

Reflexões acerca das mais recentes qualificadoras do homicídio, qualidade da prova e outras nuances do procedimento bipartido do Tribunal do Júri

*Antônio de Padova Marchi Júnior
Helena Penna Marchi*

Sumário

Considerações iniciais – 1. Duas questões acerca das novas qualificadoras do homicídio: 1.1 Da natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio; 1.2 Da qualificadora funcional e o problema de sua banalização – 2. Para além da qualificadora funcional: a força probante das declarações dos investigadores diante da perversa conjunção entre os princípios “*in dubio pro societate*” e “soberania dos veredictos” – Conclusão – Referências.

Considerações iniciais

Por ter como objetivo a proteção do bem jurídico primordial e difundir-se em todas as classes sociais, o homicídio costuma ser considerado o “crime por excelência”, na feliz expressão de Nélson Hungria.¹

De fato, apesar de atingir drasticamente os mais humildes, invariavelmente é também praticado por pessoas bem posicionadas economicamente, com destacado prestígio acadêmico ou profissional, emocionalmente estáveis e, até mesmo, por aqueles que se atribuem certa superioridade espiritual. Enfim, nenhum perfil está livre de vir a praticar homicídio em alguma quadra da vida.

Juntamente com o roubo, os crimes sexuais e o tráfico de drogas, o homicídio integra o núcleo principal dos indicadores de criminalidade-violenta, merecendo especial atenção por parte dos setores públicos envolvidos em seu controle e prevenção.

Apesar dos esforços de se atacar as causas a partir de ações sociais positivas, como favorecer o acesso à educação, alimentação, saúde, lazer e esporte, a promulgação de novas leis com viés punitivo ainda continua sendo o instrumento mais utilizado para acalmar a pressão popular a cada crise na segurança pública.

Tanto a figura típica do homicídio como o procedimento para o seu julgamento não param de ser modificados por novas leis, ainda que permaneça incólume a incompreensível margem entre o mínimo de 6 anos e o máximo de 20 anos de reclusão cominados ao tipo simples ou fundamental.²

A busca por maior eficiência na justa apuração, condenação e punição dos homicidas, a par de sua inegável premência, não pode servir de justificativa para se contornar princípios básicos de garantia e, assim, favorecer o erro judiciário.

Daí a necessidade do constante aperfeiçoamento da jurisprudência para se evitar que as inovações legislativas tragam desequilíbrio ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O presente ensaio pretende lançar luz sobre alguns aspectos que gravitam em torno das mais recentes qualificadoras do homicídio e sobre o rigor probatório que se deve conferir à sentença de pronúncia.

1. Duas questões acerca das novas qualificadoras do homicídio

O artigo 121 do Código Penal brasileiro descreve o homicídio como a conduta de “matar alguém”.

Essa estrutura simples, direta e objetiva é bastante elogiada por evitar dúvidas a respeito do alcance da conduta proibida, facilitando imensamente o trabalho do intérprete.

Desse modo, segue prestigiada mesmo após 80 anos de vigência.

Suas tradicionais qualificadoras ([i] motivo torpe, [ii] motivo fútil, [iii] emprego de meio cruel, [iv] emprego de recurso que dificulta a defesa e [v] para assegurar a impunidade ou vantagem de outro crime), muito embora sem a precisão do *caput* e construídas à custa de elementos normativos, possuem contornos bem sedimentados tanto na doutrina como na jurisprudência.

Sob o aspecto material, portanto, as principais discussões de momento recaem sobre as mais recentes ampliações legislativas que qualificaram o feminicídio (Lei n. 13.104/2015) e o homicídio executado em desfavor dos integrantes das diversas forças de segurança e seus familiares (Lei n. 13.142/2015).

1.1 Da natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio

O termo feminicídio foi empregado originalmente em 1976 pela escritora feminista e ativista Diana Russel³ por ocasião de seu depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, sediado em Bruxelas, motivando uma tendência mundial a tutelar o crime de ódio baseado no gênero.

