PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO/SP
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em DIREITO pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob a orientação do Professor Doutor MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

SÃO PAULO/SP
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro

_____

Professor Doutor MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA
Presidente e Orientador
1º. Examinador

_____

2º. Examinador

_____

3º. Examinador

_____

4º. Examinador

_____

5º. Examinador

SÃO PAULO/SP
2009

Compartilhando a densa tristeza da perda, o vertente trabalho é um singelo tributo ao professor, incentivador e amigo HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, *ser humano de rara elegância e perfeita educação. Exemplar, incentivou os maiores valores que o indivíduo pode cultivar como a dignidade, a democracia e o direito. Com sua partida faz-se um vácuo entre nós, mas fica também o legado, o exemplo de resistência a todas as iniciativas que possam ameaçar a vida e a liberdade. Cada linha aqui escrita homenageia esse emérito jurista, mestre de todos nós, que sempre semeou rosas e alegria em nossos corações.*

"Em todo o momento de actividade mental acontece em nós um duplo fenómeno de percepção: ao mesmo tempo que tempos consciência de um estado de alma, temos diante de nós, impressionando-nos os sentidos que estão virados para o exterior, uma paisagem qualquer, entendendo por paisagem, para conveniência de frases, tudo o que forma o mundo exterior num determinado momento da nossa percepção. Todo o estado de alma é uma paisagem. Isto é, todo o estado de alma é não só representável por uma paisagem, mas verdadeiramente uma paisagem. Há em nós um espaço interior onde a matéria da nossa vida física se agita. Assim uma tristeza é um lago morto dentro de nós, uma alegria um dia de sol no nosso espírito. E – mesmo que se não queira admitir que todo o estado de alma é uma paisagem – pode ao menos admitir-se que todo o estado de alma se pode representar por uma paisagem".

CANCIONEIRO

FERNANDO ANTÔNIO NOGUEIRA PESSOA
(1888 – 1935)

"Para examinar a verdade, é necessário, uma vez na vida, colocar todas as coisas em dúvida o máximo possível".

Os Princípios da Filosofia

DESCARTES, René
(1596 – 1650)

"Ai dos feitores de traduções literárias que, ao traduzir cada palavra, enfraquecem o sentido! Este é bem o caso em que se pode dizer que a letra mata e o espírito vivifica".

Lettres Philosophiques

VOLTAIRE, François-Marie Arouet
(1694 – 1778)

"O homem nasceu livre e por toda a parte vive acorrentado. Um determinado indivíduo acredita-se senhor dos outros e não deixa de ser mais escravo do que eles".

Do Contrato Social

ROUSSEAU, Jean-Jacques
(1712 – 1778)

"Existe uma única virtude, a justiça; um único dever, ser feliz; um único corolário, às vezes desprezar a vida".

Conversas com Catarina II

DIDEROT, Denis
(1713 – 1784)

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009 (Tese de Doutorado em Direito).

Orientador: Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

RESUMO

Ao Direito Processual cumpre a missão de regulamentar o exercício da função jurisdicional, atividade fundamental do Estado Democrático de Direito. Na ordem constitucional vigente o Tribunal do Júri é acolhido e reconhecido simultaneamente como direito e garantia fundamental do indivíduo. É percebido como um direito humano fundamental devido à participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. É garantia fundamental na medida em que o indivíduo que tenha praticado uma infração penal dolosa contra a vida somente possa ser condenado pelo veredicto emanado por um Conselho de Sentença do Tribunal Popular. O júri é uma província em que se observa o exercício da cidadania, revelando-se na prerrogativa democrática para que o indivíduo seja julgado por um colegiado de cidadãos. O ordenamento jurídico brasileiro prevê o procedimento do júri dividido em fases. Esse escalonamento garante que a formação da acusação do réu se dê em duas etapas bem distintas: a instrução preliminar e o juízo da causa. Na primeira fase, conduzida por um juiz togado, é discutida a admissibilidade acusatória. No juízo da causa ocorre o julgamento do réu pelo Conselho de Sentença. A decisão judicial que analisa e admite a acusação formulada contra o réu é denominada de pronúncia, esta que encerra a instrução preliminar e encaminha o acusado para o julgamento no Plenário do Júri. A pronúncia sempre esteve presente na história do processo penal brasileiro, desde o tempo em que aqui vigoraram as Ordenações do Reino. Em boa parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros é nítida a existência de um instituto processual com função similar a que exerce a pronúncia no Brasil. Esse ato jurisdicional representa um importante mecanismo de controle da atividade acusatória no procedimento do júri ao assegurar que somente seja enviada à fase de plenário a causa que esteja em rigorosa conformidade aos requisitos estabelecidos em lei. Deve o magistrado que prolata a pronúncia cercar-se de redobrada cautela na fundamentação dessa decisão tendo em vista que nessa fase do procedimento do júri não se analisa o direito de punir, mas tão-somente o direito de acusar. Por conseguinte, o excesso na motivação desse ato judicial pode acarretar a antecipação do julgamento do mérito para uma etapa indevida do processo. A pronúncia, decisão interlocutória no procedimento do júri, é o objeto principal de análise no presente trabalho. Ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988 estabeleceu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, preceito este que orienta o intérprete na aplicabilidade das normas constantes no ordenamento jurídico. No talante dessa premissa o vertente trabalho está pavimentado com o intuito maior de analisar os princípios e regras processuais incidentes na pronúncia à luz do citado fundamento constitucional, como forma de se ver assegurado o devido processo legal.

Palavras–chave: pronúncia, decisão, Tribunal do Júri, processo penal.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *The pronunciation in the procedure of the Court of the Brazilian Jury*. São Paulo: São Paulo's Papal Catolic University, 2009 (Doctorate Thesis in Law).

Adviser: Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

ABSTRACT

Procedural law complies with the task of regulating the exercise of judicial functions, a fundamental activity of Democratic State of Law. In the current constitutional order the Jury Court is recognized and upheld both as law and fundamental individual guarantee. It is perceived as a fundamental human right because people's participation in the trials made by the judiciary. It is the fundamental guarantee that the person who has committed an intentional criminal offense against life can only be condemned by the verdict issued by a People's Court. The jury is a province where there is the exercise of citizenship, revealing itself as a democratic right for the individual to be judged by a board of citizens. The Brazilian legal system provides the procedure of the Jury Court divided into stages. This scaling ensures that the formation of the prosecution of the defendant is given in two very different stages: a preliminary investigation and trial of the case. In the first phase, conducted by a judge, it is discussed the admissibility accusatory. In the trial of the case occurs the trial of the defendant by People´s Court. The judicial decision that examines and accepts the accusation against the defendant is called jury indictment, that terminating the preliminary investigation and forward the accused for trial in the Plenary of the Jury. The indictment has always been present in Brazilian history of criminal procedure, from the time of the Ordinations of the Kingdom. In most foreign jurisdictions is clear that there is a procedural institute with similar function that jury indictment exercises in Brazil. This judicial act represents an important mechanism to control the accusatory activity on the jury procedure to ensure that the cause is only being sent to the Jury if it is in strict conformity with the requirements established in law. Should the judge that decides the jury indictment works with extra caution in the grounds of this decision because this stage of the proceedings of the jury is not to examine the right to punish, but only the right to accuse. Therefore, the excess on the motivation of this judicial act can lead to anticipation of a merit´s judgment to an irregular stage of the process. The jury indictment, interlocutory decision in the proceedings of the jury, is the main object of analysis in this work. In establishing the Democratic State of Law, the Constitution of the Republic established in 1988 as one of its grounds human dignity, the rule that guides the interpreter in the applicability of the standards of the legal system. So this work is has the aim of examining the principles and procedures focused on the jury indictment in the light of that constitutional grounds as a way of being assured the due process of law.

Key–words: jury indictment, decision, jury, criminal procedure.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. *L'ordonnance de renvoir dans la procédure du tribunal du jury brésilien*. São Paulo: Pontificale Université Catholique de São Paulo, 2009 (PhD. Thèse).

