

REQUISITOS DA PRONÚNCIA EM CASOS DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA COMETIDOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU GRUPOS ASSEMELHADOS

DOUGLAS FISCHER¹

1. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS DELITOS DOLOSOS CONTRA A VIDA E O PROCEDIMENTO INICIAL DO JÚRI

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e conexos é do Tribunal do Júri em razão da matéria (excluem-se algumas situações em que o autor do fato possua prerrogativa de foro, mas disso não trataremos aqui), conforme preconizado no art. 5º, XXXVIII, da CF: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

O procedimento é bipartido: na primeira fase analisa-se a possibilidade de submissão do réu ao Tribunal Popular (juízo de acusação); na segunda, o julgamento em si é feito pelo Júri.

Produzidas as provas na primeira parte, o juiz da causa terá em tese quatro alternativas: a) desclassificar (se não houver elementos suficientes para indicar a prática dolosa); b) absolver sumariamente (à exceção de estarem presentes os requisitos do art. 415 do CPP); c) impronunciar (art. 414 do CPP, quando não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação); d) pronunciar

(art. 413 do CPP, quando convencido da materialidade e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação). Nas hipóteses de pronúncia (submissão do réu ao júri), há possibilidade de eventual despronúncia quando houver recurso provido por tribunal superior.

2. O DEVER DE PUNIR COM EFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO DE TODAS AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A OBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS

No presente tópico, pede-se autorização ao leitor (e também ao coautor) para reproduzir alguns excertos de fundamentos inseridos em outro texto, publicado juntamente com Rodrigo Brandalise, intitulado “A pronúncia, sua confirmação e as hipóteses de interrupção da prescrição” (Brandalise; Fischer, 2024).

A reprodução de poucos excertos não será com aspas, pois em muitas situações há, agora, complementos de outros argumentos.

Lá dissemos que, com base nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), existe uma obrigação de o Estado punir com eficiência (sem jamais desrespeitar os direitos fundamentais dos

¹ Mestre em Instituições de Direito e do Estado/PUCRS. Procurador Regional da República. <http://lattes.cnpq.br/5240252425788419>; Texto também publicado em <https://temasjuridicospdf.com/requisitos-da-pronuncia-em-casos-de-crimes-dolosos-contra-a-vida-cometidos-por-integrantes-de-organizacoes-ou-faccoes-criminosas/>.

investigados/processados)².

Uma premissa fundamental: conforme o art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo perpassa inicialmente pela existência de disposições infraconstitucionais que reflitam os preceitos maiores da Constituição (conformidade material).

Na concretização dessas premissas, deve-se buscar uma *melhor interpretação* dos comandos legais, que deverá ser extraída para considerar todo o plexo de direitos protegidos constitucional e convencionalmente³.

A busca da aplicação justa do Direito é o principal compromisso do Poder Judiciário. Assim, diz-se que o processo reflete uma *legitimidade da escolha estatal* sobre as formas de serem protegidos os direitos fundamentais, por uma dupla perspectiva da proporcionalidade (proibição do excesso e vedação da proteção deficiente).

O processo é uma atividade ordenada no sentido de chegar ao ato judicial final, que é uma sentença (com a reconstrução dos fatos).

A ampla defesa não permite a utilização indiscriminada dos meios legais para seu exercício, mas unicamente o que a lei garante que seja feito mediante uma racional interpretação sistêmica. Afirma-se isto porque o processo mostra a presença de relações que decorrem da presença das partes, mas também do

contexto social que exige sua proteção (Mesquita, 2003). Tanto é verdade que a própria Constituição Federal diz que a ampla defesa, juntamente com o contraditório, é exercida *conforme os meios e os recursos a elas inerentes* (art. 5º, inc. LV). O que desbordar do razoável e correto no exercício dessas garantias não é inerente à ampla defesa.