Entre os anos de 2012 e 2013, foi instaurada uma comissão parlamentar mista de inquérito com o fito de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil, cujo relatório final descreveu o feminicídio como “*a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte*”.⁴

Nos dados recolhidos pelo IPEA entre 2007 e 2011, constatou-se em média um feminicídio a cada uma hora e meia no Brasil,⁵ sendo que o Mapa da Violência de 2015 registrou cerca de 13 homicídios de mulheres por dia no país.⁶ Em mais de 50% dos casos o crime foi praticado por familiares, em especial cônjuges e ex-cônjuges das vítimas.

Foi justamente em consequência desse contexto e da CPMI instaurada em 2012 que a Lei n. 13.104/2015 foi promulgada, elevando o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

Segundo a fórmula empregada pelo legislador, o feminicídio consiste no homicídio cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (CP, art. 121, § 2º, VI), assim considerado quando envolve “violência doméstica e familiar” (CP, art. 121, § 2º-A, I) ou quando

motivado por “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (CP, art. 121, § 2º-A, II).

O importante é que a conduta seja baseada no gênero e orientada à opressão da mulher, possuindo evidente matiz de natureza subjetiva, ou seja, vinculada à vontade do agente (elemento subjetivo diverso do dolo).

Mesmo na primeira hipótese, aparentemente objetiva por se vincular à violência doméstica ou familiar, o menosprezo ou a discriminação da mulher encontram-se implícitos na descrição típica em razão de o agressor agir encorajado por sua natural superioridade física ou devido à maior vulnerabilidade da companheira.

Após distinguir o feminicídio do feticídio, conceituado como homicídio contra a mulher, Adel El Tasse discorreu com propriedade sobre o tema:

A problemática é a possibilidade de conciliação da qualificadora do feminicídio com as demais hipóteses que qualificam o delito de homicídio, sendo decorrência lógica inexorável do que é a figura em comento, em sua estrutura ôntica, sua incompatibilidade com as qualificadoras de natureza subjetiva.

Há que se ter clara a diferença anteriormente já destacada, ou seja, que se trata de feminicídio e não de feticídio e, portanto, o que orienta a conduta do agente, sob o ponto de vista da sua motivação, é a condição de gênero, sendo que o sujeito ativo do delito atua por se ver como superior em relação à vítima ou por ter nela uma posse ou objeto seu, por ostentar o gênero masculino enquanto ela integra o feminino.

Assim sendo, o feminicídio, em sua essência, é uma qualificadora pela motivação do agente, de sorte que ao considerá-lo já se afirmam os motivos determinantes da ação delitiva e, com isso, esvazia-se qualquer possibilidade de submeter à hipótese a outra qualificadora de natureza subjetiva.

Isso é tão evidente que, mesmo antes da expressa previsão do feminicídio em lei, a situação nele tratada poderia ser submetida à qualificação pelo motivo fútil e na maior parte das vezes realmente o era.⁷

A existência de requisito subjetivo ínsito ao feminicídio é reconhecida inclusive por outras áreas do saber, vinculado que se encontra à percepção

de inferioridade da mulher, cuja comprovação deve se dar caso a caso. Neste sentido, confira-se o ensinamento da socióloga Lourdes Bandeira:

O feminicídio representa a última etapa de um *continuum* de violência que leva à morte. Seu caráter violento evidencia a predominância de relações de gênero hierárquicas e desiguais. Precedido por outros eventos, tais como abusos físicos e psicológicos, que tentam submeter as mulheres a uma lógica de dominação masculina e a um padrão cultural de subordinação que foi aprendido ao longo de gerações.⁸

Destarte, a natureza subjetiva da qualificadora do feminicídio decorre da especial motivação do agente encontrada em cada situação prática, não se relacionando terminantemente com o modo de execução da conduta.

Todavia, contrariando a orientação doutrinária mais autorizada, a jurisprudência vem considerando possuir a novel qualificadora natureza objetiva, favorecendo assim a compatibilidade dela com as de índole subjetiva, como a motivação fútil e torpe.

Homicídio qualificado. Qualificadoras com naturezas diversas. Subjetiva e objetiva. Possibilidade. Motivo torpe e feminicídio. *Bis in idem*. Ausência.

Não caracteriza *bis in idem* o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Observe-se, inicialmente, que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, I, do CP, a qualificadora do feminicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de mulher em violência doméstica e familiar.

