavelmente, o autor do crime. A conclusão, que é a comparação entre a premissa maior e a premissa menor por indução (ou dedução) é a de que Tício é provavelmente o autor do crime.

Polastri Lima (2007, p. 449) afirma que “As regras de experiência são utilizadas na maior parte dos casos de avaliação indiciária, sendo extraídas de casos idênticos ou similares, partindo-se do princípio geral de que ‘a casos similares corresponde a um idêntico comportamento humano’”.

Os indícios deveriam ser apreciados conjuntamente com os outros elementos de prova. Desse modo, indícios frágeis que sejam apoiados por outros elementos de convicção podem estar aptos a apontar para a verdade dos fatos, enquanto que indícios fortes podem ser desconsiderados se contrariados por outros elementos probatórios (LACERDA, 2006, p. 45).

Isso decorre do fato de que os “indícios devem estar em consonância com os demais meios de prova, pois nenhum tipo de prova vale mais do que outro, nem basta, por si só, para uma conclusão definitiva”, de acordo com Lacerda (2006, p. 53)

Rangel (2005, p. 443) segue esse entendimento, afirmando que, ainda que não haja outras provas produzidas judicialmente, se os elementos informativos do inquérito policial confirmam e reforçam os indícios, estes podem ser utilizados para fundamentar uma condenação.

A valoração da prova indiciária não seria diferente da valoração de uma prova direta visto que, abolido o sistema da prova tarifada, o juiz deve fundamentar não de forma arbitrária, mas justificando as razões que o levaram a apreciar qualquer tipo de prova em respeito ao livre convencimento motivado (MARQUES, 1997, p. 346, 4 v).

Indícios não se confundem com presunções na medida em que estas configuram “parâmetros, apresentados em forma de proposições (assertivas), que nos servem de regra geral para, por dedução, concluir sobre um problema particular”, conforme Távora e Alencar (2016, p. 732).

Rangel (2005, p. 438) já considera que a presunção está presente no raciocínio do indício, visto que a circunstância conhecida e provada constitui o indício, e o “raciocínio que se faz para se chegar ao fato incerto que se quer provar é a presunção”.

Brasileiro de Lima (2011, p. 1030, 1 v) afirma que há dois tipos de indícios no CPP. O indício como prova indireta é aquele do art. 239 do Código, “funcionando como um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial.”.

Já o indício como prova semiplena configura uma prova com menor grau de persuasão, utilizada nos outros artigos do CPP que versam sobre o indício, isto é, o art. 126, 312 e 413. Em relação aos dois últimos, que exigem indícios suficientes de autoria para a decretação da prisão preventiva e a pronúncia, respectivamente, tais indícios representariam um juízo de probabilidade da autoria, pois é prova semiplena (LIMA, 2011, p. 1031-1032, 1 v).

Em sentido oposto, Lacerda (2006, p. 72), ao tecer comentários sobre a expressão *indícios suficientes de autoria* constante no CPP, afirma que “Tais indícios não são quaisquer indícios de pouca monta, mas sim indícios veementes ou provas diretas de elevado conteúdo probatório”.

A condenação com base exclusivamente em indícios seria possível em razão do art. 155 do CPP introduzir o princípio do livre convencimento motivado no processo penal, tornando possível provas diretas ou indiretas fundamentarem um juízo condenatório (LIMA, 2011, p. 1032, 1 v)

O autor elenca alguns requisitos para que os indícios possam basear uma condenação. Primeiro, deve haver um conjunto de indícios, excepcionalmente aceitando-se um único indício se tiver um grande potencial para incriminar.

Segundo, os indícios devem expressar conteúdos que se relacionam. Terceiro, devem coexistir de forma que todos apontem para a mesma circunstância incriminadora.

Deve haver um elo “preciso, direto, coerente lógico e racional” entre os indícios provados e os fatos que decorrem deles, conforme o referido autor.

Parte da doutrina discorda da caracterização de indícios como prova. Segundo Lopes Júnior (2014, p. 721), indícios não podem fundamentar uma condenação porque o princípio da presunção de inocência demanda que haja provas robustas e não simples indícios, bem como isso iria de encontro com os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, os indícios citados no CPP o foram como uma espécie de “prova menor, um menor nível de verossimilhança”, conforme Lopes Júnior (2014, p. 721).

Do mesmo modo, Pacelli de Oliveira (2010, p. 449) afirma que indícios não constituem meios de prova, mas é um tipo de raciocínio que se presta a revelar fatos ou circunstâncias antes desconhecidas.

Todavia, o CPP elenca, topograficamente, o capítulo dos indícios dentro do título de prova, o que aponta para sua natureza de meio de prova.

## **4 A TESTEMUNHA DE OUVIR DIZER COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA**

### **4.1 A valoração da prova e a fundamentação da decisão de pronúncia**

A valoração da prova na segunda fase do procedimento do Júri, isto é, no julgamento da causa, é distinta de todos os outros procedimentos do CPP. Os jurados não são vinculados ao sistema do livre convencimento motivado, mas ao da íntima convicção, já que julgam de acordo com suas consciências e sem a exigência de motivar seu convencimento, conforme o art. 472 do CPP (FECURY, 2012, p. 151).

Em virtude disso, o autor afirma que, já que se desconhecem as razões que levam os jurados a decidir, poderia ocorrer, como possibilidade fática, dos jurados formarem seu convencimento baseado em elementos informativos, em provas ilícitas, influenciados pelo apelo que certo caso provoca na mídia, pela oratória do acusador ou defensor, ou até mesmo contra as provas dos autos, ainda que este último caso seja vedado juridicamente e desafie o recurso de apelação.

O júri, portanto, se apresenta como um tipo de julgamento imotivado, o que impõe a existência de uma fase preliminar que ofereça racionalidade ao procedimento por meio da análise das provas produzidas a fim de que se possa encaminhar o caso a julgamento (FECURY, 2012, p. 153).

A pronúncia encontra sua razão de ser nessa perspectiva, visto que a decisão não só delimita em quais artigos o acusado será julgado, mas também norteia a formulação dos quesitos enunciados aos jurados (REBOUÇAS, 2017, p. 1125), os quais produzirão a decisão do Júri, de acordo com o art. 482 do CPP.

Desse modo, faz-se necessário estudar como se dá a valoração da prova realizada pelo julgador nessa decisão, bem como sua fundamentação. Conforme Nucci (2015, p. 110), a decisão de pronúncia deverá ter os mesmos elementos estruturais de uma sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo, que serão brevemente definidos a seguir.

O relatório é um registro histórico dos principais atos ocorridos no processo, apresentando informações como os nomes das partes, as teses da acusação e da defesa e os atos processuais da instrução (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 340).