Conseiller: Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

RÉSUMÉ

Au Droit Processif il accomplit la mission de réglementer l'exercice de la fonction juridictionnelle, activité fondamentale de l'État Démocratique de Droit. Dans l'ordre constitutionnel efficace le Tribunal du Jury est accueilli et reconnu simultanément comme droit et garantie fondamentale de la personne. Il est perçu comme un droit humain fondamental car la participation du peuple dans les jugements prononcés pour le Pouvoir Judiciaire. C'est garantie fondamentale dans la mesure où la personne qui ait pratiqué une infraction criminelle frauduleuse contre la vie seulement puisse être condamnée par le veredict émané par un Conseil de Jugement du Tribunal Populaire. Le jury est une province où s'observe l'exercice de la citoyenneté, en se révélant dans la prérogative démocratique pour que la personne soit jugée par un collégial de citoyens. L'ordre juridique brésilien prévoit la procédure du jury divisé dans des phases. Cet échelonnement garantit que la formation de l'accusation de l'accusé se donne dans deux étapes bien distinctés: l'instruction préparatoire et le jugement de la cause. Dans la première phase, conduite par un juge, c'est discuté l'admissibilité accusatoire. Dans le jugement de la cause se produit le jugement de l'accusé par le Conseil de Jugement. La décision judiciaire qui analyse et admet l'accusation formulée contre l'accusé est appelée de ordonnance de renvoi, de celle-ci laquelle ferme l'instruction préliminaire et achemine l'accusé pour le jugement dans l'Assemblée plénière du Jury. La ordonnance de renvoi a toujours été présente dans l'histoire du processus criminel brésilien, depuis le temps où ils ici ont tonifié les Rangements du Royaume. En bonne partie des ordres juridiques étrangers est claire l'existence d'un institut processif avec la fonction semblable à lalaquelle il exerce la ordonnance de renvoi au Brésil. Cet acte juridictionnel représente un important mécanisme de contrôle de l'activité accusatoire dans la procédure du jury à l'assurance que seulement soit envoyée à la phase d'assemblée plénière la cause qui soit dans rigoureuse conformité aux conditions établies dans loi. Il doit le magistrat qui rend la ordonnance de renvoi s'entourer de redoublée précaution dans le fondement de cette décision en vue dont dans cette phase de la procédure du jury ne s'analyse pas le droit de punir, néanmoins le droit d'accuser. Par conséquent, l'excès dans la motivation de cet acte judiciaire peut causer l'anticipation du jugement du mérite pour une étape indue de la procédure. La ordonnance de renvoi, décision interlocutoire dans la procédure du jury, est l'objet principal d'analyse dans le présent travail. À l'institution l'État Démocratique de Droit, la Constitution de la République de 1988 a établi comme un de leurs fondements la dignité de la personne humaine, règle lequel guide l'interprète dans l'applicabilité des normes constantes dans l'ordre juridique. Dans cette prémisse le coulant travail est pavé avec l'intention le plus grand d'analyser les principes et règles processives incidentes dans la ordonnance de renvoi à la lumière du mentionné fondement constitutionnel, comme forme de voir assuré la due procédure légale.

Mots–clés: ordonnance de renvoi, ordonnance, Tribunal du Jury, procédure criminelle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 18

CAPÍTULO I

APORTES DOS CLÁSSICOS SISTEMAS JURÍDICOS

1.1 Preâmbulo..... 27
1.2 Anotações na intitulada *pré-história* do direito..... 31
1.3 O surgimento das convenções procedimentais nos povos antigos..... 37
1.4 A contribuição da cultura jurídica grega..... 45
1.5 A formação do sistema jurídico romano..... 48
1.5.1 As formas processuais na fase da Realeza..... 53
1.5.2 A atividade acusatória na fase republicana..... 54
1.5.3 O processo penal no Império Romano..... 56
1.5.4 Influências de outras culturas no direito romano..... 58
1.6 O juízo de instrução e a acusação no direito germânico..... 62
1.7 O método científico para a instrução criminal no direito canônico..... 65
1.8 A sistemática no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição..... 71
1.9 Anotações no direito anglo-saxão..... 75
1.10 Pórticos da formação do júri..... 79
1.10.1 A Heliéia e o Areópago na Grécia..... 81
1.10.2 Os tribunais hebraicos..... 83
1.10.3 A *quaestio* romana..... 85
1.10.4 O reconhecimento do júri..... 87

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES NA FORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO JÚRI NO BRASIL

2.1 Prólogo..... 94
2.2 Contribuições históricas à formação de um sistema jurídico..... 98
2.3 As Ordenações Afonsinas..... 107
2.4 As Ordenações Manuelinas..... 113
2.5 As Ordenações Filipinas..... 117
2.6 A sistemática jurídica na transição para o direito nacional..... 124
2.7 A fase do Brasil colonial e sua independência..... 128
2.8 O júri e o Código do Processo Criminal de Primeira Instância..... 132
2.9 As reformas do júri no Brasil Império..... 142
2.10 O júri na fase republicana..... 149
2.10.1 Da República Velha..... 150
2.10.2 Da transição ao Estado Novo..... 156
2.10.3 O júri na Constituição de 1946..... 161
2.10.4 O júri na ditadura brasileira..... 165
2.10.5 A consolidação do júri na Nova República..... 167
2.11 Conceito e natureza jurídica do Tribunal do Júri..... 169
2.12 Princípios constitucionais do Tribunal do Júri..... 170
2.12.1 Da plenitude de defesa (art. 5.º, XXXVIII, *a* – CR/88)..... 171
2.12.2 Do sigilo das votações (art. 5.º, XXXVIII, *b* – CR/88)..... 173
2.12.3 Da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *c* – CR/88)..... 175
2.12.4 Da competência (art. 5.º, XXXVIII, *d* – CR/88)..... 177

CAPÍTULO III

O CONTROLE DA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

3.1 Contextualização inicial..... 181
3.2 A existência de uma etapa intermediária antecedente ao julgamento.. 183
3.3 A instrução preparatória no ordenamento francês..... 184

3.3.1 A investigação preliminar..... 185
3.3.2 A instrução no processo penal francês..... 187
3.3.3 A decisão que encerra a instrução..... 191
3.4 A acusação no sistema processual penal espanhol..... 194
3.4.1 Características do sistema misto..... 196
3.4.2 A instrução preliminar (*sumario*)..... 199
3.4.3 A fase intermediária (*intermedia*)..... 201
3.4.4 A fase decisória (*juicio oral*)..... 206
3.4.5 Características do controle de acusação..... 208
3.5 A análise da acusação no direito processual penal italiano..... 210
3.5.1 As investigações na fase preparatória (*indagini preliminari*)..... 213
3.5.2 As características da audiência preliminar (*l'udienza preliminare*). 216
3.5.3 A função essencial no controle da atividade acusatória..... 221
3.6 O modelo inglês para o controle da admissibilidade da acusação..... 226
3.6.1 Características da atividade de investigação e persecução criminal..... 228
3.6.2 A audiência preliminar e o controle da acusação..... 230
3.7 A acusação no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América..... 233
3.7.1 O trabalho de investigação criminal e o seu controle..... 234
3.7.2 A formalização da acusação no processo penal..... 236
3.7.3 Providências judiciais..... 239
3.8 O controle da admissibilidade acusatória no direito português..... 241
3.8.1 Das fases preliminares: o inquérito..... 246
3.8.2 Os atos da instrução..... 250
3.8.3 A decisão instrutória como um juízo sobre a acusação..... 253

CAPÍTULO IV

O JUÍZO DE ACUSAÇÃO E O JUÍZO DA CAUSA

4.1 Prolegômenos..... 258
4.2 Uma dimensão para o processo penal..... 261
4.3 A topografia do júri no Código de Processo Penal de 1941..... 264
4.3.1 Alterações no procedimento do júri pelo Decreto-lei n. 263/1948.... 269
4.3.2 A pronúncia e a prisão pela Lei n. 5.941/1973..... 270
4.3.3 A falta da testemunha na sessão do júri e a Lei n. 6.416/1977..... 271

4.3.4 A presunção de inocência e a alteração da Lei n. 9.033/1995..... 272
4.3.5 A reforma no procedimento do júri pela Lei n. 11.689/2008..... 273
4.4 O juízo de acusação e o juízo da causa..... 280
4.4.1 Da formação da culpa..... 284
4.4.2 Da preparação do processo para julgamento em plenário..... 290
4.4.3 Do julgamento do mérito..... 293
4.5 Da pronúncia do acusado..... 298
4.5.1 A finalidade da pronúncia..... 300
4.6 Do afastamento da pronúncia..... 302
4.7 Da impronúncia..... 304
4.8 Da despronúncia..... 308
4.9 Da absolvição sumária do acusado..... 309
4.9.1 Do cabimento legal..... 312
4.9.2 A absolvição sumária e a tutela da liberdade individual do réu..... 314
4.10 Da desclassificação..... 317
4.10.1 Incidência legal..... 319
4.10.2 Providências no juízo competente..... 321