Assim, “considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise” (Ministro Felix Fischer, REsp 1.707.113-MG, publicado em 07.12.2017).

Habeas corpus denegado (STJ, HC 433.898/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, *DJe* 11.05.2018).

Motivo fútil e feminicídio. Pedido de exclusão. Qualificadoras que não se mostram manifestamente improcedentes. Suporte em elementos fáticos e probatórios dos autos. Agravo regimental a que se nega provimento.

Quanto à apontada ofensa ao art. 121, § 2º, incisos II e VI, § 2º-A, inciso I, do CP; ao art. 1º da Lei n. 8.072/1990 e ao art. 5º, incisos I e II, da Lei n. 11.340/2006, por considerar indevida a manutenção das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio, destaque, de plano, que a exclusão de qualificadoras constantes na pronúncia somente pode ocorrer quando manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri.

Constatado que as qualificadoras possuem suporte nos elementos fáticos e probatórios dos autos, não há se falar em manifesta improcedência dessas, motivo pelo qual não podem ser decotadas, devendo sua efetiva incidência ser aferida pelo Conselho de Sentença.

Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp n. 1500285/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 15.04.2020).

A posição refletida nos julgados acima compreende, de uma só vez, adesão à lógica punitivista e menoscabo com a intenção do legislador, uma vez que a inovação objetivou elevar o feminicídio de mera situação reveladora da futilidade da motivação para posição de destaque enquanto “mecanismo de reafirmação normativa da existência de um modal específico de ação e das preocupações da sociedade com a importância do desenvolvimento de contracultura em relação a ele”.⁹

A questão referente à cumulação de qualificadoras cresceu de importância recentemente com a promulgação da Lei n. 13.964/2019, o famigerado “pacote anticrime”, ocorrida na véspera do Natal, que estabeleceu, entre outras medidas, a “prisão obrigatória” decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos (CPP, art. 492, inciso I, alínea “e”).

Conforme amplamente admitido pelos tribunais, caso o Conselho de Sentença reconheça mais de uma qualificadora, o Juiz-Presidente adotará

uma para qualificar o crime e as demais funcionarão como agravantes genéricas, se cabíveis, ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, repercutindo de maneira significativa no cálculo da pena e, doravante, na possibilidade de o sentenciado aguardar solto o julgamento do recurso.

Assim, ao classificar a qualificadora do feminicídio como de caráter objetivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se afasta da melhor doutrina, contorna importantes preceitos hermenêuticos e aumenta o dilema dos jurados no momento de se proferir o veredicto.

1.2 Da qualificadora funcional e o problema de sua banalização

A Lei n. 13.142/2015 incluiu o inciso VII no parágrafo segundo do artigo 121 do Código Penal para acrescentar mais essa qualificadora, assim descrita:

VII – contra autoridade ou agente descritos nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Não se discute a conveniência e oportunidade da iniciativa diante dos frequentes e cada vez mais audaciosos atentados contra a vida das autoridades com atribuições na área da segurança pública, desde aquelas que se expõem na linha de frente, como os quadros da Polícia Militar responsáveis pelo patrulhamento ostensivo, os investigadores da Polícia Civil e os agentes penitenciários, até os oficiais de alta patente, integrantes das Forças Armadas, do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário.

Espera-se que a medida eleve o grau de respeito e cuidado que se deve ter em deferência ao cargo público desempenhado, assim como iniba ações criminosas que atentem contra a vida e a integridade física de seus ocupantes e familiares.

Para tanto, torna-se imprescindível que os próprios interessados se conscientizem do cuidado para não cair na tentação de noticiar toda e qualquer situação de confronto com suspeitos como tentativa branca de homicídio qualificado, sob pena de se afetar a credibilidade da Justiça por

meio da banalização da persecução criminal, o que parece acontecer nos dias de hoje diante do considerável aumento desse tipo de registro.

A principal advertência técnica a ser feita aqui se vincula à qualidade da prova em relação à materialidade e autoria do delito, que tende a se dissipar a ponto de autorizar o juízo de pronúncia escorado tão somente nas declarações da vítima, consoante se observa a partir de inúmeros julgados.