Há muito são exaradas decisões pelas Cortes de Direitos Humanos reafirmando que a função do juiz não se esgota em possibilitar um devido processo que garanta apenas a defesa em juízo, senão que deve também assegurar num tempo razoável o direito da vítima ou de seus familiares de saberem a verdade do que ocorreu e a sanção dos eventuais responsáveis⁴.

Temos o exemplo histórico da decisão da Corte IDH no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (que se enquadra nas recomendações de cumprimento pelo Poder Judiciário brasileiro⁵). Talvez a parte mais relevante tenha sido o reconhecimento de que, naquele caso, houve abuso porque o “modo de exercer os meios que a lei põe à disposição da defesa” foi tolerado e permitido pelos órgãos intervenientes, com o esquecimento de que a função judicial não se esgota ao possibilitar um devido processo que garanta a defesa em juízo, senão que deve assegurar igualmente num tempo razoável o direito da vítima ou de seus familiares de saber a verdade e o que ocorreu (§ 209 da sentença).

Partimos da premissa de que há uma *exigência/imposição* de um *modelo de processo penal justo*⁶,

2 Como se extrai da Corte IDH: “140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos” (Corte IDH, 2010).

3 Será o processo considerado justo quando estiver “[...] estruturado de modo a valorizar, ou não desmerecer, a justiça de seu resultado” (Pereira, 2020, p. 37).

4 Representativamente: “117. Por otra parte, en casos como el presente, con arreglo en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, los familiares de la víctima fallecida tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido; derecho que exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible. Los familiares también tienen el derecho, y los Estados la obligación, de que se reparen los daños y perjuicios que han sufrido [...]” (Corte IDH, 2009).

5 Nos termos da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 123, de 7 de janeiro de 2022: “Art. 1º. Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas [...]”. Aliás, deste ato normativo, há dois *Considerandos* de relevo para o presente trabalho: “CONSIDERANDO que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o *dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário*, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; CONSIDERANDO que cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o *caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização* cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes” (grifo nosso).

6 Sobre o *modelo de processo penal justo*, conferir, dentre outros, Pereira (2020) e Fischer; Pereira (2023) — bases das conclusões expostas acima.

afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual.

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais afirmando existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos *adequados, completos e eficazes*, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (*obrigação “de meio”*). Em síntese, sempre esteve em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga por terras brasileiras) também a proteção dos interesses das vítimas, de seus parentes ou da coletividade em geral. Há quem esqueça disso; uns por desconhecimento, outros por motivos que ainda não sabemos.

Na verdade, e sendo até intuitivo, isso não poderia nem deveria causar maiores surpresas ou indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles acusados da prática de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade (embora sejam encontrados posicionamentos “autodenominados garantistas” de que “o Direito Penal nada deve às vítimas”)⁷.

Em obra que trata especificamente do tema, podemos colher as considerações no sentido de que

[...] partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos,

prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta. (Fischer; Pereira, 2023, p. 97)

É igualmente essencial realçar, ainda, que ambas as Convenções (Americana e Europeia de Direitos Humanos) possuem dispositivos que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de (*todos* os) Direitos Humanos, e positivas, pois exigem dos Estados a adoção de medidas necessárias para tutelar (*todos*) esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses valores fundamentais da vida em sociedade⁸.

Não podemos olvidar que, no paradigmático caso *Velásquez Rodríguez* (de 1988), proferido pouco antes da promulgação da Constituição atual, estabeleceu-se um marco referencial importante no desenvolvimento internacional da ideia de que os Estados-Partes têm *obrigações positivas* na tarefa de proteção dos direitos humanos e que essas obrigações abrangem também o dever de prevenir, investigar e sancionar — *com eficiência e eficácia* — as violações dos direitos fundamentais albergados nas Convenções. Nesse julgado, a Corte IDH claramente rejeitou a concepção clássica de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais (Corte IDH, 1988).

Tanto na Corte IDH quanto no Tribunal de Estrasburgo são encontrados julgados com *expressa* afirmação da existência de um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos. É a *única* forma de evitar a impunidade e tentar refrear a reiteração de condutas lesivas (prevenção geral positiva)⁹ e o desamparo das vítimas e de seus familiares.