CAPÍTULO V

PLANOS CARACTERÍSTICOS DA PRONÚNCIA

5.1 Ponderações preliminares..... 324
5.2 A pronúncia e sua natureza jurídica..... 327
5.2.1 No âmbito dos diplomas do Brasil Império..... 328
5.2.2 Na fase republicana..... 332
5.2.3 Na perspectiva hodierna..... 334
5.3 Aspectos formais da decisão de pronúncia..... 337
5.3.1 Do relatório..... 340
5.3.2 Da fundamentação..... 340
5.3.3 Do dispositivo e da autenticação..... 344
5.4 As provas e a motivação do ato decisório..... 346
5.4.1 O objeto da prova e a pronúncia..... 351
5.4.2 A relatividade dos elementos de prova..... 355
5.4.3 A motivação e os sistemas de análise da prova..... 359
5.4.4 O livre convencimento do magistrado..... 363

5.4.5 A regra das máximas de experiência do juiz na pronúncia..... 370
5.4.6 A utilização dos indícios..... 375
5.4.7 A prova emprestada no juízo acusatório..... 379
5.5 Requisitos para a pronúncia..... 382
5.5.1 A certeza da materialidade do fato..... 385
5.5.2 A qualidade da prova da materialidade delitiva..... 388
5.5.3 Indícios suficientes de autoria ou participação do acusado..... 391
5.5.4 A prova indiciária na pronúncia..... 395
5.6 Os efeitos da pronúncia..... 399
5.6.1 Um panorama histórico dos efeitos da pronúncia..... 400
5.6.2 Efeitos da pronúncia na reforma da Lei n. 11.689/2008..... 404
5.6.3 A preclusão..... 405
5.6.4 A interrupção da prescrição..... 407
5.7 A intimação da decisão de pronúncia..... 412
5.7.1 A intimação da pronúncia após a reforma do rito do júri..... 414

CAPÍTULO VI

A PRONÚNCIA NA ORDEM PROCESSUAL GARANTISTA

6.1 A dignidade da pessoa humana..... 416
6.1.1 A origem e o sentido inicial do princípio da dignidade humana..... 418
6.1.2 A dualidade princípio e norma jurídica..... 421
6.1.3 A dignidade como fundamento na ordem constitucional..... 423
6.1.4 Preceito de natureza absoluta e de conteúdo relativo..... 425
6.1.5 A incidência no processo penal..... 428
6.2 A ordem processual garantista..... 430
6.2.1 A natureza garantista do procedimento..... 432
6.3 Dos limites da fundamentação da pronúncia..... 435
6.3.1 A motivação como imperativo legal..... 436
6.3.2 A linguagem utilizada na fundamentação..... 440
6.3.3 A motivação e as teses defensivas..... 445
6.3.4 A vedação à menção do conteúdo da pronúncia nos debates..... 448
6.4 As circunstâncias qualificadoras na pronúncia..... 452
6.4.1 A especificação da qualificadora na pronúncia..... 454

6.4.2 Da qualificadora não contida na peça acusatória..... 456
6.5 As causas de aumento de pena na pronúncia..... 457
6.5.1 A especificação das majorantes..... 458
6.6 O aforismo do *in dubio pro societate*..... 460
6.6.1 O *in dubio pro societate* numa perspectiva constitucional..... 465
6.7 Da correlação entre a acusação e a pronúncia..... 467
6.7.1 A definição jurídica diversa do fato narrado na peça acusatória..... 472
6.7.2 A nova definição jurídica do fato..... 473
6.7.3 Da circunstância superveniente à preclusão da pronúncia..... 476
6.7.4 Da inclusão de outros réus no âmbito da pronúncia..... 478
6.8 As infrações penais conexas e a pronúncia..... 481
6.8.1 Da inadmissibilidade da análise acusatória..... 483
6.8.2 Da motivação da pronúncia quanto às infrações conexas..... 485
6.9 A prisão na pronúncia..... 489
6.9.1 Fundamento e modalidades de prisão..... 491
6.9.2 A origem da recomendação da prisão como efeito da pronúncia.... 493
6.9.3 A prisão na pronúncia como medida excepcional..... 495
6.9.4 A duração da prisão cautelar na pronúncia..... 499

CONCLUSÃO..... 503

BIBLIOGRAFIA..... 527

INTRODUÇÃO

Na seara da Ciência do Direito uma das instituições que desperta maior atenção e que também se apresenta como palco de verdadeiros e calorosos debates é o Tribunal do Júri. Ao estudá-lo tem-se a certeza de estar ingressando nos meandros de um dos mais antigos bastiões do direito de pessoas leigas julgarem seu semelhante.

Divergem os estudos no que tange ao exato momento de surgimento do Tribunal do Júri no contexto mundial, sendo notada sua prefiguração remota nas civilizações grega, romana e hebraica. Por outro lado, parece incontestável a noção de que essa instituição, com os contornos que tem hodiernamente, surgiu no seio da Carta Magna de 1215, na Inglaterra.

Pesquisas voltadas a épocas mais recuadas na história apontam para a existência de procedimentos assemelhados ao do júri antes mesmo do século VI. É o que se descortina no contexto de uma compilação de leis romanas conhecida como o Breviário de ALARICO, promulgada em 506 d.C. Essa legislação teve vigência no reino visigodo de Tolosa e preceituava regras para o julgamento de um acusado perante juízes leigos.

Até a Idade Média percebe-se uma grande influência religiosa incidente no procedimento do júri, destacadamente quando os cidadãos reunidos para um julgamento invocavam Deus como testemunha desse ato e pediam que lhes orientasse na escolha de um veredicto justo ao caso. Postos os ideais da Revolução Francesa, ocorrida em 1789, o Tribunal do Júri tornou-se uma instituição com procedimento mais técnico e isso proporcionou sua maior acolhida em boa parte dos ordenamentos europeus.

Em terras brasileiras o Tribunal Popular foi inserido no ordenamento jurídico por intermédio do Decreto de 18 de junho de 1822 e ratificado como um órgão do Poder Judiciário pela Carta Política imperial em 25 de março de 1824. A segunda Constituição brasileira e primeira republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, erigiu o júri ao *status* de direito dos cidadãos brasileiros.

Com a Constituição da República de 16 de julho de 1934 retornou o júri ao patamar de órgão do Poder Judiciário. No Estado Novo foi promulgada uma nova Carta Política em 10 de novembro de 1937 retirando a instituição do júri do seu texto normativo. O júri foi guindado novamente ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-lei n. 167, de 05 de janeiro de 1938, todavia, suprimindo-lhe o fundamento relacionado à soberania dos veredictos.

A Constituição da República, de 18 de setembro de 1946, acomodou o júri no seio dos direitos e das garantias individuais, fato esse que foi seguido pelo texto da Carta Política promulgada em 24 de janeiro de 1967. A revisão desta Carta ocorreu pela Emenda Constitucional n. 1, outorgada em 17 de outubro de 1969, mantendo a instituição do júri, mas alijando-a de seus principais fundamentos, como a soberania dos veredictos e a plenitude de defesa.

O Tribunal Popular encontra abrigo no texto da Constituição da República de 1988. Está consagrado na redação do inciso XXXVIII do artigo 5.º, parte integrante do Capítulo I (*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*), inserto do Título II (*Dos direitos e garantias fundamentais*). Nesta Carta Cidadã assegura-se o júri com os seguintes fundamentos: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No referido texto constitucional o júri foi preservado na condição de garantia fundamental de todos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Uma garantia de que será competente para o julgamento das infrações penais dolosas contra a vida, assegurando-se os preceitos relativos ao devido processo legal. Daí a sua condição de tribunal natural para o processamento desses crimes.

A par de ser o júri uma garantia fundamental, também é considerado um direito humano fundamental, uma vez que permite a participação do indivíduo na atividade judicial levada a cabo pelo Poder Judiciário. Esse viés proporciona a integração do cidadão aos temas inerentes ao poder estatal, desenvolvendo nele o senso de compartilhar a responsabilidade da distribuição da justiça.