A propósito, vale conferir os acórdãos abaixo a título exemplificativo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – DESPRONÚNCIA – INVIÁVEL – INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE – PROVAS TESTEMUNHAIS – MATÉRIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL OU DECOTE DAS QUALIFICADORAS – DESCABIMENTO. 1. As provas dos autos, consubstanciadas nos depoimentos dos policiais e na apreensão das drogas, demonstram indícios de autoria e materialidade na prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 2. Para a aplicação do princípio da consunção, é imperioso o exame casuístico do acervo probatório para se verificar se o crime de posse ilegal de arma de fogo antecedeu ao delito de tentativa de homicídio ou se consistiu apenas em fase necessária à sua tentativa de consumação, o que é vedado ao julgador nessa fase do procedimento, sob pena de supressão de competência constitucionalmente deferida ao Tribunal do Júri. 3. Não há que se falar em irregularidade da denúncia se a mesma atende aos requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal e descreve as condutas delituosas imputadas ao agente.- Ademais, uma vez proferida sentença, resta superada qualquer irregularidade da denúncia, devendo ser questionada a sentença. 4. Havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, impõe-se a manutenção da pronúncia, porquanto nesta fase processual vigora o princípio *in dubio pro societatis*. 5. Se não há prova segura da ausência de “animus necandi” na conduta do autor, impossível a desclassificação do delito, cuja apreciação deve ser delegada àquele que é constitucionalmente competente para julgar o feito (TJMG,

Recurso em sentido estrito n. 1.0009.18.001801-3/001, Rel. Desembargador Milton Lívio Salles, *DJe* 08.11.2019).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DISPAROS CONTRA POLICIAIS MILITARES. PRONÚNCIA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Fundamentando-se a decisão de pronúncia em indícios de autoria e prova de materialidade, basta ao Juiz externar as razões de seu convencimento para submeter o recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri, afigurando-se preponderante nesta fase processual o princípio “in dubio pro societate”.

2. A absolvição sumária do recorrente, pautado no reconhecimento da excludente de ilicitude, deve ocorrer quando as provas carreadas aos autos são conclusivas a este respeito (TJMG, Recurso em sentido estrito n. 1.0024.13.049345-5/001, Rel. Desembargador Matheus Chaves Jardim, *DJe* 20.04.2017).

APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – AUTORIA COMPROVADA – LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA – QUALIFICADORAS DEMONSTRADAS.

1. Para que o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença seja cassado, sob o pretexto de ser manifestamente contrário à prova dos autos, é preciso que se demonstre que ele se equivocou, adotando tese incompatível com os elementos probatórios colhidos.

2. Não revela decisão manifestamente contrária à prova dos autos haver-se por configurada a qualificadora do perigo comum, bem como a relativa à condição de policial militar da vítima, quando existentes dados concretos de que os autores efetuaram os disparos em local movimentado, na tentativa de atingir policial que, embora sem farda, encontrava-se na condução de uma viatura da polícia e como tal se identificou (TJMG, Apelação criminal n. 1.0396.16.006786-6/002, Rel. Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama, *DJe* 19.07.2019).

Tomando-se como exemplo os delitos patrimoniais, observa-se mais nitidamente um fenômeno que se sucede indistintamente em relação às demais figuras penais, qual seja, o rebaixamento paulatino da qualidade da prova pela jurisprudência criminal.

A partir de uma análise cronológica dos julgados se observa como o momento consumativo do furto foi sendo antecipado, como os elementos especializantes do roubo – “violência” e “grave ameaça” – se desfiguraram e como a conformação da tipicidade material passou a ser admitida mesmo sem a demonstração de concreta lesão ao patrimônio da vítima.¹⁰

Essa acomodação da jurisprudência em relação à prova, por fomentar o *decisionismo*, tem sido reiteradamente criticada por Lenio Streck, para quem *não adianta dizer que não há segurança jurídica hoje no Brasil e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz deve decidir conforme sua consciência.*¹¹

Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa também abordaram o assunto com precisão:

Uma das questões “perenes” do processo penal é a luta pelo controle do poder punitivo que se manifesta na decisão judicial e reflete a valoração da prova produzida. Existe um tensionamento constante entre prova e decisão que culmina na necessidade de um controle epistêmico que permeia a admissão, produção, valoração e decisão [...]