7 “Assim, conforme a Corte concluiu em *Gómez Palomino vs. Peru*, pode-se perceber que, diante de crimes que importem violação à CADH, o primeiro remédio que o Estado deve proporcionar é uma investigação eficaz e um processo judicial destinado a esclarecer os fatos. Esta investigação deve ser iniciada de ofício, realizada em prazo razoável e com a devida diligência, com a adoção de todas as ações necessárias ao menos para esclarecer os fatos (Corte IDH, 2005, p. 32, § 80), inclusive, quando presente a estraneidade, as medidas de cooperação internacional” (Ruiz López; Aras, 2024, p. 116).

8 Sobre a duplicidade de obrigações: Fischer; Pereira, 2023. Contudo, vale a referência: “A jurisprudência constante da Corte IDH também afirma ser uma obrigação positiva do Estado *investigar violações de direitos reconhecidos pela Convenção Americana*, restabelecer o direito violado, conhecer a verdade [...], punir os eventuais responsáveis em tempo razoável [...] e promover a reparação dos danos sofridos pela vítima [...], propiciando um recurso verdadeiramente efetivo para este fim [...], no sentido de que seja idôneo para determinar se houve uma violação e ordenar as consequências a partir dessa conclusão [...]. A própria persecução criminal, composta da investigação e julgamento dos fatos, ‘constitui uma forma de reparação’ [...]. Quando o direito à vida está em jogo, a noção de remédio efetivo abrange ao menos o direito à reparação e a uma investigação rigorosa, capaz de levar à punição dos responsáveis pela violação” (Ruiz López; Aras, 2024, p. 114 e 116).

9 Sempre importante lembrar que o combate à corrupção e a redução da impunidade relacionada a tais delitos não apenas consta expressamente da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, como também vem sendo reforçada ano a ano pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme se percebe pela Resolução 1 de 2017 da Comissão IDH e pela Resolução 1 de 2018 da Comissão IDH, ambas reafirmando a importância de investigar e sancionar a corrupção, evitando a impunidade e a proteção dos direitos humanos violados por tais práticas delitivas.

Assim, inclusive com influxo de regras externas ao seu microssistema, o processo penal deve ser concebido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e *também* de busca da realização das consequências previstas na lei penal, mais objetivamente naquilo que se denomina de *acertamento dos fatos* para a proteção da vítima e da sociedade. Em apertada síntese,

[...] as obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados-Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas. (Fischer; Pereira, 2023, p. 123)

3. IN DUBIO PRO SOCIETATE NA PRONÚNCIA?

Encontramos doutrina e vários julgados defendendo que se deveria considerar o aforismo “*in dubio pro societate*” nessa fase inicial do júri, de modo que, “havendo dúvida”, o juiz deveria pronunciar.

Não concordamos com essa premissa, respeitosamente, pois não conseguimos visualizar nenhuma base constitucional ou convencional para ela. Por outro lado, se fosse aplicável tal circunstância, não teríamos hipóteses de impronúncia ou despronúncia quando ausentes elementos *suficientes* acerca da autoria do fato delitivo.

É verdade que, na decisão de pronúncia, é vedado ao juiz fazer uma incursão *mais detalhada* na prova acerca da autoria ou participação, especialmente para não influenciar os jurados na apreciação da causa que só lhes compete.