O dispositivo constitucional que assegura a instituição do júri possui a natureza de cláusula pétrea sendo, portanto, intocável pelo legislador ordinário que deve respeitar essa condição. Ao instituir um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais o legislador constituinte disponibilizou ao operador jurídico uma sistemática apta a garantir a harmonia do ordenamento jurídico pátrio, impedindo interpretações que levassem à subversão dos propósitos maiores do texto constitucional.

Dita o texto da Carta de 1988 que a organização do júri seja realizada por meio de lei ordinária. Nesse compasso, o Código de Processo Penal – Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, regulando a matéria do júri, foi recepcionado pela referida Carta. Nesse ordenamento processual, atualmente, os dispositivos inerentes ao procedimento do Tribunal Popular estão arrolados ao longo dos artigos 406 a 497 do Capítulo II (*Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri*) do Título I (*Do processo comum*) do Livro II (*Dos processos em espécie*).

Atendendo aos antigos reclames de uma profunda reforma no júri, foi sancionada em 09 de junho de 2008 a Lei n. 11.689, alterando os dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao procedimento do Tribunal Popular. Essa lei reformadora manteve a estrutura principal desse rito dividido em fases e introduziu mudanças pontuais na sistemática de alguns atos judiciais.

A fase inicial do rito do júri é denominada de juízo de acusação – *iudicium accusationis* – ou instrução preliminar, cuja finalidade é servir para delimitar a acusação. É inaugurada com o recebimento da peça acusatória – denúncia ou queixa – e desenvolve-se perante um juiz togado. Os atos processuais dessa etapa

destinam-se à formação do arcabouço de provas hábil para formar o convencimento do magistrado acerca da admissibilidade acusatória.

A instrução preliminar é encerrada com uma decisão judicial proferida com base numa das seguintes possibilidades: a-) pronúncia do acusado, por considerar-se admissível a acusação, remetendo-o ao julgamento pelo júri; b-) impronúncia do acusado, extinguindo o processo sem o julgamento do mérito; c-) desclassificação da infração penal para outra que não seja da competência do júri; ou d-) absolvição sumária do acusado.

A decisão de pronúncia declara a viabilidade da pretensão inicial por reconhecer comprovada a materialidade do fato e presentes indícios suficientes de que o acusado seja o autor ou partícipe do ato. Destarte, essa decisão interlocutória fixa os quadrantes da acusação declarando a norma legal na qual julga incurso o acusado e especifica as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena que devem ser sustentadas em plenário.

A pronúncia é uma decisão interlocutória no procedimento do júri que encerra a fase da formação da culpa e remete os autos para o julgamento do acusado diante do plenário do júri. Não julga o direito de punir, mas o direito de acusar. Sendo assim, essa decisão revela-se como um filtro que separa as causas que devem ser enviadas ao Tribunal Popular das demais. Ao encerrar o juízo de acusação a pronúncia inaugura o juízo da causa.

Como a pronúncia é uma decisão que versa sobre o convencimento do magistrado acerca da existência dos pressupostos legais da acusação, encerra um juízo valorativo sobre as provas constantes dos autos no término da instrução probatória. Destarte, várias cautelas devem ser tomadas pelo juiz pronunciante a fim de que sejam evitados excessos na fundamentação desse ato processual. A motivação excessiva ou contundente da pronúncia pode antecipar o mérito para uma fase inapropriada, além de influenciar indevidamente a formação da convicção do jurado.

A pronúncia assume também um importante viés constitucional. Ao considerar a República Federativa do Brasil constituída num Estado Democrático de Direito, o texto constitucional estabelece como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, preceito considerado como o de maior amplitude no âmbito da Carta Magna de 1988, além de ser o inspirador dos demais princípios ali inscritos.

Esse princípio irradia para todo o ordenamento jurídico um expressivo feixe de garantias individuais que devem ser observadas pelo operador jurídico quando da aplicabilidade das regras que regem, fundamentalmente, os institutos do direito processual penal, como a pronúncia no procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri.

Conseguintemente, a motivação da pronúncia, seus efeitos e as demais implicâncias práticas que a envolvem devem ser analisadas à luz dos ditames pretendidos pelo fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, como forma de resguardar a aplicação conforme a constituição das regras processuais inerentes àquele ato processual.

É cediço que o Estado desenvolve a atividade judicial por intermédio de um conjunto de garantias constitucionais denominado de devido processo legal. Sua concepção está atrelada ao fato de que o ente estatal deve proporcionar às partes que atuam no processo uma segurança para o exercício de suas faculdades processuais, sendo, por consequência, um imperativo ao adequado exercício da jurisdição estatal.

Tais garantias não devem ser entendidas somente como prerrogativas das partes mas fundamentalmente como direitos públicos subjetivos daquelas de terem assegurado que suas pretensões sejam submetidas ao transcurso de um processo judicial sob a condução de um órgão imparcial, independente e legalmente imbuído de poderes e competência para fazer valer a aplicação do direito abstrato ao caso concreto.

Assim a Constituição da República de 1988 ao estabelecer princípios e normas visando ao adequado desenvolvimento da atividade processual, institui também um poderoso sistema de garantias processuais que permitem ao acusado exercer sua ampla defesa, assegurando-lhe o acesso ao devido processo legal.

Dessa importante natureza garantista extraída da Carta Política de 1988, há que se repensar a aplicabilidade das regras processuais referentes à pronúncia, uma vez que se torna direito do acusado ter plena ciência das razões que levam o magistrado a admitir a acusação enviando-lhe para julgamento perante o júri. Torna-se a pronúncia um importante e democrático mecanismo de controle da atividade acusatória no procedimento do júri.

Na esteira dessas considerações é que se coloca a decisão de pronúncia como o núcleo central que impulsiona o presente trabalho. Para que os objetivos pretendidos sejam aqui devidamente alcançados a redação do trabalho está estruturada na forma de capítulos, no âmbito dos quais se constrói sistematicamente o objeto proposto.

O Capítulo I – *Aportes dos clássicos sistemas jurídicos* – colaciona a análise dos procedimentos destinados à formação da culpa do acusado no seio dos principais sistemas jurídicos da Antiguidade, partindo de uma época em que inexistiam convenções. Nesse contexto são destacadas algumas importantes sistemáticas primitivas utilizadas para a produção e avaliação das provas, a forma pela qual se iniciava a acusação nos procedimentos criminais, o tratamento que era dispensado ao acusado e as limitações que eram impostas a sua defesa.

A análise bibliográfica realizada aponta que, em boa parte dos sistemas avaliados, o julgamento se desenrolava sob a inspiração de manifestações de cunho religioso, dificultando a defesa do acusado uma vez que a formação da culpa estava atrelada ao seu sucesso ou insucesso nas provações a que era submetido. Inobstante inexistir uma acusação formalizada havia uma dinâmica apta a escolher as causas que necessitavam ser submetidas a julgamento popular.

No contexto do Capítulo II – *Antecedentes na formação do procedimento do júri no Brasil* – são analisados os preceitos formadores do procedimento do Tribunal do Júri no Brasil. Para tanto, toma-se como ponto de partida o contexto histórico de Portugal anterior à formação das Ordenações do Reino, com o objetivo de entender as influências sofridas na concepção dessas codificações que serviram de substrato para a formação do ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se aqui o pensamento jurídico que fomentou o substrato da legislação nos primórdios do Brasil.

São apontadas as características da época de transição das regras do processo penal existentes nas Ordenações para as primeiras normas jurídicas genuinamente nacionais, com destaque para adoção do Tribunal do Júri no Brasil. A partir daí, com ênfase na pronúncia, são arroladas as principais características dos diversos diplomas que disciplinaram as regras do Tribunal Popular ao longo da história brasileira. Merece destaque também a previsão desse tribunal no âmbito das constituições pátrias, realçando os diversos momentos políticos em que as mesmas foram concebidas.

Por seu turno, o Capítulo III – *O controle da admissibilidade da acusação no direito comparado* – é dedicado à análise da admissibilidade acusatória no direito comparado. Esse estudo permite entender o funcionamento de distintos sistemas jurídicos à luz dos institutos analisados. Para tanto, são eleitos alguns dos principais sistemas jurídicos estrangeiros na atualidade em que é possível vislumbrar o processamento das causas que são enviadas a julgamento pelo júri.