A fundamentação é a exposição das razões que levaram o julgador a admitir a acusação. Deve-se pautar nos elementos de fato e de direito apresentados no processo. Por não julgar o mérito, a pronúncia deve demonstrar um juízo de possibilidade sobre a acusação,

o qual deve ser confirmado pelo juízo da causa, isto é, o tribunal popular (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 341-343).

Rebouças (2017, p. 140) afirma que a motivação são as razões de fato, ao passo que a fundamentação são as razões de direito a serem demonstradas pelo julgador. O controle das decisões judiciais seria a essência da exigibilidade das decisões serem motivadas, para que se torne conhecido pelas partes como o julgador chegou naquela conclusão.

O dispositivo é o enquadramento do convencimento do juiz no ordenamento jurídico. Assim, o juiz declara os artigos sob os quais o acusado será julgado no plenário do júri, incluindo-se eventuais circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 345).

A disposição do art. 93, IX da CF acerca da fundamentação de todas as decisões judiciais justifica essa estrutura da pronúncia, bem como a expressão “fundamentalmente” contida no art. 413 do CPP que elenca os elementos básicos da referida decisão (NUCCI, 2015, p. 121).

O art. 413, § 1º do CPP restringe a fundamentação da pronúncia aos elementos acima indicados, tendo em vista que o juiz não poderá emitir juízos de certeza quanto a culpabilidade do réu já que poderiam influenciar o convencimento dos jurados, o que viola a competência constitucional do Tribunal do Júri. É a denominada eloquência acusatória, como se depreende do acórdão do julgamento do HC 184522 / PR, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa (BRASIL, 2014, grifo do autor):

VII - In casu, o Tribunal a quo, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pela Defesa, durante a análise dos indícios de autoria, usurpou competência exclusiva do Tribunal do Júri, valendo-se de expressões peremptórias, reveladoras de convicção acerca da autoria do delito, que excedem os limites legais, incorrendo em evidente **eloquência acusatória**.

VIII - O fato do art. 478, I, do Código de Processo Penal vedar, sob pena de nulidade, que as partes façam referências à decisão de pronúncia ou às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação como argumento de autoridade, seja para beneficiar, seja para prejudicar o réu, não afasta a possibilidade dos jurados serem influenciados pelo excesso de linguagem contido no ato impugnado, ante as disposições dos arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º, do Diploma Processual Penal.

Rebouças (2017, p. 1125) denomina de “motivação moderada” a fundamentação da pronúncia, já que se por um lado deve ser motivada, por outro deve-se prevenir o excesso de linguagem e o “efeito persuasivo” na aceitação da acusação, pois restaria configurada nulidade processual se o julgador incorrer nesse excesso de linguagem.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo de Instrumento nº 676991 destaca bem os limites dados ao julgador na pronúncia (BRASIL, 2010):

[...] a pronúncia há de ser bem compreendida e elaborada com certo critério na medida em que não seja escassa ao ponto de violar o postulado de que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas [...], nem se apresente tão aprofundada e exaustiva que possa impingir certeza aos fatos de modo a desconhecer a competência do júri para julgar os crimes dolosos contra a vida [...]

Não obstante, Nucci (2015, p. 122) afirma que o julgador não poderá deixar de analisar, na própria decisão, as teses jurídicas veiculadas pelas partes em razão dessa delimitação que o art. 413, § 1º faz a fundamentação da pronúncia. A justificação da rejeição de alguma tese faz parte da própria fundamentação da decisão.

Conforme o autor, não apreciar as teses da defesa violaria o princípio da plenitude da defesa, tendo em vista que, de acordo com Iribure Júnior (2009, p. 336) “o que de fato se analisa na fase da formação da culpa é o direito de acusar.”. O reconhecimento desse direito, pelo acolhimento, parcial ou total, das teses de acusação, implica na apreciação e motivação da rejeição das teses de defesa.

Iribure Júnior (2009, p. 344) afirma que “Após confrontar os fatos narrados com as provas produzidas nos autos o magistrado atinge seu convencimento acerca do ocorrido.”. Essas provas, conforme o autor, não precisam ser hábeis a fundamentar uma condenação, mas devem apontar para a “possibilidade de haver um julgamento pelo júri em fase posterior” (2000, p. 350).

Nesse prisma, o livre convencimento do julgador para apreciar as provas produzidas demanda que seja analisada cada prova coletada ao longo da instrução e, ao final, justifique-se o valor atribuído a cada uma, bem como o porquê da escolha de uma ou outra prova para compor o seu convencimento (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 366).

Relativo a materialidade do fato, nos crimes de competência do Júri, é comum que seja o exame de corpo de delito, que é prova direta, ou o depoimento de testemunha, que é prova indireta empregada quando a infração não deixar vestígios, conforme o art. 167 do CPP. Seja qual for a prova utilizada, deve o magistrado justificar o acolhimento da prova (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 389).

Fecury (2012, p. 157) afirma que os outros meios de prova, e não só a prova testemunhal, deveriam ser aceitos pelo CPP para suprir a inviabilidade do exame de corpo de delito. A limitação a prova testemunhal representaria um traço do sistema da prova tarifada,

que distribuía valores distintos a cada meio de prova para cada caso. Portanto, deveria ser permitido que uma prova documental, por exemplo, pudesse fazer as vezes do referido exame quando não se puder realizá-lo.

Verifica-se que para atestar a materialidade do fato, ainda que na primeira fase do procedimento do Júri, exige-se a certeza da sua ocorrência. A ausência dessa prova tem por consequência a decisão de impronúncia, não só pela falta da comprovação da materialidade, mas também pela ausência de justa causa (FECURY, 2012, p. 156).

O autor afirma, ainda, que exigir a prova plena da materialidade do fato para a pronúncia visa evitar que haja uma condenação sem prova quando o processo for encaminhado a julgamento pelo júri. Além disso, a decisão de pronúncia seria equiparada a de recebimento da denúncia se exigisse menos do que a certeza da materialidade do fato.

Seria possível cogitar que a prova plena da materialidade não seria exigível no momento da pronúncia porque poderia ser coletada até o momento da instrução em plenário, prevista no art. 473 e seguintes do CPP.

Todavia, seria temerário encaminhar um caso sem a prova de que o fato constitui crime a julgamento por jurados que julgam imotivadamente e, portanto, não saberiam a importância dessa prova, bem como poderiam responder positivamente acerca do quesito referente a materialidade, disposto no art. 483, I do CPP, ainda que carente de comprovação robusta.

Quanto aos indícios de autoria ou participação, o CPP exige outro nível de certeza distinto daquele exigido na materialidade do fato. Assim, a lei processual requer indícios, e não provas irrefutáveis, acerca da autoria ou participação do acusado (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 392), tendo em vista que a certeza destas só é exigida na segunda fase do júri, isto é, no julgamento da causa.