Conforme defendido na companhia de Eugênio Pacelli (Fischer; Pacelli, 2024, p. 1335-1336):

Reconhecemos que há muito existe entendimento jurisprudencial e doutrinário (repetidos quase à exaustão) no sentido de que, nessa fase procedimental, a submissão do julgamento ao Tribunal Popular deveria atender ao *in dubio pro societate*. Entretanto, desde a origem de nossa obra, deixamos claro e expresso (item 413.1) que, num sistema orientado por uma Constituição garantista, não poderia em sua essência o princípio invocado servir como supedâneo para a submissão ao Tribunal Popular. De fato, a regra é a remessa para julgamento perante o júri natural nessas circunstâncias (eventual dúvida),

mas não pelo *in dubio pro societate*. Parece-nos que este é o fundamento preponderante: como regra, apenas o Tribunal do Júri é quem pode analisar e julgar os delitos dolosos contra a vida (também os conexos – art. 78, I, CPP). É dizer, o juiz natural para a apreciação dos delitos contra a vida é o Tribunal do Júri, a quem, como regra (salvo nas hipóteses de absolvição sumária ou desclassificação), deverá ser regularmente encaminhado o processo.

É fundamental deixar bem claro que, nesse primeiro momento, se exige do julgador unicamente o exame das *provas* produzidas até então: se há prova do crime (materialidade) e *indícios suficientes* da autoria.

Então, uma pergunta: e se o juiz tiver alguma dúvida, especialmente sobre a presença ou não dos *indícios suficientes*, nessa nova mais explícita redação legal vigente, o que deve fazer?

Se houver dúvidas (*sobre os elementos mínimos*, grife-se “mínimos”, “suficientes”), ele deve impronunciar.

Dissonância houve dúvidas, pois, “*não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado*”. Ou seja, o juiz faz (e sempre teve que fazer) um juízo prévio acerca desses requisitos. Obviamente que ele não adentra em detalhes, não exara suas conclusões. Se houver elementos de autoria num sentido e outros elementos em sentido oposto, ele deve pronunciar. Eles são elementos *suficientes* para encaminhar para julgamento. Não pelo *in dubio pro societate*, mas porque a análise do *mérito* da autoria (se esses elementos probatórios são *suficientes* ou não para *condenar*) está fora de sua atribuição legal e constitucional.

Em nossa interpretação, se o juiz não estiver convencido suficientemente sobretudo dos indícios mínimos da autoria, ele deve proceder como sempre fez: impronunciando.

Tanto é que essa decisão não faz coisa julgada material, na medida em que podem surgir, ulteriormente, novos elementos que sejam tidos como *indícios suficientes* da autoria, permitindo aí a pronúncia. Caso contrário, não teria sentido a previsão legal da *impronúncia* (ou despronúncia, em sede de reforma da pronúncia).

A posição rechaçando o *in dubio pro societate* não é novidade na jurisprudência do STF, que há muito tempo já assentou que esse aforismo

[...] jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação à qual se reclama esteja o juiz convencido. O convencimento do juiz, exigido na

lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas **convencimento fundado na prova**: donde, a exigência – que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, 'os motivos do seu convencimento. (Habeas Corpus nº 81.646-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9.8.2002)

De fato, são encontradas algumas decisões, inclusive do STJ, ocorrendo ao “*in dubio pro societate*”, em relação ao que não concordamos, e.g.:

2. A decisão de pronúncia reclama, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, a indicação de indícios mínimos de autoria, porquanto nessa fase vigora o princípio *in dubio pro societate*, não sendo imprescindível a certeza da prática delitiva, a qual é exigível somente para a sentença condenatória. [...] Assim, os elementos apontados na pronúncia revelaram-se insuficientes para servir de supedâneo ao juízo positivo ao final do *iudicium accusationis*. 4. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no HC nº 891.963-MG, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em sessão virtual encerrada em 24.6.2024, publicado no DJ em 26.6.2024)

Na verdade, a questão diz respeito a um “mínimo suporte probatório” que confira plausibilidade suficiente para submissão do caso ao Tribunal Popular. É disso que se trata, ao menos em nossa compreensão: um sistema com um modelo que preveja a proteção de todas as garantias fundamentais.

4. JULGADOS QUE NÃO ADMITEM A PRONÚNCIA COM BASE APENAS EM TESTEMUNHOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NÃO REPRODUZIDOS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO

Não abordaremos aqui as hipóteses de inadmissibilidade das provas de “ouvir dizer”, que, com todas as vênias, em muitas decisões do STJ são referidas como *hearsay testimony*, mediante uma “tradução”

completamente equivocada do termo¹⁰.