O mote desse capítulo é levantar as características do processo penal nesses sistemas, tendo em vista as regras e condições em que se desdobram os mecanismos de controle da admissibilidade acusatória, para fomentar uma análise comparativa com a sistemática observada no modelo brasileiro, este que adota a decisão de pronúncia como instrumento para o referido controle. Ainda, da análise do direito comparado é possível compreender o grau de comprometimento dessas culturas jurídicas na aplicação do processo penal tendo em vista uma função garantidora dos direitos humanos fundamentais.

Tendo como lastro o Código de Processo Penal brasileiro e as legislações que alteraram o procedimento do júri, o Capítulo IV – *O juízo de acusação e o juízo da causa* – analisa as principais características das etapas deste rito. Sendo considerado um procedimento escalonado, o rito do júri contempla uma fase inicial destinada à instrução probatória e outra, ao final, destinada ao julgamento da causa. A pronúncia é a decisão que proporciona a ocorrência da fase de julgamento, o *iudicium causae*, pela qual a matéria é remetida à apreciação de um conselho de jurados presididos por um magistrado togado.

Nesse capítulo são também avaliadas as implicâncias práticas que decorrem da não realização da pronúncia pelo magistrado, sufragando a fase de julgamento do acusado em plenário. Isso corre quando o juiz se convence no sentido de impronunciar o acusado ou desclassificar a infração penal para outra que não seja da competência do júri. Pode, ainda, absolver sumariamente o acusado se ficar comprovada a ocorrência de alguma das causas legais autorizadoras. Nestas situações não é inaugurada a fase do juízo da causa.

O Capítulo V – *Planos característicos da pronúncia* – tem por finalidade principal descortinar as características da decisão de pronúncia. Por se tratar de um ato judicial próprio do rito do Tribunal do Júri, a pronúncia é dotada de características peculiares, requisitos específicos e inerentes aos fins que se propõe. Todavia, vislumbra-se nessa decisão uma estrutura formal assemelhada àquelas das sentenças de mérito, contendo o relatório das principais ocorrências da fase sumarial, a fundamentação das questões expostas na instrução preliminar, o conteúdo decisório e a parte destinada à sua autenticação.

Além da análise realizada de cada um dos pressupostos legais da pronúncia o vertente capítulo lança um estudo sobre sua relação com o direito probatório. Partindo-se da premissa de que a prova é o elemento que proporciona ao magistrado a tomada da decisão, são aferidos os quadrantes em que isso deve ocorrer, dado que a pronúncia não é decisão de mérito, mas de admissibilidade acusatória e, portanto, com implicações diferenciadas.

Na estrutura do Capítulo VI – *A pronúncia na ordem processual garantista* – adota-se o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana para analisar alguns dos principais planos que devem estribar a decisão de pronúncia. Em nome do Estado Democrático de Direito é preciso inibir uma atuação jurisdicional que cometa arbitrariedades ou excessos advindos das heranças ditatoriais que em alguns casos insistem em se manterem vivas assombrando o processo penal e colocando em risco os direitos fundamentais. É certo que a dignidade humana é um fundamento que ao mesmo tempo justifica a intervenção estatal e municia o indivíduo de meios para que possa exercer o contraditório e a ampla defesa no devido processo legal.

Ao colocar a temática que envolve a pronúncia na pauta constitucional, o trabalho pretende delinear alguns contornos imprescindíveis para que a atuação jurisdicional nessa fase do rito do júri seja firme e voltada para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais. Pela importância que decorre do tema, o que não se pode aceitar é o desatino de utilizar a pronúncia para conduzir o acusado a julgamento pelo júri sem uma segurança mínima de provas, remetendo a dúvida ou incerteza para a decisão do jurado leigo, expondo a liberdade do acusado a toda sorte de acontecimentos.

Os pontos cardeais e fomentadores do presente trabalho conduzem, em sua essência, à *Conclusão* ao final deste. Nessa seção são apresentadas também as tendências que cercam a temática, bem como, os principais pontos depurados do confronto realizado entre as hipóteses inicialmente levantadas e os ensinamentos doutrinários adquiridos ao longo da trajetória, esta que sempre teve por móvel o estudo das províncias em que se assenta a decisão de pronúncia na ordem jurídica nacional.

A seção que complementa o vertente trabalho é a *Bibliografia*. Nesta seção estão inseridos os títulos em doutrina nacional e estrangeira que fomentam as premissas aqui tratadas. O rol colaciona somente as referências aos títulos em que há menção expressa ao longo dessa estrutura redacional.

CAPÍTULO I

APORTES DOS CLÁSSICOS SISTEMAS JURÍDICOS

SUMÁRIO: 1.1 Preâmbulo – 1.2 Anotações na intitulada *pré-história* do direito – 1.3 O surgimento das convenções procedimentais nos povos antigos – 1.4 A contribuição da cultura jurídica grega – 1.5 A formação do sistema jurídico romano: 1.5.1 As formas processuais na fase da Realeza; 1.5.2 A atividade acusatória na fase republicana; 1.5.3 O processo penal no Império Romano; 1.5.4 Influências de outras culturas no direito romano – 1.6 O juízo da instrução e a acusação no direito germânico – 1.7 O método científico para a instrução criminal no direito canônico – 1.8 A sistemática no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição – 1.9 Anotações no direito anglo-saxão – 1.10 Pórticos da formação do júri: 1.10.1 A Heliéia e o Areópago na Grécia; 1.10.2 Os tribunais hebraicos; 1.10.3 A *quaestio* romana; 1.10.4 O reconhecimento do júri.

"O homem retrata-se inteiramente na alma; para saber o que é e o que deve fazer, deve olhar-se na inteligência, nessa parte da alma na qual fulge um raio da sabedoria divina."

DIÁLOGOS

PLATÃO (428 a.C. – 347 a.C.)

1.1 Preâmbulo

A tarefa de julgar o ser humano é por demais árdua. Compulsando os manuais que relatam a História de diversas civilizações, em distintas etapas cronológicas de sua existência, percebe-se o quão escarpada foi a pesquisa e identificação da ocorrência dos delitos e, em maior grau, o julgamento e a consequente aplicação da pena ao culpado.

O direito apresenta uma origem e uma essência social[1], além de uma finalidade, qual seja, a paz[2]. O resgate das características históricas permite compreender a dimensão das instituições, a forma pela qual foram concebidas, suas lutas, as amarras das quais se libertaram do poder opressor observado na constante relação de dominação, além dos mais variados traços comportamentais dos seres do passado. Isso faz com que seja reconstruída parte da identidade do ser humano em nexo com o passado[3].

Em consonância a tal raciocínio, vislumbra-se a saga da humanidade enleada ao problema do conhecimento. Atormentado com a necessidade de justificar sua existência e os fatos que o circunscrevem, o ser humano sempre trilhou na busca do saber e isso é perceptível em várias incursões históricas.

Pavimentando essa constatação encontra-se o fato da constante busca pelos elementos que cercam a verdade nas questões que demandam uma decisão[4]. Uma leitura dos diversos sistemas existentes desde a antiguidade desvela o emprego de diferentes metodologias para se atingir um procedimento judicial adequado.

Aliada à natureza humana (necessidade de saber), percebe-se no julgamento de um indivíduo, também, a necessidade da firmação do poder pela sociedade constituída (o veredicto soberano), em que direitos e garantias são debatidos

---

[1] "O direito ampara o ser humano desde o momento em que é concebido e enquanto ainda vive no ventre materno. E depois o segue e acompanha em todos os passos e contingências de sua vida [...]. Por isso, é que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem êste, nem êste sem aquela. [...] Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social [...]. O direito equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 38-40).

[2] "A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. [...] A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta [...]. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender" (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad.: João de Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 1).

[3] "A História, empolgando o homem no seu esforço secular de atingir a uma mais perfeita humanidade, também, por tal razão, o impele a reaver em sua irredutível originalidade, esta gênese e ascensão de que os acontecimentos são a expressão externa e condensada" (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Javoli, 1983, p. 10).

[4] "O problema do conhecimento, da ciência – demonstra-se, portanto, uma questão filosófica (a necessidade humana do saber), uma questão política (o fenômeno do poder, de dominação da realidade) e, por certo, uma questão jurídica: a liberdade do homem e suas limitações" (GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33-34).

colocando-se em confronto a necessidade de repressão social e a tutela jurídica à liberdade legitimamente conquistada[5].