Existe íntima relação e interação entre prova e decisão penal, de modo a estabelecer mecanismos de controle em ambas as dimensões e, com isso, reduzir o autoritarismo e o erro judiciário.

É necessário, além de estabelecer as regras de admissão e produção da prova, que se defina “o que é necessário” em termos de prova (qualidade e credibilidade) para proferir uma sentença condenatória ou absolutória. E aqui entra o tema do *standard* probatório.

Mas, afinal, o que é *standard* de prova?

Podemos definir como os critérios para aferir a suficiência probatória, o “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério

de suficiência que legitima a decisão. O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. E quais são os principais padrões probatórios (*standard*) adotados? Basicamente, a partir da matriz teórica melhor elaborada, que é a anglo-saxão, são estabelecidos os seguintes padrões:

- prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*);
- prova mais provável que sua negação (*more probable than not*);
- preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e
- prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

O mais exigente deles é o *beyond a reasonable doubt*, sendo, portanto, o utilizado na sentença penal, e os demais, no âmbito civil e administrativo.

Sem embargo, é perfeitamente sustentável um rebaixamento do *standard* probatório conforme a fase procedimental. Assim, é razoável e lógico que a exigência probatória seja menor para receber uma acusação ou decretar uma medida cautelar do que o exigido para proferir uma sentença condenatória. É por isso que o CPP fala em indícios razoáveis, indícios suficientes etc. para decisões interlocutórias com menor exigência probatória (rebaixamento de *standard*).^{[12](#)}

Note-se que, para a sentença de pronúncia, o artigo 413 do Código de Processo Penal exige certeza quanto à materialidade do crime (*beyond a reasonable doubt*) e indícios suficientes de autoria (*preponderance of the evidence*).

Nas situações em que a conduta dos suspeitos é tipificada como tentativa branca de homicídio qualificado devido à troca de tiros em meio a perseguições ou abordagens policiais, ausente o resultado naturalístico, resta prejudicada a comprovação da materialidade através de perícia técnica, tornando ainda mais relevante a prova oral produzida.

O pior é que a fonte permanece a mesma em relação à autoria e ao dolo do acusado, conferindo-se novamente valor instrutório às declarações dos agentes públicos de segurança enquanto testemunhas informantes nos procedimentos criminais.

Portanto, é importante analisar com bastante cautela cada situação concreta a fim de se evitar o rebaixamento do *standard* probatório exigido para a pronúncia, qual seja, o juízo de certeza em relação à materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, que não podem se fundar unicamente na palavra dos interessados.

Afinal, no calor dessas ocasiões, é perfeitamente admissível a possibilidade de se efetuar disparos para o alto tão somente com o intuito de se ganhar tempo e conseguir evitar a prisão em flagrante, sem que o fato configure o crime em questão.

2. Para além da qualificadora funcional: a força probante das declarações dos investigadores diante da perversa conjunção entre os princípios “*in dubio pro societate*” e “*soberania dos veredictos*”

Nas comarcas de grande porte, muitas investigações se limitam às versões obtidas pelos investigadores junto à comunidade onde ocorreu o homicídio diante do justo receio nutrido pelos informantes de figurar formalmente como testemunha.

Tal ocorre com enorme frequência em relação a homicídios decorrentes da disputa entre gangues rivais por pontos de venda de drogas, generalizando-se a acusação entre seus integrantes sem ao menos delimitar o modo como se deu a concorrência de cada um.

Como em regra a defesa técnica fica a cargo de acomodados defensores dativos e os acusados respondem presos em razão dos antecedentes criminais por eles ostentados, a sentença de pronúncia é aceita sem maiores questionamentos e os réus submetidos rapidamente a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Nesse instante, diante da aridez probatória acerca da autoria, acabam respondendo mais pelo modo de vida do que propriamente pelos fatos imputados na denúncia e admitidos pela sentença de pronúncia.

Verdadeiro círculo vicioso alimentado por dois pilares: o princípio *in dubio pro societate* como justificativa para a pronúncia e a *soberania dos veredictos* como argumento para a manutenção da condenação em plenário.