Por meio dos indícios suficientes, a lei requer uma “probabilidade de que o réu seja o autor ou partícipe do crime”, para que só sejam remetidas a julgamento “as causas em que haja uma possibilidade razoável de condenação do acusado”, como afirma Iribure Júnior (2009, p. 399).

Essa prova por indícios, ou indiciária, passa pelo mesmo processo de valoração das provas diretas, em razão da sistemática do livre convencimento motivado do magistrado. Além disso, apesar do art. 413 do CPP exigir indícios de autoria ou participação, Fecury (2012, p. 169) afirma que não deve ser exigida uma pluralidade de indícios.

Tendo em vista que a prova indiciária tem o mesmo valor das outras provas, exigir vários indícios consistiria em atribuir um valor menor ao indício para que, coletando-se vários

deles, o magistrado chegasse a um valor de prova mais robusto para fundamentar sua decisão. Todavia, a própria redação do art. 413 do CPP exige indícios suficientes de autoria, o que vai de encontro com referido entendimento.

A partir desse panorama, questiona-se o quanto de certeza ou probabilidade os indícios devem demonstrar acerca da autoria ou participação. Tal questionamento é analisado a seguir.

#### 4.2 O sistema dos *standards* de prova aplicado a decisão de pronúncia

Fecury (2012, p. 138) analisa o grau de probabilidade de autoria e participação dos indícios suficientes no âmbito da pronúncia pelo sistema dos *standards* de prova. Esse sistema é utilizado como forma de justificação das decisões judiciais, e é adotado pelos países que seguem o sistema jurídico da *common law*, principalmente Inglaterra e Estados Unidos.

O autor (2012, p. 139) traz um conceito de *standards* de prova da forma como o sistema é utilizado para fundamentar as decisões judiciais:

A decisão com base em *standards* de prova ou modelos de constatação atende à idéia [sic] de redução das margens de erro judiciários, de distribuição desses erros entre as partes e de fixação de um juízo de probabilidades ao definir o quanto se precise para ter a hipótese aceita como verdadeira.

Desse modo, será atribuído a cada tipo de decisão um *standard* de prova, previamente informado as partes, a fim de que a hipótese em debate seja efetivamente comprovada por um valor mínimo de prova exigido (FECURY, 2012, p. 142).

O autor analisa os três *standards* de prova preponderantes na doutrina norte-americana aplicando-os a algumas decisões processuais penais do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o grau de convencimento exigido do julgador pela análise das provas.

Inicialmente, o autor afirma que a decisão que recebe a denúncia teria o *standard* de preponderância da prova, em que as hipóteses da defesa e a da acusação estão em igualdade, prevalecendo aquela que reuniu mais elementos de informação que fortaleçam sua tese.

Nesse momento, é exigível a mera probabilidade da existência do fato, bem como da autoria, “[...] por ser socialmente preferível que alguém responda equivocadamente a um processo penal e seja absolvido ao final do que alguém que deveria responder ao processo e eventualmente ser condenado ter a denúncia rejeitada.”, como afirma Fecury (2012, p. 174).

Em relação a decisão de pronúncia, não se pode utilizar o mesmo *standard* de prova da decisão que recebe a denúncia, isto é, o da preponderância da prova, que se traduz na mera probabilidade da autoria, pois nesta fase inicial não há provas produzidas (FECURY, 2012, p. 177), ao passo que no momento da pronúncia o julgador dispõe de todo um acervo probatório para formar seu convencimento, o que reclama outro *standard* de prova.

Apesar de se afirmar que a pronúncia realiza um juízo de admissibilidade da acusação, o autor afirma que a decisão se diferencia da que recebe a denúncia porque esta avalia uma proposta de acusação, enquanto que a pronúncia emite um juízo de confirmação de como se mostrou viável essa acusação após toda uma instrução probatória realizada (2012, p. 178).

Rebouças (2017, p. 1124-1125) aponta três elementos que distinguem a pronúncia da decisão que recebe ou rejeita a denúncia. Em primeiro lugar, a pronúncia é firmada em provas submetidas ao contraditório judicial. Por sua vez, a decisão que recebe ou rejeita a denúncia baseia-se em elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Em segundo lugar, os indícios exigidos para a pronúncia devem ser mais firmes que aqueles avaliados na decisão de recebimento ou rejeição da inicial acusatória. A suficiência de indícios de autoria e participação se dá em razão da pronúncia fazer o recorte de quais dispositivos há a probabilidade de o acusado ter sido incurso e sob os quais será julgado.

Essa distinção entre os dois tipos de decisões demonstra que não se pode definir a pronúncia como uma decisão que realiza um mero juízo de admissibilidade da acusação, ainda que seja esse o entendimento do STF, veiculado em diversas decisões, como no HC 98791/ES, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, do qual se extrai o seguinte trecho (BRASIL, 2011):

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, motivo por que nela não se exige a prova plena, tal como exigido nas sentenças condenatórias em ações penais que não são da competência do júri, não sendo, portanto, necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência.

Dando continuidade, verifica-se, ainda, que o *standard* da prova além da dúvida razoável, exigido geralmente para as decisões finais de mérito que demandam a certeza da autoria, também não seria o adequado para a decisão de pronúncia, já que esta não exige a certeza, mas indícios da autoria, bem como encerra uma fase procedimental, e não o próprio processo, como o faz a sentença (FECURY, 2012, p. 178).

Desse modo, chega-se ao *standard* da prova clara e convincente, que é aquele que requer uma alta probabilidade para se configurar, sendo um intermediário entre o da prova além da dúvida razoável, que exige uma prova plena, e o da preponderância da prova, que requer uma mera probabilidade. Esse *standard* intermediário seria o adequado a valoração da prova na pronúncia, conforme o referido autor.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2016, p. 1224) afirmam que a pronúncia requer um suporte probatório maior do que aquele exigido no recebimento da denúncia, porém menor que aquele da sentença condenatória.

A probabilidade da prova da autoria, na pronúncia, deve ser alta, e não a mera probabilidade exigida no recebimento da denúncia, em razão da produção probatória que houve entre esses dois momentos, fornecendo mais elementos de prova ao juiz no momento da pronúncia para se chegar ou não nessa maior probabilidade. Caso o quadro probatório não tenha se desenvolvido como pretendido pela acusação, não se configurando tão diferente do momento de recebimento da denúncia, será o caso de impronúncia, conforme o art. 414 do CPP (FECURY, 2012, p. 179).

Caso contrário, o juiz decidirá pela pronúncia, optando pela “admissibilidade da acusação caso provada a existência do fato e a alta probabilidade da autoria ou da participação do acusado”, como assevera Fecury (2012, p. 179).

A decisão de pronúncia perderia sua importância caso não se exigisse essa alta probabilidade da autoria, pois haveria a possibilidade de uma condenação, quando do julgamento da causa pelo júri, baseada na mera probabilidade da autoria, debilitando o procedimento do Júri.