Nesse cenário, revela-se a ciência como instrumental à disposição do ser humano interferindo fundamentalmente nas relações sociais. O mesmo ocorre no âmbito processual, vez que num Estado Democrático de Direito há muito se vislumbra num processo judicial um meio legítimo e seguro de atingir-se um veredicto[6]. Contudo, a formação do processo penal não ocorreu de modo isolado nem suas bases foram concebidas por uma única sociedade[7].

Numa imersão pelos registros históricos percebe-se que não somente os meios de pesquisa (evidências e provas), mas os procedimentos (ritos) também foram fundamentais para se estabelecerem critérios que pudessem legitimamente orientar a formação de um lastro mínimo de segurança capaz de submeter o acusado da prática delituosa a um julgamento popular[8].

Em condição de arranque, cumpre destacar que a análise que se faz em relação aos contornos históricos que permeiam os julgamentos populares (assim como das demais instituições da ciência do direito) está intrinsecamente atrelada aos

---

[5] Tem-se que o "direito é um attributo da pessoa. A pessoa é uma substancia individual da natureza racional e social. É uma substancia individual, que vive na sociedade, em cujo seio exerce direitos de homem e de cidadão. [...] Todos estes direitos são considerados – *direitos individuaes*, porque são attributos da pessoa, isto é, da substancia individual de natureza racional e social" (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1911, v. I, p. 5-6, grifo do autor).

[6] "A necessidade do processo se deve à incapacidade de alguém para julgar, por si mesmo, sobre o que se deve fazer ou não fazer [...]. O processo serve, pois, em uma palavra, para fazer que entre em juízo aqueles que não o têm. E, posto que o juízo é próprio do homem, para substituir o juízo de um pelo juízo de outro ou outros, fazendo do juízo de um a regra de conduta de outros, aquele que faz entrar em juízo, ou seja, aquele que fornece aos outros aquilo de que necessitam – seu juízo –, é o *juiz*" (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 33, grifo do autor).

[7] O processo penal "não é fruto das meditações dos filósofos, nem das teorias de uma escola, nem dos costumes de um certo povo, nem da política dum determinado Estado. Ele é essencialmente um produto da necessidade e da experiência sociais, produto que se formou, desenvolveu e aperfeiçoou através dos séculos e em todos os povos civilizados" (ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código do Processo Penal*. 3. ed. atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 23).

[8] "Todos os povos, mesmo aquelles que ainda se achão em lugar inferior na escala da civilisação, possuem certas noções sobre a economia da prova, e por consequencia sobre os meios facultados ao accusador ou ao accusado, afim de convencerem os juízes da verdade de suas allegações sobre os motivos de prova, nos quaes terão de basear a sentença" (MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria Criminal*. Trad.: Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871, p. 20).

diversos costumes, aos credos e às obras legislativas que dominaram (e ainda dominam) várias culturas ao longo da história das civilizações.

Vislumbra-se, sobretudo, um profundo elo entre a política e as questões de ordem processual, em que a carga ideológica sempre dominou as codificações, impondo aos integrantes de suas sociedades *verdades* perfeitas e acabadas, sufocando, em diversos momentos, a possibilidade de que meios científicos e mais precisos pudessem ser utilizados como condutores do processo. Registra-se que desde a antiguidade tem-se no processo o meio pelo qual se obtém a reparação do dano[9].

Por diversas vezes tal constatação é extraída de uma releitura dos acontecimentos históricos[10], estes orientados por verdadeiras motivações religiosas[11]. Nesse contexto, necessário se faz uma descomprometida lembrança acerca das principais características envolventes dos julgamentos populares dentro de algumas das mais destacadas civilizações do passado, com vistas à compreensão da mecânica que move atualmente os institutos da ciência processual.

Sem realizar esse breve resgate histórico sobre alguns procedimentos observados nas principais civilizações pretéritas formadoras de culturas jurídicas, dificilmente é possível a compreensão satisfatória dos mecanismos que regem, hodiernamente, as instituições que perfazem o procedimento do Tribunal do Júri. Daí as valorosas lições no sentido de que *quando prosseguimos em uma serie de estudos*

---

[9] "O processo penal da antiguidade não se distanciava muito do processo civil. A idéia básica do processo, em geral, era a intervenção do Estado com a finalidade de obter a reparação do dano ocasionado. [...] na realidade, o processo tinha por escopo a declaração da responsabilidade de um indivíduo por parte da assembléia judicante; por isso tendia substancialmente a um efeito dúplice: de um lado, o reconhecimento da responsabilidade do réu e, de outro lado, a garantia para a vítima não sofrer ofensas ou vinganças por parte do réu ou de seus familiares" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 26).

[10] "Notadamente a íntima conexão entre o direito político e o processo penal, que se revela através dessa luta entre os interêsses do Estado e do indivíduo, não seria possível sem uma indagação histórica. Êsses entrechoques de interêsses viveram sempre ao influxo das concepções políticas imperantes. Por vêzes, o predomínio exagerado de um dêles levou a uma visão unilateral do processo, dando-lhe a feição de um litígio privado e consagrando a passividade do julgador" (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões literárias, 1969, v. I, p. 45).

[11] Imperativo no Antigo Testamento, Livro de Deuteronômio, Capítulo 1, versículos 16 e 17, preconizam que "naquele tempo dei aos juízes a seguinte ordem: Ouvi vossos irmãos, julgai com justiça as questões de cada um, tanto com o irmão como com o estrangeiro. Não deis atenção em vossos julgamentos à aparência das pessoas. Ouvi tanto os pequenos como os grandes, sem temor de ninguém, porque a Deus pertence o juízo" (BÍBLIA SAGRADA. 36. ed. Rio de Janeiro: Vozes, s.d., p. 199).

necessitamos sempre de um banho de memoria, para que possamos ligar o antecedente ao consequente[12].

É o móvel principal do presente capítulo o resgate dos destaques observados nos diferentes modos de administrar a justiça penal entre os povos, realçando as questões afetas aos procedimentos utilizados para realizar o controle da acusação e as remotas fontes que aludem à gênese do Tribunal do Júri, lembrando sempre da impossibilidade de anotar na seara do vertente trabalho todos os pontos históricos havidos, visto que são inesgotáveis.

1.2 Anotações na intitulada *pré-história* do direito

Há muito se percebe que a experiência jurídica se entrelaça com uma experiência normativa desde o início da existência humana[13]. Estudar a relação do direito com o homem e os fatos sociais por ele proporcionados[14] é, essencialmente, estudar o direito frente ao Estado e seus institutos[15], uma relação que envolve um poder constituído e uma sociedade disciplinada por regras[16].

---

[12] Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 5.

[13] "Com isto, entendo que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas*, ou regras de conduta" (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 23, grifo do autor).

[14] Dessa forma "a consciência jurídica do mundo assemelha-se a uma árvore ciclópica e milenária, de cujos galhos nodosos rebentam os densos ramos e, deles, a floração dos direitos. Quando em vez, as flores legais emurchecem sob o implacável calor do tempo e a ventania evolucionista e revolucionária, oriunda das carências sociais, agita as ramagens e as faz rolar para o solo poroso, onde são transformadas em adubo e absorvidas pelas raízes poderosas e insaciáveis" (ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 6. ed. São Paulo: Ícone, 1995, p. 9).

[15] Pode-se dizer que "o direito é a armação do Estado. [...] No Estado de direito não podemos ver, pois, a forma perfeita de Estado. Os juristas são vítimas, neste ponto, de uma incrível ilusão. O Estado de direito não é o Estado perfeito mais do que possa ser perfeito o arco que os pedreiros o tenha construído" (CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 18-19).

[16] "A história do Direito acompanha o evoluir da civilização, sendo um produto da cultura. Segundo a idéia que se faça da origem da autoridade, assim se organizam politicamente os povos. Na antigüidade, cuja cultura era eminentemente dista, o direito e a autoridade não poderiam ter outra base senão sacra e sacerdotal. O crime era entendido como ofensa à divindade, e o rei ou o sacerdote, eram seus aplicadores como representantes de Deus entre os homens" (MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal brasileiro – doutrina, jurisprudência e fluxogramas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, v. I, p. 23).

O estudo das instituições e dos princípios orientadores do direito[17] requer considerações mais aprofundadas dentro dos sistemas utilizados pelos povos sem escrita (primeiro momento histórico das relações sociais). Inegável que a noção de direito nasce juntamente com os hábitos em sociedade.