Outro fenômeno pouco discutido no meio acadêmico, mas claramente percebido no cotidiano institucional, refere-se ao movimento de aproximação entre o Ministério Público e a Polícia Militar iniciado a partir do reconhecimento do poder investigatório conferido ao primeiro.

Especialmente nas comarcas de menor porte, onde o sucateamento da Polícia Civil se apresenta de maneira mais dramática, não poucas vezes investigações se desenvolvem através da dobradinha MP e PM.

A prática favorece o surgimento de um natural ambiente de confiança e respeito mútuo entre os protagonistas, fortalecendo a palavra do policial enquanto elemento de prova.

Afinal, o órgão acusador está diante das declarações firmadas por seu parceiro de investigação.

Uma vez denunciado, o acusado terá poucas chances de superar o argumento capitaneado pelo princípio *in dubio pro societate* ao cabo da primeira fase do procedimento, sujeitando-se ao julgamento perante o Tribunal do Júri em que os jurados decidirão entre sua eventual negativa e a versão dos militares investigadores.

Mais uma vez cabe ressaltar a advertência feita por Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior sobre o rebaixamento do *standard* probatório, perfeitamente aplicável em relação à sentença de pronúncia:

Podemos admitir o rebaixamento do *standard* conforme a fase, mas não conforme a natureza do crime.

Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam “menos prova” para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, às “testemunhas de ouvir dizer” que nada viram, mas ouvira...

Isso não rompe com a circularidade probatória da “palavra da vítima”, e, em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Isso é um rebaixamento não justificado e

não autorizado do *standard* probatório. Até porque a presunção de inocência não é “maior ou menor”, “mais robusta ou mais frágil” conforme a natureza do crime.¹³

Em que pese a clareza argumentativa, inúmeros julgados preferem deixar a decisão para o Tribunal do Júri, composto por juízes leigos e dispensados da fundamentação de eventual veredicto condenatório.

O acórdão abaixo reflete essa tendência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – DESPRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA – TENTATIVA BRANCA – PROVA TESTEMUNHAL – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRONÚNCIA MANTIDA.

Consistindo a decisão de pronúncia um juízo preambular de admissibilidade da denúncia, basta nessa fase a demonstração da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, restando ao Tribunal do Júri o juízo soberano sobre mérito dos delitos dolosos contra a vida.

Nos casos de tentativa branca de homicídio, as provas testemunhais colhidas nos autos adquirem especial relevância para a comprovação da materialidade delitiva.

Havendo dúvidas acerca da real intenção do agente, não há como acolher a tese de desclassificação dos crimes de tentativa de homicídio, devendo o feito ser submetido à apreciação pelo Conselho de Sentença (TJMG, Recurso em sentido estrito n. 1.0024.17.051797-3/001, Rel. Desembargador Fernando Caldeira Brant, *DJe* 11.07.2018).

A legislação processual penal brasileira necessita ser profundamente reformada para, finalmente, se afastar de sua tradição inquisitória e avançar na edificação de um sistema verdadeiramente acusatório, com a delimitação clara do papel a ser desempenhado por cada ator processual.

É preciso repensar desde a gestão judicial – na primeira e na segunda instância – até novas funções para o Ministério Público e Defensoria para além da atuação no processo penal.

Por outro lado, a sempre desejada integração entre as polícias civil e militar simplesmente não consegue decolar em razão do predomínio dos interesses classistas que norteiam as tratativas sobre o tema.

Contudo, pouco adianta mudar a lei se a cultura permanecer a mesma. Acompanhando a tradição jurídico-cultural inquisitiva herdada dos portugueses e europeus em geral, boa parte dos integrantes do Ministério Público que atuam na esfera criminal tem uma visão inteiramente deformada do garantismo penal.

Discorrendo a respeito do princípio do contraditório enquanto direito humano, Felipe Martins Pinto e Paula Brener destacam a maneira como deve atuar o Ministério Público no desenvolvimento do processo para a formação do provimento em conformidade com a Constituição:

Essa perspectiva legitimante do princípio do contraditório repercute nas mais diversas esferas do processo penal e exige a revisão de muitos dos seus institutos e de seus procedimentos tradicionais.