O enfoque central do presente texto está exclusivamente nas hipóteses em que *testemunhos foram tomados na investigação, mas essas testemunhas não foram ouvidas novamente na primeira fase do julgamento* para formar a convicção do julgador, para fins de decisão de pronúncia ou não, e que envolvam práticas dolosas por organizações ou facções criminosas.

São reiteradas decisões jurisprudenciais, tanto do STJ como do STF, assentando não ser possível a pronúncia com base em testemunhos que não tenham sido ratificados em juízo, como se vê exemplificativamente das seguintes ementas, que refletem o que foi efetivamente decidido:

2. É ilegal a sentença de pronúncia baseada, unicamente, em testemunhos colhidos no inquérito policial, de acordo com o art. 155 do Código de Processo Penal, por não constituir fundamento idôneo para a submissão da acusação ao Plenário do Tribunal do Júri. 3. No caso em apreço, as únicas provas que apontam a autoria do réu foram o testemunho da vítima de roubo colhido durante o inquérito policial e os depoimentos indiretos judiciais das testemunhas que não viram o que aconteceu, o que destoa do atual entendimento desta Corte Superior de Justiça. (Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 832.912-RS, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14.8.2024, publicado no DJ em 15.8.2024)

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO DE PRONÚNCIA AMPARADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. [...] Não se admite decisão de pronúncia embasada de modo exclusivo em elementos de informação produzidos no inquérito policial. Jurisprudência desta Turma. (Referendo na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 239.207, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, sessão virtual de 12.4.2024 a 19.4.2024, publicado no DJ em 29.4.2024)

A pronúncia não pode se basear exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos informativos do inquérito. Precedentes. 3. O depoimento do policial civil sobre o que ouviu dizer de outras pessoas no inquérito não “judicializa” aqueles elementos da fase inquisitorial, (até pela natureza indireta do testemunho do policial), o que configuraria burla ao art. 155 do CPP. Entendimento das duas

¹⁰ Como se pode verificar em dois textos divulgados em nosso site, disponíveis em: <https://temasjuridicospdf.com/hearsay-tropicalizado-a-di-ta-prova-por-ouvir-dizer/>; <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 04 dez. 2024.

Turmas especializadas em direito penal. (Agravamento Regimento no Recurso Especial nº 2.090.160-RS, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, sessão virtual de 7.11.2023 a 13.11.2023, publicado no DJ em 16.11.2023)

No âmbito do STJ, a questão foi objeto de afetação para deliberação:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. PRONÚNCIA. FUNDAMENTO EXCLUSIVO. ELEMENTOS COLHIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. TESTEMUNHO INDIRETO. AINDA QUE COLHIDO EM JUÍZO. ISOLADAMENTE. NÃO RECONHECIMENTO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRONÚNCIA.

1. Delimitação da controvérsia: definir a) se, nos termos do art. 155 do CPP, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial; b) se o testemunho indireto, ainda que colhido em juízo, não constitui, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia.

2. Afetação do recurso especial ao rito dos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015 E 256 e ss. do RSTJ. (Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 2.048.687-BA, STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.5.2024, publicado no DJ em 29.5.2024)

Independentemente do que venha a ser decidido (acreditamos que seguirá os julgados já nominados), pretendemos *antecipar* uma distinção essencial, que deve ser tomada como válida para fins de decisão ou não de pronúncia.

5. CONCLUSÕES E UM DISTINGUISH NECESSÁRIO: CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS OU ASSEMELHADAS

Em nossa compreensão, com todo o respeito, é possível tecer críticas aos posicionamentos acima destacados, na medida em que a ampla defesa há muito já é exercida na fase investigatória (não há contraditório nessa fase processual), de modo que, ao menos para

nós, não seria desarrazoado sustentar que seria possível, em tese, o julgador proferir decisão de pronúncia tendo por base apenas testemunhos colhidos na fase de investigação. Mas não insistiremos aqui, pois o objetivo do presente texto é trazer um necessário *distinguish* a partir das premissas fixadas nos mencionados julgados.