Do surgimento das normas a partir da necessidade dos grupos sociais, ocorre um nítido momento na história em que os preceitos individuais começam a ceder terreno aos preceitos coletivos, exatamente no instante em que começam a surgir e firmarem-se novas castas de domínio e de poder[18].

Intitulada como *pré-história do direito*[19], essa fase é muito difícil de ser avaliada de forma pormenorizada vez que deixou poucos vestígios e elementos que propiciassem traçar um perfil maior[20]. Decerto que uma avaliação com mais profundidade em detalhes acerca da identificação de procedimentos e demais ritos específicos que envolvam os julgamentos populares nessa fase da história, pode esbarrar na escassez de informações.

A característica por demais anotada desse marco inicial e formador das sociedades assim tidas pelo homem é o não conhecimento da escrita. Embora não houvesse até então a utilização de uma simbologia ou codificação para a anotação das regras e dos ditames sociais, vários fatores de aceitação social e germinadores de vários institutos do direito eram extraídos, tais como, o casamento, o antigo pátrio

---

[17] "O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultada de vigência simultânea, é coerência [...] é unidade de sentimento, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990, tomo I, p. 21).

[18] "É nesse momento que a noção do direito principia a conformar sua vida em sociedade, visto que a hierarquia tribal impõe-se a partir da compreensão dos direitos e deveres de cada um, noção captada pela força dos que governavam os destinos das primeiras comunidades. [...] A pré-história e o direito pré-histórico terminam no momento em que o foco das divergências entre grupos nômades e sedentários evolui para as lutas entre os grandes grupos sedentários na busca de poder, que são aquelas que já caracterizam a história narrada" (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 12-15).

[19] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad.: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 31.

[20] "A vida *pré-histórica*, que se pode reconstruir – com os dados ou resíduos paleontológicos – nas suas condições elementares de existência social e individual, não fornece elementos para lhe delinear a forma da justiça penal" (FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad.: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1988, p. 33, grifo do autor).

poder (poder familiar), os preceitos de propriedade, regras de sucessão familiar, dentre tantos.

A função de julgar[21] é observada com relativa frequência no meio dos povos primitivos. Muito embora não utilizassem a escrita, desenvolveram técnicas apropriadas ao contexto em que se inseriam, estabelecendo sanções[22], nas quais imperava o claro sentido de vingança[23], aos descumpridores dos preceitos estatuídos pela sociedade[24].

Há que se registrar que também não se cogitava nessa época de um procedimento probatório administrado por regras claras e específicas[25] ou na modalidade que se assemelhasse a alguma forma procedimental conhecida[26]. Passavam de geração para geração seus costumes como a principal inspiração – fonte – para seu comportamento, originando o denominado direito consuetudinário[27], este, por seu turno, observado na formação de vários sistemas jurídicos.

---

[21] "A função de julgar remonta aos primórdios da civilização: ao chefe da tribo, ao *pater famílias*, aos sacerdotes, aos primeiros reis. [...] A infração ou ofensa assumia então o caráter de dano coletivo, que atingia todo o grupo, provocando uma vingança generalizada. [...] A administração da justiça estava ali confiada ao senhor ou *batab*" (SOARES, Orlando. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 64).

[22] "O processo penal, na sua origem histórica, não tutelava os fundamentais interesses da vida por meio das sanções punitivas. A ofensa era considerada lesão ao cidadão privado, o qual reagia por si, e a sua vingança constituía o meio rudimentar e o direito de reação contra o fato delituoso. Vencida essa fase da vingança privada, com o aumento da força do poder público que consolida a sua própria autoridade, nascem as normas destinadas a estabelecer os fatos, com as penas respectivas" (NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 19).

[23] Desde então se percebe que os homens, entrementes, têm "necessidade de viver em paz. A justiça é a condição da paz [...]. A paz é um estado da alma que extingue o desejo de mudança" (CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito: seis meditações sobre o direito*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001, p. 61).

[24] "A morte, precedida de torturas, era a regra nas punições. O suplício infligido nas execuções não restabelecia a justiça nem reparava o dano, servindo somente para reafirmar o poder dos soberanos e dos que detinham privilégios" (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A pena capital e o direito à vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 34).

[25] Sobre a mais antiga forma de prova "talvez tenha sido o juramento, que se registra em formas grupais humanas as mais simples" (BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42).

[26] "Com o aparecimento do Estado, a administração da justiça, ou seja, o poder de julgar (poder jurisdicional) tornou-se monopólio estatal" (SOARES, 1977, p. 65).

[27] "A passagem do pré-direito ao direito corresponde geralmente à passagem do comportamento inconsciente puramente reflexo ao comportamento consciente, reflectido, senão inteligente [...]. Nas sociedades arcaicas, o direito está ainda fortemente *impregnado de religião*. A distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais" (GILISSEN, 1995, p. 35-37, grifo do autor).

Tais civilizações possuíam na religião um de seus principais pilares de sustentação. A crença nas divindades mitológicas permitia criar um universo de crendices e balizas utilizadas para cada comunidade, originando uma diversidade de comportamentos pautados, inclusive, nas forças que acreditavam ser provenientes do sobrenatural[28].

O simbolismo e a divindade eram elementos de grande influência que se agregavam no cotidiano pretérito, com amplo destaque para a crença dos aborígines nos tabus[29], estes que se apresentavam de dois modos, quais sejam: como uma utilidade visível ou como um imperativo a ser obedecido pela comunidade, cujo desrespeito se revelava uma forte transgressão ao meio em que viviam, sendo passível de uma sanção.

O traço religioso dominante nas civilizações primitivas calcava-se num claro temor ao sobrenatural, muitas vezes expressado nos fenômenos da natureza, nos animais e plantas, por exemplo. A fé e a confiança residiam em maior grau nos denominados *combates judiciários*[30], *julgamentos*[31] ou *juízos de Deus*[32] (conhecidos também posteriormente como *ordálias*, já existentes nas mais remotas culturas humanas[33], conforme atestam os registros históricos.

---

[28] Dessa forma, "foram conservados certos poderes especiais ao *pater familias*, assegurando-se-lhe a condição de chefe supremo da mulher, filhos e de certo número de indivíduos livres e de escravos, com direito de vida e morte sobre eles; era o chefe religioso [...]. Em outras palavras: em suas origens, as diferentes civilizações demonstram a ligação entre o direito e a religião, aparecendo assim o direito marcado pelo caráter religioso e mágico" (SOARES, 1977, p. 62-63).

[29] É certo que os tabus correspondem ao "produto direto da formação psíquica do homem selvagem são os tabus que governam o comportamento individual-social. [...] os primeiros sistemas penais da humanidade se ligam ao tabu" (GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: a época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s.d., p. 79).

[30] "Diferiam os processos em que um se iniciava, e o outro não, por *clamor ou querimonia*; um dispensava de regra, nos primeiros tempos, melhores provas e, no outro, o juiz procedia esquadrinhamento a verdade por meio de testemunhas e instrumentos – *per esquisa* – ou decidia pelo combate *judiciário* ou *juízos de Deus*" (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 48-49, grifo do autor).

[31] "As ordálias, conhecidas também como julgamento ou juízo de Deus, destinavam-se à descoberta da verdade através da imposição aos acusados de meios penosos, e até mesmo mortais" (MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978, p. 11).

[32] "Os juizos de Deos constituem meios de prova decididamente formal, obrigando o juiz, embora opponha-se directamente a sua convicção ao resultado, a tomar este por base e motivo decisivo da sentença" (MITTERMAYER, 1871, p. 21).

[33] "El vocábulo 'ordalia' no significa otra cosa que decisión, de modo que os expresivo para designar esas pruebas, de cuyo resultado dependia la suerte del proceso" (RUBIANES, Carlos J. *Manual de derecho procesal penal: teoría general de los procesos penal y civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 14).

O julgador cada vez mais se assegurava às ordálias[34] para atingir seu convencimento. Percebe-se que o vínculo entre a razão da divindade e a álea do grupo sempre foi um traço presente em quase todas as civilizações da antiguidade[35], principalmente no denominado *sistema feudal*. Mais tarde, a introdução do *duelo* como prova divina fora registrada[36].