O juiz da pronúncia só deveria encaminhar os casos a Júri se, naquele momento da pronúncia, ele pudesse proferir uma sentença condenatória, com base nas provas produzidas, caso ele fosse o juiz competente. Assim, só poderiam ser julgados pelo Júri os casos que comportem uma condenação (NUCCI, 2015, p. 111).

Nucci assevera que, com esse raciocínio, não se exige a certeza da autoria, porém a suficiência de provas que possibilite ao Júri decidir sobre a condenação ou absolvição. Além disso, as provas suficientes deveriam espelhar uma dúvida razoável no juiz togado, no momento da pronúncia, ao contrário do que afirma Fecury, em que a prova clara e convincente já seria o suficiente para fundamentar a decisão.

Em síntese, verifica-se que a decisão de pronúncia é ato processual fundamental no procedimento do júri, já que realiza uma seleção dos processos aptos a serem julgados pelo Júri de acordo com o acervo probatório coletado.

Sem embargo de se considerar os indícios como meio de prova, a interpretação do art. 413 que exige do juiz o convencimento da materialidade do fato traz uma conotação de prova plena e incontroversa. Ao passo que os indícios, classificados como prova não plena, são o meio de prova escolhido pela lei já que no momento processual do juízo da acusação não se analisa a culpabilidade do acusado, não se exigindo, portanto, a prova plena da autoria ou participação.

Entende-se que a prova indiciária coletada na instrução preliminar deve refletir uma alta probabilidade de autoria ou participação do acusado, já que a mera probabilidade aproximaria essa decisão da que recebe a denúncia. Se assim o fosse, a pronúncia perderia sua razão de ser.

#### **4.3 O princípio do *in dubio pro societate* e a competência constitucional do tribunal do júri**

Em oposição ao princípio do *in dubio pro reo*, o postulado do *in dubio pro societate* significa que caso o julgador encontre-se em dúvida deverá julgar a favor da sociedade, o que implicaria em uma decisão desfavorável ao réu (FECURY, 2012, p. 206).

Conforme o autor, o princípio consiste em um critério de decisão que visa privilegiar os interesses coletivos. Na sua aplicação prática, é fundamento de uma decisão contra o réu, quando o julgador se encontra em dúvida, prejudicando sobremaneira a presunção de inocência reconhecida pela própria Constituição Federal.

Verificam-se as primeiras referências ao afastamento do *in dubio pro reo* no momento da pronúncia, e a aplicação do *in dubio pro societate*, em dois julgados dos Tribunais Superiores.

O primeiro é o HC 64.051/MA, de relatoria do Ministro Carlos Madeira, que entende pela inexigibilidade da prova incontroversa da autoria para fins de pronúncia, restando afastada a incidência do *in dubio pro reo* quando há dúvida sobre a autoria, já que a existência da dúvida será resolvida pelo Júri (BRASIL, 1986).

O segundo é o REsp 54.763/DF, de relatoria do Ministro Anselmo Santiago, em que se afasta expressamente o *in dubio pro reo* em detrimento do *in dubio pro societate* quanto a dúvida sobre a ocorrência das circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, como se nota no seguinte trecho do voto do relator (BRASIL, 1997, grifo do autor):

No mínimo, ressaí a dúvida sobre a existência, ou não, dessa qualificadora, o que reforça a idéia[sic] de que se faz necessária a sua apresentação ao Tribunal Popular. Nessa fase, [...], a questão se resolve *pro societate* e não *pro reo*.

Atualmente, diversas decisões dos Tribunais Superiores sinalizam que o *in dubio pro societate* deve nortear o juízo de admissibilidade realizado na pronúncia relativo a prova da autoria do acusado.

Nesse prisma, o HC 81.646-PE, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, demonstra que o referido princípio não se aplica quanto a materialidade do fato, já que, quanto a esta, não se deve ter dúvidas para que o réu seja pronunciado (BRASIL, 2002).

Apreende-se do acórdão que o entendimento da jurisprudência é que a dúvida quanto a autoria ou participação se opere a favor da sociedade, isto é, na decisão do julgador pela pronúncia. Enquanto que a materialidade do fato, se objeto de dúvida, resultaria na falta de justa causa, sendo inadmissível a pronúncia nesta circunstância.

Verifica-se, ainda, o RE 540.999/SP, cujo relator foi o Ministro Menezes Direito, acerca do referido princípio. Conforme o acórdão, “a aplicação do brocardo **in dubio pro societate**, pautada nesse juízo de probabilidade de autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri” (BRASIL, 2008, grifo do autor).

Em julgado recente, encontra-se o mesmo entendimento, como se verifica do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no Ag.Reg. no RE com Agravo 986.566/SE, em que o relator afirma que o entendimento do STF é pela preponderância do *in dubio pro societate* na pronúncia, o que não violaria a presunção de inocência, já que o primeiro princípio visa assegurar a competência constitucionalmente estabelecida do Tribunal do Júri (BRASIL, 2017b).

Nota-se, portanto, que a jurisprudência se vale do *in dubio pro societate* como fundamento da pronúncia a fim de que seja preservada a competência constitucional do Tribunal do Júri quanto a perquirição aprofundada da prova da autoria. Este órgão julgador aprecia livremente os fatos, em razão de ser competente para isso (FECURY, 2012, p.214), diferente do juiz togado da fase de pronúncia que possui limitações na fundamentação do seu convencimento quanto os fatos e a prova.

Apesar desse entendimento da jurisprudência, se a prova coletada na instrução preliminar for escassa ou frágil a ponto de gerar dúvidas no julgador acerca da materialidade ou indícios de autoria ou participação, não se poderá ter outra decisão senão a de impronúncia.

Nucci (2015, p. 111) afirma que muitos julgadores, em face de um insuficiente acervo probatório, proferem a decisão de pronúncia pautados *in dubio pro societate*, já que a dúvida provocada pelas provas colhidas operaria em favor da sociedade, repassando o problema para os juízes naturais da causa.

Nesses casos, os processos careceriam do fundamento legal exigido para o julgamento em plenário, encontrando-se em um estado de provas frágeis que possibilitariam ao julgador absolver o acusado caso fosse o juiz competente para julgar o mérito (NUCCI 2015, p. 111). Questiona-se, portanto, o porquê do juiz remeter os autos a julgamentos se eles não comportariam uma condenação.

Relativo ao *in dubio pro societate*, Tourinho Filho (2009, p. 710-711, grifo do autor) discorda da sua aplicação. Conforme o autor,

Afirmar, simplesmente, que a pronúncia é mera admissibilidade de acusação e que estando o Juiz em dúvida, aplicar-se-á o princípio do *in dubio pro societate* é desconhecer que num País cuja Constituição adota o princípio da presunção de inocência torna-se heresia sem nome falar em *in dubio pro societate*.[...] Se o Juiz tem dúvida, a solução é a impronúncia ou a absolvição. Nunca a pronúncia.