Como desenvolvido anteriormente (dentro dos limites possíveis e do espaço da proposta deste texto), a questão atinente à sustentabilidade da decisão de pronúncia diz respeito ao *lastro probatório*, especialmente quanto à autoria do fato imputado na denúncia já recebida.

Outra premissa também é fundamental: nos termos dos arts. 41 e 395 do CPP, para o recebimento da denúncia já se reconheceu haver “indícios da autoria”, circunstância que, normalmente, está preclusa na fase de pronúncia. Como reiteradamente reconhecido pela jurisprudência do STF e do STJ:

Presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e a necessária justa causa para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir dos seus três componentes: tipicidade, punibilidade e viabilidade, de maneira a garantir a presença de um suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação, sendo traduzida na existência, no inquérito, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria. (Inquérito nº 4.922, STF, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, por maioria, sessão virtual de 18.4.2023 a 24.4.2023, publicado no DJ em 9.5.2023)

Veja-se de forma bem clara: existe “viabilidade” da imputação, especialmente quanto a um “suporte mínimo a indicar a legitimidade da imputação”.

Ora, se isso foi reconhecido pelo juízo ao receber a peça acusatória e lhe é vedado incursionar mais detalhadamente nos elementos da prova exatamente para não “influenciar os jurados” caso seja submetido o feito ao plenário, *há um indicativo positivo* da suficiência da acusação. Claro que deve haver uma demonstração na fundamentação da decisão de pronúncia dos indícios da autoria e da certeza do crime. Do contrário, jamais teríamos possibilidade de cogitar impronúncia ou despronúncia de ações penais já instauradas.

Não estamos fazendo uma “vinculação” no sentido de que o recebimento da denúncia geraria uma presunção que não pode ser desfeita no momento decisivo da pronúncia/impronúncia. Claro que não, pois, do contrário, não poderíamos tratar de impronúncia ou despronúncia em feitos com ações penais recebidas.

Entretanto, temos que considerar que, em crimes cometidos por organizações criminosas ou facções, impera o “medo”, graças a intimidações ou retaliações, que essas testemunhas que já tenham falado na investigação possam não ter condições de “ratificar” em ambas as fases do júri o que informaram na fase investigativa.

Seguidamente invocado para não admitir a pronúncia quando existentes elementos probatórios apenas na fase investigativa, o art. 155 do CPP dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

De fato, são inúmeras as decisões reconhecendo que, “a teor do art. 155 do Código de Processo Penal, **é inadmissível que a condenação** do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, **ressalvadas as provas cautelares e irrepetíveis**” (Agravamento Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.365.210-MG, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 5.9.2023, publicado no DJ em 12.9.2023). A maioria dos casos trata da condenação proferida pelo juiz singular na apreciação da prova.

O *distinguish* necessário e essencial está exatamente aí: em casos de crimes cometidos por organizações criminosas/facções/grupos de extermínio — cuja competência não é do juiz singular, mas do júri —, quando não puderem ser ratificados em juízo, esses testemunhos devem ser considerados, por equiparação, *provas irrepetíveis*.

O julgador não pode se afastar da realidade das coisas; é preciso considerar que essa premissa, embora não absoluta, é de uma enorme plausibilidade fática.

O STJ já reconheceu que determinada pronúncia se deu porque entendeu-se “haver elemento probatório suficiente para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri - notadamente pelo depoimento colhido na fase inquisitória. Além disso, destacou ser o testemunho em questão **prova irrepetível, diante da morte do depoente**” (AgRg no AREsp n. 1.609.833/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 16/10/2020).