Nesse sentido, a promulgação da Constituição da República de 1988 determina um giro substancial no processo penal brasileiro, que passa a se conformar como uma estrutura protetiva, democrática e balizada pelos direitos humanos. Com isso, altera-se a natureza jurídica do processo e a ótica adotada na construção dos fatos. Modifica-se, ainda, as formas da atuação dos sujeitos processuais, ponto mais relevante para o presente estudo.

Inicialmente, percebe-se pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988 que, enquanto no processo judicial ou administrativo há litigantes – e, portanto, lide –, no processo penal há apenas a figura do acusado de forma isolada, respondendo ao processo perante o Estado.

Nesse contexto, não há no processo penal interesses contrapostos. Tem-se o acusado, parte interessada em sua liberdade e o Ministério Público, representante da sociedade exercendo sua função na forma da lei.

Para a concretização de um modelo democrático de processo penal, a Constituição determinou uma grande modificação na função do Ministério Público. Deixa este de ser instituição meramente acusadora para tornar-se representante da sociedade. Assumiu então o papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis. A sua atuação no processo penal deixa de ser uma busca incessante por uma condenação, para se tornar o exercício de um mandato outorgado pela Constituição para representar os interesses da sociedade no processo.

Esses interesses somente podem ser validamente extraídos da lei, a qual constitui a manifestação democrática e legítima da vontade social. Assim, atua o Ministério Público vinculado à estrita legalidade.

É por esta razão que, presentes os pressupostos e requisitos necessários, deve promover a ação, mas é sua função pedir a absolvição quando, no curso do processo, perceber a ausência desses elementos.

Cabe ao Ministério Público assegurar as garantias constitucionais do acusado, enquanto parte essencial da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.¹⁴

Enquanto titular da ação penal pública, cabe ao Ministério Público atuar dentro da estrita legalidade, reconhecendo os limites de garantia impostos pela Constituição Federal.

Portanto, é imperiosa uma reação da jurisprudência em favor de um standard probatório superior por ocasião da sentença de pronúncia, afastando-se da cômoda argumentação fundada no princípio *in dubio pro societate*.

O primeiro passo parece ter sido dado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1067392, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

O informativo do Supremo Tribunal Federal assim sintetizou o julgamento:

2ª Turma restabelece sentença que rejeitou submissão de acusados ao Tribunal do Júri.

Segundo o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, havendo estado de dúvida, o princípio do *in dubio pro societate* (na dúvida, em favor da sociedade) não pode justificar a submissão de acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri [...].

O ministro Gilmar Mendes explicou que, embora não existam critérios de valoração de provas rigidamente definidos, o juízo sobre os fatos

deve ser orientado pela lógica e pela racionalidade e pode ser controlado em âmbito recursal [...].

Para o ministro, o tribunal local aplicou ao caso “lógica confusa e equivocada ocasionada no suposto princípio *in dubio pro societate*, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, desvirtua as premissas racionais de valoração da prova”. A submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri, conforme Mendes, pressupõe a existência de provas consistentes da tese acusatória. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, de forma fundamentada, impronunciará o acusado.

Essa medida, segundo o relator, visa impedir o envio de casos ao júri “sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais”. Ainda que haja dúvida diante de elementos incriminatórios e absolutórios, para o ministro, deve ser aplicado o princípio *in dubio pro reo*. Por fim, Gilmar Mendes lembrou que a decisão de impronúncia não impede o oferecimento de nova denúncia, desde que surjam novas provas, conforme prevê o artigo 414, parágrafo único, do Código de Processo Penal.^{[15](#)}

Conclusão

Sob pena de se consolidar o arbítrio em razão da superioridade do Estado diante do acusado no curso da investigação, reforçando o histórico quadro fático brasileiro, a qualidade da prova precisa ser tratada com mais zelo pelos operadores do Direito e, de modo muito especial, pela jurisprudência.

Não se desconhece a força probante das declarações dos policiais militares e investigadores que, descrevendo os detalhes das diligências empreendidas, enriquecem a instrução do processo.

Todavia, não deveriam funcionar como fundamento principal da sentença de pronúncia, pois, ainda que se possa sustentar a acusação por essa linha de argumentação, não parece correto, na esteira do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes,

deixar a ponderação de provas a cargo puramente dos integrantes do Conselho de Sentença.