Por outro vértice, a dúvida provocada no julgador é resultado da falência da acusação em se desincumbir do seu ônus de prova. Desse modo, não se pode remediar a falibilidade da acusação com a remessa do caso a julgamento. Não se deve levar a dúvida ao julgamento, mas operá-la a favor do acusado ainda na fase preliminar, prevenindo-se que essa mesma dúvida provoque uma condenação no julgamento pelo Júri (RANGEL, 2005, p. 526).

O *in dubio pro societate* está justificando a remessa dos autos a Júri, quando há dúvida acerca da prova, para que se preserve a competência constitucional do órgão. Contudo, houvesse lógica nessa concepção, o CPP não estaria sendo coerente ao prever uma decisão de impronúncia quando houver insuficiência de provas, pois, ao impronunciar, o julgador estaria retirando o caso do âmbito de competência do Júri (IRIBURE JÚNIOR, 2009, p. 462).

Rebouças (2017, p. 1132) afirma que não há nenhuma previsão normativa dispondo sobre o *in dubio pro societate*. Além disso, em sede de recebimento da denúncia, ao se exigir o suporte probatório mínimo, exige-se a presença ou não de elementos informativos suficientes, e não a análise da dúvida acerca da autoria ou materialidade do fato.

Portanto, se não há elementos informativos, mister se faz a inadmissibilidade da acusação, o que deve ocorrer também na pronúncia, quanto aos elementos probatórios. Nessa lógica, a pronúncia se aproxima da referida decisão, com a ressalva feita anteriormente da

necessidade de um suporte probatório mais robusto porque a pronúncia é proferida após toda a instrução preliminar.

O autor refere-se ao julgamento do HC 175.639/AC, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em que se afastou o princípio do *in dubio pro societate* na questão da admissibilidade da ação penal, isto é, quando do recebimento da denúncia, conforme o trecho a seguir do acórdão (BRASIL, 2012, grifo do autor):

A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*. *In casu*, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa.

Assim, Rebouças (2017, p. 1132) afirma que o entendimento acima poderia ser aplicado também à decisão de pronúncia. Depreende-se do acórdão que a falta de provas consistentes a respeito da autoria e materialidade do fato demonstram a ausência de suporte probatório mínimo para a ação penal, isto é, não há justa causa.

Tendo em vista que os mesmos requisitos de autoria e materialidade são exigidos para a pronúncia, ainda que devam ser pautados em provas mais robustas, é evidente que o entendimento acima pode ser aplicado a pronúncia, afastando-se a fundamentação da pronúncia no *in dubio pro societate* principalmente quando há frágeis e inconsistentes provas.

Ao remediar a dúvida quanto a autoria com a remessa do caso a julgamento pelo órgão competente, isto é, o Júri, o juiz togado deixa de analisar se a acusação, de fato, se desincumbiu do ônus probatório, e demonstrou a alta probabilidade da autoria e a certeza da materialidade do fato requeridas pela pronúncia (FECURY, 2012, p. 215-216).

Nessa perspectiva, o referido autor afirma que o uso do *in dubio pro societate* não deveria servir para fundamentar qualquer decisão de cunho penal, e principalmente a decisão de pronúncia. Se a proposta da acusação não se confirmou durante a instrução preliminar, não há fundamento para a pronúncia. Da mesma forma, como se está avaliando a suficiência do acervo probatório colhido, não há que se debater sobre a competência constitucional do Júri.

A fase preliminar, que culmina com a pronúncia, é que define se aquele caso, submetido ao contraditório judicial, é de competência do Júri e se está em condições de ser julgado por este no momento em que reconhece os indícios de autoria ou participação e a materialidade do fato.

Desse modo, Fecury (2012, p. 218) assevera que “a competência constitucional do Júri segue em espera e não pode servir como fundamento (probatório) para justificar e

garantir o julgamento final, pois, a pronúncia que é o pressuposto do julgamento do Júri, e não o contrário”.

O autor afirma, ainda, que o *in dubio pro societate* é utilizado de forma equivocada como se as decisões desfavoráveis ao réu implicassem em algo a favor da sociedade. O julgamento do acusado pelo Júri não estaria a favor ou contra o interesse social. É apenas decorrência de uma decisão de pronúncia resultante da análise do julgador das provas colhidas na instrução preliminar.

Essa análise que advém do senso comum da população de que as pessoas que respondem a processos criminais são presumivelmente culpadas, devendo ser tratadas dessa forma, reflete-se no *in dubio pro societate*, o que justifica ainda mais sua rejeição. A presunção consagrada constitucionalmente é a presunção de inocência, que também deve ser observada na decisão de pronúncia.

Fecury (2012, p. 224) afirma que o interesse social deverá observar o devido processo legal e que o *in dubio pro societate* não deverá mais ser utilizado pelos magistrados, devolvendo ao *in dubio pro reo* a incidência não só nas decisões finais de mérito, mas também nas decisões interlocutórias, o que, evidentemente, inclui a pronúncia.

O brocardo *in dubio pro societate* não deve subsistir como critério a solucionar as dúvidas do julgador no momento da pronúncia. Não necessariamente a análise do mérito da ação penal pela valoração das provas e fundamentação da pronúncia significará a usurpação da competência do Júri, exceto se o juiz togado incorrer em excesso de linguagem na sua motivação apto a influenciar o convencimento dos jurados.

A valoração da prova e fundamentação legal da pronúncia não deve ser vista com tanta cautela pelos julgadores a ponto de se absterem de tecer considerações necessárias quanto ao mérito, no que tange a efetiva comprovação da materialidade do fato e dos indícios de autoria e participação.

O juiz togado não poderá esquivar-se de decidir sobre a suficiência das provas para comprovar os requisitos do art. 413 do CPP como se o Júri fosse o único órgão competente para tanto, tendo em vista que esse juízo da acusação constitui o exercício da sua própria competência na fase de *iudicium accusationis*, assim como é a regular observância da fundamentação das decisões judiciais, consagrada constitucionalmente e no referido dispositivo próprio da pronúncia.

Caso a análise das provas e conseqüente formação de um convencimento sobre materialidade e indícios de autoria violassem a competência do Júri, a pronúncia não teria

razão de ser, aproximando-se da sistemática do procedimento comum em que o julgador iria receber ou rejeitar a denúncia e, após a instrução, haveria o julgamento da causa.

Destaca-se que se o acervo probatório gera dúvidas no julgador, significa que os indícios coletados não apontam para a alta probabilidade da autoria e/ou materialidade do fato, configurando-se o cenário de fundamentação da decisão de impronúncia.