Claro que um testemunho de pessoa (ainda) viva não é o mesmo de uma que já morreu. Mas, faticamente, de regra, não é desarrazoado fazer uma interpretação de que esse testemunho que não consegue ser ratificado em juízo possa ser *equiparável* a uma prova irrepetível. Como sempre advertido com maestria pelo Ministro Néri da Silveira ao solucionar uma questão diversa, mas aplicável em sua inteireza aqui pela objetividade: “Não se trata de pura e simples presunção, mas de compreender os fatos consoante a realidade das coisas” (HC nº 77.444-1, DJ 23.4.1999).

Diga-se mais: para fins de pronúncia, o juiz deverá analisar se os testemunhos não ratificados em juízo possuem credibilidade, sustentabilidade e, sobretudo, **logicidade com a narrativa posta da denúncia**. Noutras palavras, ele fará um juízo de cognição, sim, mas partindo da análise de se esses elementos reforçam a conclusão da denúncia já recebida, dentro do contexto probatório, pois a competência para uma análise mais aprofundada — mesmo que sob o pálio da “íntima convicção” — será dos jurados.

E deixe-se também bem claro: a íntima convicção não autorizará os jurados a proferir uma decisão que seja totalmente dissociada da prova preponderante nos autos. Nem para condenar, nem para absolver. Íntima convicção não autoriza decisões discricionárias e/ou arbitrárias¹¹.

Nossas premissas ora defendidas não são uma “inovação”.

Traçamos apenas algumas linhas complementares de reforço.

É que, sem abordar o tema da “prova irrepetível” (que é o que sustentamos como argumento de reforço), o próprio STJ já reconheceu que

2. Das informações prestadas pelo Juízo singular, verifica-se que já houve sessão plenária do Júri, ocasião em que o paciente foi condenado à pena de 72 anos e 8 meses de reclusão. [...]

3. Adentrando ao mérito, verifica-se que **apesar de nenhuma testemunha ocular ter sido ouvida perante o juízo, diante das peculiaridades do caso, entendo não assistir razão à defesa, isso porque, extrai-se dos autos que todas as pessoas da comunidade tinham medo ou pavor dos denunciados, que integravam um grupo**

¹¹ A propósito, remetemos a um texto em que abordamos mais detalhadamente essa questão diante da existência do chamado “quesito genérico de clemência”, disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/relatorio-da-cidh-clemencia-no-juri-e-prerrogativa-de-foro-podem-ensejar-nova-condenacao-do-brasil/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

extremamente temido pela comunidade, visto que agiam, habitualmente, como grupo de extermínio, matando “sem medo nenhum de represália por parte da polícia”, de “cara limpa”.

4. Ademais, consta dos autos, que uma testemunha, atuando como policial civil, esteve no local dos fatos no dia seguinte aos assassinatos e que escutou de diversas pessoas que os acusados foram os autores do delito, o que se confirmou no decorrer das investigações, porém, **em razão do medo generalizado na comunidade do referido grupo de extermínio, nenhuma das testemunhas oculares prestou depoimento na delegacia. Ressalta que várias pessoas sabiam da autoria delitiva, mas que todas tinham medo ou pavor dos acusados, razão pela qual se negaram a prestar depoimento.**

5. Apesar da jurisprudência desta Corte entender pela insuficiência do testemunho indireto para consubstanciar a decisão de pronúncia, entendo, excepcionalmente, que o presente caso, em razão de sua especificidade, merece um *distinguishing*, pois extrai-se dos autos que a comunidade tem pavor dos denunciados, tendo em vista que eles constituem um grupo de extermínio com atuação habitual no local, razão pela qual não se prestaram a depor perante as autoridades policial e judicial. (Agravamento Regimental no HC nº 810.692-RJ, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Nunes, julgado em 11.9.2023, publicado no DJ em 14.9.2023)

É disso que estamos tratando aqui, embora com uma especificidade agregada muito importante: é fundamental considerar que esse testemunho deva ser tido como uma *possível prova irrepitível*, ancorada na própria legislação vigente: o art. 155 do CPP, *in fine*. Exatamente essa conclusão foi exarada em brilhante julgado no RSE nº 5000099-73.2024.8.21.0165/RS (TJRS), da lavra do Des. David Medina da Silva.