Nessas hipóteses, deve-se elevar a função garantidora da primeira fase do procedimento do Júri, como filtro processual que é, para impronunciar o réu, indicando ao Estado a necessidade de melhor aparelhar suas instituições a fim de permitir uma investigação mais eficiente e segura.

Afinal, cabe ao Poder Judiciário estabelecer os standards probatórios exigidos para a condenação ao invés de se submeter ao nível de prova que o Estado consegue produzir. Desse modo, motivaria o necessário empenho para a estruturação e aperfeiçoamento funcional dos órgãos de segurança responsáveis pelas investigações.

A mesma cautela deve ser adotada na análise das qualificadoras do homicídio, especialmente diante da “prisão obrigatória” imposta pela Lei n. 13.964/2019 aos condenados a pena superior a 15 anos de reclusão.

A qualificadora do feminicídio possui nítida natureza subjetiva, por isso não pode conviver com as demais de igual essência. Já a funcional depende de prova segura a respeito do ânimo do agente.

Referências

BANDEIRA, Lourdes. *Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>. Acesso em: 16 maio 2020.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”*. Disponível em:

https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso em: 16 maio 2020.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1.

MARCHI JR., Antônio de Padova. *Princípio da legalidade penal: proteção pela STJ e parâmetros de interpretação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 149-165.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. *Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37-50, jan./jun. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JR., Aury. *Sobre o uso do “standard” probatório no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 16 maio 2020.

RUSSEL, Diana. *Feminicide in global perspective*. Teachers College Press, 2001.

SANCHES, Rogério. *Lei do feminicídio: breves comentários*. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em: 15 maio 2020.

STRECK, Lenio. *O “decido conforme a minha consciência” dá segurança a alguém?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 16 maio 2020.

TASSE, Adel El. *Feminicídio e as qualificadoras pelo motivo*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>. Acesso em: 15 maio 2020.

¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1. p. 25.

² A pena mínima de 6 anos de reclusão cominada na parte secundária do tipo básico do homicídio se apresenta extremamente tolerante quando comparada às demais legislações, caracterizando-se como mais uma entre tantas outras formas de expressão da seletividade do sistema penal brasileiro.

Afinal, vem sobrevivendo a inúmeras reformas legislativas exatamente por alcançar a classe dominante, que enxerga nessa condescendência a última oportunidade de se evitar ao menos o regime fechado em caso de condenação por homicídio simples doloso. Não por acaso, foi incluído na lei dos crimes hediondos somente na impensável hipótese em que sua execução decorra de “atividade típica de grupo de extermínio” (Lei n. 8.072/90, art. 1º, I). Cabe aqui a sempre lembrada crítica de Nilo Batista, para quem, “numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 116).

- 3 RUSSEL, Diana. *Feminicide in global perspective*. Teachers College Press, 2001.
- 4 BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”*. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipc.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.
- 5 BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.
- 6 Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso). *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso em: 16 maio 2020.
- 7 TASSE, Adel El. *Feminicídio e as qualificadoras pelo motivo*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>. Acesso em: 15 maio 2020. No mesmo sentido, confira: SANCHES, Rogério. *Lei do feminicídio: breves comentários*. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em: 15 maio 2020.
- 8 BANDEIRA, Lourdes. *Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher*. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contr-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>. Acesso em: 16 maio 2020.
- 9 TASSE, Adel El. *Feminicídio e as qualificadoras pelo motivo*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>. Acesso em: 15 maio 2020.
- 10 Nesse sentido: MARCHI JR., Antônio de Padova. *Princípio da legalidade penal: proteção pela STJ e parâmetros de interpretação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 149-165.
- 11 STRECK, Lenio. *O “decido conforme a minha consciência” dá segurança a alguém?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 16 maio 2020.
- 12 ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR., Aury. *Sobre o uso do “standard” probatório no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 16 maio 2020.
- 13 ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR., Aury. *Sobre o uso do “standard” probatório no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 16 maio 2020.

probatorio-processo-penal. Acesso em: 16 maio 2020.

- [14](#) PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. *Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37-50, jan./jun. 2019.
- [15](#) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406894>. Acesso em: 26 mar. 2020.