#### **4.4 Análise de decisões dos Tribunais Superiores acerca da admissibilidade do testemunho de ouvir dizer como fundamento da pronúncia**

Nesse tópico, vale-se da análise de alguns julgados dos Tribunais Superiores, isto é, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), como fonte de pesquisa jurisprudencial a fim de que se analise qual o entendimento adotado pelas referidas Cortes que, em última análise, definem o entendimento a respeito dos institutos jurídicos em sede jurisdicional.

De início, analisa-se o Recurso Especial nº 1.444.372/RS, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, em que se manteve a decisão do tribunal recorrido que impronunciou o acusado pois só havia uma testemunha de ouvir dizer, interrogada na fase pré-processual, que apontava para a autoria. A sexta turma do STJ resolveu negar provimento ao recurso por entender que o Tribunal recorrido estava com a razão de impronunciar em face dessa conjuntura probatória.

A partir do voto do relator, verifica-se que a testemunha foi rejeitada não só pela vedação do art. 155 do CPP de que os elementos informativos, salvo as provas cautelares, não podem exclusivamente fundamentar uma condenação, o que seria aplicável também a pronúncia em razão de sua carga decisória, mas também pela fragilidade e fácil manipulação do testemunho de ouvir dizer.

O Ministro aponta, em seu voto, duas finalidades da instrução preliminar que atestam sua função determinante no processo que tramita no Júri a fim de expor seu entendimento pela impossibilidade de se pronunciar o réu baseado em provas colhidas apenas na fase de investigação, ainda mais quando só há esse tipo de prova no processo (BRASIL, 2016a):

Além dessa função voltada a preservar o réu contra acusações infundadas, a instrução preliminar do juízo de acusação objetiva preparar o julgamento a ser realizado pelo Conselho de Sentença. Ao contrário dos atos do inquérito policial, que "não se consideram atos de processo judicial, mas atos preparatórios

extrajudiciais, ou meramente informativos", as evidências recolhidas durante o *iudicium accusationis* [sic] terão plena eficácia e validade perante o órgão julgador da causa, por terem sido produzidas na presença das partes e do juiz, pelo método contraditório.

Diante disso, nota-se que não só as provas colhidas na instrução preliminar podem ser utilizadas nos debates orais na segunda fase do Júri, mas também podem ser repetidas na instrução em plenário. Assim, uma testemunha de ouvir dizer, colhida na instrução, poderia depor no julgamento da causa e influenciar, se não, determinar o convencimento dos jurados.

Em razão disso, verifica-se a cautela que deve ter o juiz togado, na fase de *iudicium accusationis* para pronunciar unicamente aqueles casos que disponham de um acervo probatório não necessariamente robusto, mas suficiente e concreto a ponto de indicar a alta probabilidade da autoria do acusado, sem margens para dúvidas, e a materialidade do fato. Nesse sentido, destaca-se mais um trecho do voto do relator do referido Recurso Especial (BRASIL, 2016a):

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

O relator filia-se ao entendimento de que não se deve admitir a testemunha de ouvir dizer como prova, ainda que obtido seu depoimento em contraditório judicial (BRASIL, 2016a):

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

Seguidamente, analisa-se o acórdão do STJ no julgamento do REsp 933.436/ SP em que o Ministro relator Félix Fisher demonstrou em seu voto que a fragilidade dos depoimentos por ouvir dizer, únicos elementos probatórios presentes no caso, justificava a rejeição de tais provas para fundamentação a pronúncia.

Em seu voto, o relator ainda comentou que há julgados do STJ e STF no sentido de que os indícios de autoria para fundamentar a pronúncia podem até advir de elementos informativo do inquérito policial. Mas, naquele caso, as testemunhas de ouvir dizer não configuram indícios de autoria. Destaca-se o seguinte trecho da ementa (BRASIL, 2009):

II- Não obstante esse entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores, cabe à primeira fase do procedimento relativo aos crimes da competência do Tribunal do Júri denominada *iudicium accusationis*[sic], afastar da apreciação do Conselho de Sentença acusações manifestamente infundadas, destituídas, portanto, de qualquer lastro probatório mínimo. III- Na espécie, consta em desfavor do recorrido tão somente referências a testemunhos, que, com supedâneo no "ouvi dizer", lhe atribuem a prática do crime, na medida em que teria fornecido a arma do crime ao executor. Tais elementos revelam-se precários, e dessa forma, não autorizam a sua submissão ao *iudicium causae*.

Em outro julgado, o relator do HC 397.485, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu pelo desentranhamento dos autos de depoimento por ouvir dizer em razão de que a testemunha se negou a apontar a fonte da informação (BRASIL, 2017a).

Contudo, afirmou que a testemunha de ouvir dizer não é totalmente inútil ao processo, podendo-se utilizá-la para chegar na testemunha por ela referida, o que já é uma previsão do art. 209, § 1º do CPP.

Desse modo, verifica-se que os tribunais superiores tendem a se posicionar pela rejeição tanto do depoimento por ouvir dizer colhido na fase pré-processual, como aquele submetido ao contraditório judicial fundamentar a pronúncia, razão da sua fragilidade probatória para se configurar como meio de prova.

#### **4.5 A testemunha de ouvir dizer pode ser considerada como indício de autoria?**

Neste ponto do trabalho, analisa-se a hipótese de a testemunha de ouvir dizer poder ser considerada como meio de prova apto ou não a fundamentar a decisão de pronúncia.

Primeiramente, quando há uma testemunha de ouvir dizer no processo a atividade da defesa fica comprometida, notadamente quanto a realização do *cross examination*, isto é, a formulação de quesitos a efetiva fonte de informação da referida testemunha, já que esta depõe sobre fatos que lhe foram informados por terceiros.

Considerando que o exercício da ampla defesa e do contraditório restam comprometidos, já que não se pode questionar a fonte da informação, a observância e a

efetividade da plenitude da defesa, que é a ampla defesa em máximo alcance, fica mais prejudicada ainda quando se aceita que um juiz fundamente uma decisão em prova que não pode ser, efetivamente, submetida ao contraditório.

Em segundo lugar, verifica-se que o indício é considerado prova não plena, já que não revela a certeza do que se quer comprovar. Apesar disso, no caso dos indícios de autoria exigidos na pronúncia, é imperioso que demonstrem uma alta probabilidade da autoria, sob pena de serem encaminhadas causas infundadas a julgamento, correndo-se o risco de se obter condenações carentes de provas robustas de que o acusado é o autor do crime.

Desse modo, não é porque os indícios são prova não plena que torna-se possível enquadrar quaisquer provas como indícios, a exemplo da testemunha de ouvir dizer, que não revela a certeza do fato que pretende comprovar, e também não aponta para uma alta probabilidade de que seu conteúdo é verdadeiro já que não se detém a fonte original.