Noutras palavras, a restrição vigente pelo STJ quando às provas não judicializadas não fica arranhada pela interpretação ora proposta, pois se coaduna com a essência da parte final da regra mencionada.

Evidentemente que a prudência recomenda que não se faça dessa proposta um “automatismo” para casos futuros, ensejando pronúncias em série mediante a invocação de “irrepetibilidade” de provas. Caberá ao juiz sempre decidir diante do caso concreto por meio da devida e racional fundamentação.

Como dito nas premissas inaugurais do presente texto, se por um lado é verdade que o juiz deve levar

em consideração os direitos e garantias do investigado ou processado, por outro (e na mesma medida), deve proteger igualmente os direitos das vítimas de crimes ou de seus familiares.

A busca de uma *decisão mais justa* de viabilidade de submissão ao tribunal popular (embora, nesses crimes, o mérito caiba aos jurados) deve ser considerada pelo julgador no momento da pronúncia ou impronúncia.

A realização dos *direitos humanos* em sua plenitude não deve considerar exclusivamente os direitos dos investigados/réus. Na linha do que é defendido na companhia de Frederico Valdez Pereira (Fischer; Pereira, 2023, p. 19), “desde o caso Velásquez--Rodríguez a Corte IDH claramente rejeitou a concepção clássica de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais”.

Na décima condenação (dentre as 13 já proferidas contra o Brasil, todas por violações dos direitos das vítimas), analisando o caso do homicídio praticado contra Márcia Barbosa¹², a Corte IDH deixou expresso, entre tantas questões, que o “direito de acesso à justiça em casos de violações aos direitos humanos deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os eventuais responsáveis” (§ 134).

Não se admitir a pronúncia em situações excepcionais como as demonstradas aqui pode gerar a impunidade de inúmeros casos, pela consideração de premissas que protejam exclusivamente interesses dos supostos autores do fato criminoso.

Deve-se sempre considerar que, na linha do entendimento expresso da Corte de Direitos Humanos, “a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, instrução processual e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o **Estado tem a obrigação de combater tal situação por TODOS os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos e total desproteção das vítimas e seus familiares**”(Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C, n. 74, par. 186; Corte IDH, Caso do Tribunal Constitucional. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, n. 71, par. 123; Corte IDH,

12 Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/condenacao-no-10-caso-barbosa-de-souza-de-7-de-setembro-de-2021/>. Acesso em: 4 dez. 2024.

Caso Bámaca Velásquez. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n. 70, par. 211).

Não se quer a punição de alguém que seja inocente.

Mas, se a Constituição Federal atribuiu ao júri a competência para decidir pelo mérito esses crimes, o julgador deve, sim, considerar para fins de pronúncia que, quando praticados por membros de organizações criminosas/facções, desde que presentes uma logicidade e uma plausibilidade, o testemunho não ratificado em sede judicial deve ser considerado como equiparado a prova irrepelível e, portanto, em tese, válido para possível decisão de pronúncia.

6. REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; FISCHER, Douglas. A pronúncia, sua confirmação e as hipóteses de interrupção da prescrição. *In*: FLACH, Michael Schneider (org.) **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. San José: Corte IDH, 1988.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kawas Fernández vs. Honduras**. Sentencia de 3 de abril de 2009 San José: Corte IDH, 2009

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. San José: Corte IDH, 2010

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 16. ed. Salvador: Juspodvim, 2024

FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

MESQUITA, Paulo Dá. **Direção do inquérito policial e garantia judiciária**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional**: As garantias processuais e o valor instrumental do devido processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa; ARAS, Vladimir Barros. A ação penal como um remédio efetivo para a defesa de direitos humanos: uma visão a partir das cortes regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 138, 2024.