A testemunha de ouvir dizer deveria ser útil ao processo unicamente para apontar quem detém a informação que ela reproduz, para que essa pessoa seja devidamente intimada e venha depor em juízo, caso o magistrado julgue conveniente, conforme o art. 209, § 1º do CPP.

Caso não for possível aferir a testemunha fonte da informação original, não há como dar credibilidade ao depoimento por ouvir dizer, e muito menos como considerar a testemunha como compromissada, pois apesar de ter prestado o compromisso de dizer a verdade, não há como aferir se há o repasse fiel das informações obtidas do terceiro, que pode, inclusive, resultar em um encadeamento de informações por ouvir dizer que está sujeito a uma alteração do conteúdo original.

Ainda que diversas testemunhas, seja por residirem na localidade em que ocorreu o crime ou por outras razões, afirmem, por ouvir dizer, que o acusado é o autor do crime, não se poderá considerar tais informações como indícios, tendo em vista que a *vox publica* não é considerada como fonte segura de informação, mas unicamente o que for trazido ao processo e efetivamente submetido ao contraditório judicial.

Além disso, a testemunha de ouvir dizer não explica satisfatoriamente as razões de sua ciência ao apontar que obteve a informação de um terceiro, e não por si própria, como requer o art. 203 do CPP. A circunstância em que se encontra, isto é, reproduzindo um conhecimento de terceiro diminui consideravelmente sua credibilidade, o que novamente compromete a observância do referido artigo.

Apesar de haver o entendimento, já mencionado, de que não se deve exigir uma pluralidade de indícios para fundamentar a autoria ou participação na pronúncia, o que provocaria uma diminuição do valor probatório do indício, verifica-se que a própria lei exige essa pluralidade ao referir-se a “indícios suficientes” no art. 413 do CPP.

De fato, o indício é prova não plena, tendo em vista que é construído por meio de um raciocínio inferencial a partir de um fato conhecido e provado. Assim, para que fundamente uma decisão de relevância como a pronúncia, deve haver mais de um indício indicando a autoria ou participação para que se configure a alta probabilidade desse último requisito.

Diante disso, questiona-se a configuração do testemunho de ouvir dizer como um desses indícios de autoria.

Ainda que os indícios sejam meio de prova indireta, já que revela fato diverso do principal, mas que leva-o a este, e que o testemunho de ouvir dizer seja um testemunho indireto, não há como enquadrá-lo na definição de indício como circunstância conhecida e provada, que por indução se chega ao fato que se quer provar.

O conteúdo do depoimento de ouvir dizer torna-se conhecido pelo juízo quando do momento de depoimento, mas não resta provado pela própria testemunha já que não é informação que advém do seu contato direto com o fato, mas unicamente de terceiros. A prova testemunhal já é considerada temerária porque pode ser alvo de manipulações, a memória pode ser danificada ao longo do tempo, comprometendo a autêntica reprodução dos fatos.

Já a prova testemunhal que reproduz o depoimento de alguém que não se tem o conhecimento da identidade e da idoneidade torna ainda mais temerária sua caracterização como elemento probatório, ainda que seja um indício. Portanto, mesmo em conjunto com outros indícios, a testemunha de ouvir dizer não poderia ser considerada como um deles, já que inapta a comprovar qualquer circunstância. Todavia, isso esbarra no livre convencimento motivado do julgador que, em tese, pode valorar todas as provas constantes no processo, desde que motive sua decisão.

Conforme Rebouças (2017, p. 140), em respeito ao livre convencimento motivado, em que o julgador constrói de forma livre seu convencimento baseado na prova dos autos, “a motivação há que ser idônea, sustentada em base empírica, e não em indemonstráveis juízos de valor, impossíveis de controle”.

O autor afirma que o uso de fórmulas genéricas pelo julgador, como justificar o recebimento da denúncia porque houve o preenchimento dos requisitos legais, ou a decretação

da prisão preventiva como garantia da ordem pública, sem que haja uma análise crítica e demonstrativa daquela conclusão, viola a motivação das decisões judiciais.

Rebouças (2017, p. 140) assevera que “Trata-se de fórmulas genéricas, aplicáveis indistintamente a vários casos particulares e desamparadas de demonstração analítica de pertinência à situação concreta.”.

Verifica-se essa aplicação de fórmulas genéricas quando o julgador se vale do *in dubio pro societate* ao remediar a dúvida que lhe provocou as provas do processo, motivando a decisão de pronúncia com a máxima de que a dúvida se resolve a favor da sociedade, e em respeito a competência do Júri.

Desse modo, o julgador se abstém de realizar uma análise crítica da prova dos autos, já que essa valoração da prova seria de competência do Júri, e aplica a fórmula genérica do *in dubio pro societate*, enviando o caso a julgamento.

Como já referido anteriormente, a pronúncia deve ser fundamentada, em razão do art. 413 do CPP e do art. 93, IX da CF. Impõe-se ao julgador que avalie o material probatório a fim de que constate, naquele caso, se foram preenchidos os requisitos dos indícios de autoria e participação, bem como a materialidade do fato.

Simplificar a fundamentação da pronúncia ao *in dubio pro societate*, de fato, dá margem para considerá-la decisão de menor importância no processo, o que já foi mencionado que não o é, em razão de realizar uma filtragem dos processos que podem ser submetidos a julgamento imotivado pelos juízes leigos.

A partir disso, ao se reduzir o valor da decisão, já que esta não julga o mérito do processo, bem como exige indícios da autoria, e não prova plena desta, essa concepção dá margem para a valoração e utilização de elementos probatórios insuficientes para fundamentar a referida decisão, como a testemunha de ouvir dizer, o que não pode ser aceito.

Apesar de o julgador ser livre para chegar a um convencimento, desde que o motive, há limitações a cognição de certas provas, como a vedação ao uso exclusivo de elementos informativos como fundamento de uma condenação, ou a na exigência de mais provas para corroborar a confissão, para o mesmo veredito.

Esses casos configuram a classificação da prova legal negativa já mencionada, quando a lei considera um meio de prova insuficiente para comprovar o fato (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 622).

Caso a legislação processual penal considerasse a prova testemunhal de ouvir dizer como prova legal negativa, principalmente no âmbito da pronúncia, o julgador não poderia se valer exclusivamente dela para fundamentar a pronúncia, demandando outros

elementos probatórios para configurar os indícios suficientes de autoria exigidos pelo art. 413 do CPP.

Poderia ser levantada a questão de que a rejeição da testemunha de ouvir dizer como fundamento decisório consistiria na tarifação legal do seu valor probatório, de modo a diminuí-lo em comparação a de outros meios de prova.

Contudo, considerando-a como prova legal negativa, o julgador poderia valorá-la, já que esta pertence ao processo em razão do princípio da comunhão da prova, porém a fundamentação dos indícios suficientes de autoria demandaria a reunião de outros elementos probatórios ao referido testemunho, já que, isolado, não poderia fundamentar a referida decisão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse trabalho buscou-se examinar o procedimento penal especial do Tribunal do Júri, com o enfoque na fase do juízo de acusação que finda com a decisão de pronúncia. Foi ressaltada a relevância dessa primeira fase que possibilita a evolução da proposta da acusação quando as provas produzidas na instrução preliminar resultarem na configuração de dois requisitos exigidos pelo art. 413 do CPP: os indícios suficientes de autoria ou participação e o convencimento acerca da materialidade do fato.

Inicialmente, houve a análise do Tribunal do Júri a partir do seu controvertido caráter democrático, que apesar das fundadas críticas feitas a composição homogênea do corpo de jurados, o instituto representa uma conquista social a medida em que permite a participação popular nos julgamentos. Apesar da composição do conselho de sentença não estar respeitando a heterogeneidade que o Código de Processo Penal demanda no recrutamento dos jurados, não se pode retirar o caráter democrático da instituição pelo fato de o próprio Código já positiva a exigência dessa diversidade, restando a sua observância na prática forense.

Além disso, o Júri constitui direito e garantia fundamental do cidadão, que o integra como jurado, e do próprio acusado, já que a Constituição Federal impõe tratamento mais protetivo a instituição, dispensando-lhe princípios constitucionais, elencando-o como cláusula pétrea, além do que o CPP dispõe de um procedimento especial para o Júri.

Verifica-se que a decisão de pronúncia foi pensada para realizar uma triagem das acusações a fim de que apenas aquelas que encontrem respaldo nas provas produzidas no decorrer da instrução preliminar possam ser julgadas pelo Júri.

A partir disso, o trabalho apresentou um estudo sobre a prova no processo penal, que incluiu não só aspectos gerais sobre prova, mas também o estudo da prova testemunhal, para que se pudesse concluir posteriormente se o depoimento por ouvir dizer, tão presente na instrução preliminar do Júri, poderia ser enquadrado pelo juiz como indício de autoria na decisão de pronúncia.

A decisão de pronúncia demanda que haja uma análise do mérito da ação penal diferente daquela realizada pelos jurados na fase de julgamento. A fim de que os indícios suficientes de autoria ou participação e a materialidade do fato resem configurados, o julgador

deverá avaliar as provas produzidas na instrução preliminar e justificar o porquê que demonstram os referidos requisitos legais.

A avaliação do mérito é diferente na pronúncia unicamente porque o juiz não poderá emitir juízos de certeza acerca da autoria ou participação, mas apenas constatar se há indícios dela. Caberá aos jurados, na fase de julgamento, o juízo da certeza da autoria ou participação.

Para tanto, o julgador não deverá se abster de avaliar as provas e fundamentar a decisão, ou mesmo buscar resolver a dúvida gerada pelo acervo probatório com a remessa do caso a julgamento sob o argumento de não desrespeitar a competência constitucional do Júri.

A fundamentação da decisão é requisito imposto pela Constituição Federal e reforçado pelo diploma processual penal. Portanto, o julgador não poderá ter tanta cautela a ponto de deixar analisar criticamente os fatos e as provas produzidas pelo receio de adentrar no mérito de forma a violar a atividade jurisdicional do Júri. Assim, deverá balisar sua fundamentação na verificação do cumprimento dos requisitos do art. 413, abstendo-se do excesso de linguagem e buscando uma fundamentação objetiva e suficiente para o momento processual.

A partir disso, discorda-se da incidência do *in dubio pro societate* no âmbito da pronúncia. Não se verifica o porquê do princípio do *in dubio pro reo* não ser observado na primeira fase do Júri, já que é constitucionalmente consagrado, diferente do *in dubio pro societate* que não encontra respaldo legal e unicamente reproduz o senso comum de que não se pode conceder benefícios a alguém que responde a um processo penal, legitimando a ideia inadequada de que o que é contra o réu seria a favor da sociedade.

Desconsiderar o *in dubio pro societate* assenta-se na necessidade de que a pronúncia seja proferida em um cenário probatório em que não restem dúvidas acerca da alta probabilidade de autoria e a certeza da materialidade do fato.

Assim, em razão da necessidade de uma fundamentação pautada nos requisitos do art. 413, verificou-se que a testemunha de ouvir dizer carece de valor probatório pois não permite o efetivo exercício do contraditório pela ausência da fonte original de informação em juízo, o que impede que essa prova aponte para a alta probabilidade de autoria na pronúncia.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). **Constituição**. Brasil: [s.n.], 2015. 1 p. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de nov de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. 09 nov. 1992. Disponívelm: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI n. 2.848, de 07 de dez. de 1940. **Código Penal**. Código Penal.Brasil, p. 1-1, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de out. de 1941. Código de Processo Penal. Código de Processo Penal. Brasil, p. 1-1, out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº S/N, de 29 de novembro de 1832. **Código de Processo Criminal de Primeira Instancia**. Rio de Janeiro, 05 dez. 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 175639. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário da Justiça**. Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=175639&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 184522, /pr. Relator: Ministra Regina Helena Costa. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=184522&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>> . Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 397485. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 ago. 2017a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=397485&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=397485&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 933436. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=933436&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1444372. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 fev. 2016a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1444372&b=ACOR&p=true&l=10&i=8>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 54763. Relator: Ministro Anselmo Santiago. **Diário da Justiça**. Brasília, 16 jun. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 43 e 44. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 out. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 676991. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça**. Brasília, 01 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615042>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 985566. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**. Brasília, 30 ago. 2017b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13482632>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 64051, /MA. Ministro Carlos Madeira. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 out. 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81646. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**. Brasília, 09 ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98791. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça**. Brasília, 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2671874>>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351487. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça**. Brasília, 10 nov. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390746>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 540999. Relator: Ministro Menezes Direito. **Diário da Justiça**. Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535185>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 603. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 out. 1984.

BROCHADO NETO, Djalma Alvarez. **Representatividade no Tribunal do Júri Brasileiro**: Críticas à seleção dos jurados e propostas à luz do modelo americano. 2016. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000038/00003896.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015, 3 v.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8828>>. Acesso em: 06 mar. 2018

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **O tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional**. 2000. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2000.

LACERDA, Dennis Otte. **Breve Perspectiva da Prova Indiciária no Processo Penal**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011. 1 v.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. Tradução de J. Alves de Sá. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/malatesta.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, 1 v.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, 4 v.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. 2012. 250 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/pt-br.php>>. Acesso em: 06 mar. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 4 v.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v.

VALE, Ionilton Pereira do. **O tribunal do júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.