Com base nas modalidades previstas para as ordálias[37], aparentemente havia uma confusão do que era ou não jurídico. Para assegurar a imposição de regras pré-determinadas, grupos de pessoas funcionavam como verdadeiros conciliadores na tentativa de se evitar o embate social mediante concessões de ambas as partes conflitantes.

Constata-se em todo esse aparato histórico que os grupos sociais, independente da cultura a qual pertenciam, sempre buscaram meios eficientes para aplicar a reprimenda do próprio grupo aos fatos que deveriam ser repugnados, numa clara tentativa de inibir que os mesmos se repetissem. Contudo, não se vislumbra nenhuma forma de racionalidade na avaliação dos meios de defesa

---

[34] "Sob a denominação de *ordálias*, também chamadas *julgamentos* ou *juízos de Deus*, incluiam-se certas provas, rudes, penosas e muitas de caráter mortal, a que eram submetidos os acusados ou os litigantes e das quais deviam estes, por graças ou intervenção divina, sair com vida, incólumes, ou ilesos no caso de serem inocentes, ou de terem de seu lado o bom direito. Encontra-se o regime das ordálias em quase todos os povos antigos da Ásia e da África, e por larguíssimos tempos vigorou ele no mundo, tendo atravessado muitos séculos e penetrado na Europa, em cujos países foi geralmente praticado até fins do século XI" (ALMEIDA, 1973, p. 49, grifo do autor).

A fé e a confiança nas ordálias "*testemunhão em alto gráo varias tendencias para o principio da verdade formal: o que póde ser considerado como uma consequencia da crença enraizada no povo, de que a voz de Deos acaba por descubrir a verdade e auxiliar o bom direito*" (MITTERMAYER, 1871, p. 21, grifo do autor).

[35] O combate judiciário "existiu em quase todos os países da antiguidade e da idade média e vigorou na Europa durante todo o período do feudalismo. Fundava-se na crença de que Deus, sendo infinitamente justo, não permitiria que da luta ou do combate travado entre os dois litigantes saísse vencedor aquele que pleiteava uma pretensão infundada e injusta e vencido aquele de cujo lado estavam o direito e a razão. Tendo sido suprimido por S. Luiz, na França em 1270, foi o combate judiciário muitas vezes anatematizado pelos papas e, afinal, como as ordálias, completamente abolido" (GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1924, v. II, p. 22-27).

[36] "Ao juramento se seguiu o duelo, outra modalidade de prova divina ou juízo de Deus, fundada na crença de que Deus não permitiria saísse vencedor o litigante que pleiteasse uma pretensão injusta" (MORAIS; LOPES, 1978, p. 12).

[37] Para os julgamentos públicos eram previstos até 3 modalidades de provas, quais sejam: "a) *Ordálios unilaterais* [...]; b) *Ordálios bilaterais*: as duas partes desempenhavam aí uma função [...] O tipo de ordálio bilateral mais espalhado na Europa (de resto, pouco) foi o duelo judiciário [...]; c) O *juramento purgatório* é uma espécie de ordálio. O acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar a sua inocência" (GILISSEN, 1995, p. 715-716, grifo do autor).

produzidos na sociedade, confirmando os credos religiosos como lâminas definidoras da vida do acusado[38].

Mergulhando ainda mais no julgamento realizado pelos povos pouco civilizados observa-se que as teorias acerca de uma conduta válida em matéria de prova e julgamento eram formuladas por indivíduos e juízes que em seus entendimentos formulavam o que seria mais adequado para a possível verdade dos fatos[39].

Todavia, não se pode concluir pela total inexistência de uma lógica ou de uma metodologia suficiente capaz de levar o julgador nessa fase da história a entender pela culpabilidade do acusado[40]. Logicamente que não se pode também negar a enorme carga de influência moral, religiosa e política que permeava o sistema de prova de então.

Isso sempre representou relativa segurança para que novas relações sociais fossem estabelecidas até mesmo entre grupos sociais de culturas distintas. Entretanto, não se consegue, na pré-história do direito, identificar um sistema escrito com regras formuladas quanto a qualquer tipo de procedimento claro para analisar fatos, provas e culpabilidade. Sempre certo que, em patamar de destaque, havia a crença nos fenômenos intimamente atrelados à natureza e ao poder simbolizado pelas divindades. Esses elementos não permitiriam que o indivíduo fosse condenado se não fosse clara sua culpabilidade.

---

[38] "Entre os povos primitivos não havia critérios racionais para a demonstração dos fatos, a qual se fazia empiricamente, através das impressões pessoais. Por influência da Religião passaram a ser adotados métodos de apuração da verdade, ainda rudimentares, sempre sob a invocação da proteção divina: as ordálias, o juramento e o duelo" (MORAIS; LOPES, 1978, p. 11).

[39] "No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova. A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou por um fracasso. [...] A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso" (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 61-62).

[40] Observando que nos povos da fase da pré-história do direito, embora houvesse uma aparente confusão em suas regras de julgamento pode-se atestar que "*existe no fundo destas idéas uma especie de logica de instincto dirigindo as suas investigações*" (MITTERMAYER, 1871, p. 21, grifo do autor).

A escrita representou um verdadeiro divisor de águas. Com a sua aparição[41] surgiram os primeiros textos jurídicos em algumas civilizações antigas que detinham riquezas, poder bélico e conhecimento das artes e das ciências primitivas. Com esses documentos escritos, permitiu-se avaliar algumas modalidades procedimentais, dentre elas a forma pela qual poderia ser analisada a culpabilidade do acusado em métodos mais lógicos, estruturais e objetivos, assim como, houve um exemplar desenvolvimento de certos institutos jurídicos na antiguidade.

A pré-história do direito, sobremodo, apóia-se na ausência das convenções de regras escritas, nos cultos a divindades, valoriza os fenômenos naturais, apela à simbologia dos deuses, obrigando o infrator a submeter-se às provações físicas e às intempéries como forma de provar sua inocência ou deixar claro através de suas fraquezas sua culpabilidade, fazendo jus à condenação por seus pares.

1.3 O surgimento das convenções procedimentais nos povos antigos

Uma resposta ao surgimento da escrita como uma convenção basilar entre os grupos da antiguidade é observada através da sua organização cultural e social, fazendo emergir novos mecanismos que influenciaram enormemente os procedimentos de julgamento das infrações e das quebras de regras de conduta nesses meios.

A cultura do povo egípcio é um desses claros pontos de constatação de uma cultura baseada no domínio e no poder exercido pelos faraós, tementes às divindades. No entanto, a título de registro, cumpre observar que nem sempre tal

[41] "À medida que crescem as necessidades, que os negócios se complicam, que as luzes se estendem, a linguagem muda de caráter, torna-se mais apropriada e menos apaixonada, substitui as ideias aos sentimentos, não fala mais ao coração mas à razão. [...] A escrita, que parece ter de fixar a língua, é precisamente o que a altera; ela não muda suas palavras mas seu gênio; ela substitui a exatidão à expressão. Expressam-no os próprios sentimentos ao falar e as próprias ideias quando se escreve. Ao escrever, somos obrigados a tomar todas as palavras na acepção comum, porém aquele que fala varia as acepções através dos tons, determina-os como deseja" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*. Trad.: Fulvia M. L. Moretto. Campinas: UNICAMP, 1998, p. 123-128).

poder foi uma característica única ou constante da estrutura social desse povo e seu sistema jurídico variou muito por quase quarenta séculos[42].

Por viverem os egípcios em sociedade extremamente organizada, sua cultura primária[43] se inclinou pela grande necessidade de dever cívico e, após o advento da escrita, passou a adotar a instrução processual pública em que o julgador se convencia através do que lhe era apresentado sobre os fatos, sendo observada uma ampla movimentação das partes.

A administração da justiça no Egito dessa época era confiada aos sacerdotes[44]. Destaque nessa época para o desenvolvimento dos atos jurídicos inspirados em verdadeiras leis emanadas da sabedoria dos nobres egípcios. Isso significou para a comunidade uma espécie de equilíbrio quando as decisões dos tribunais eram inspiradas em tal ensinamento[45].

O processo no direito egípcio era escrito e cercado de solenidades. O magistrado, geralmente sacerdote por vocação, aferia a culpabilidade do réu submetendo as provas da acusação ao crivo das divindades e aguardava por algum sinal indicativo – geralmente um evento da natureza – para dar seguimento ao feito[46]. Para levar a cabo esse ritual aplicava à risca o procedimento previsto nos regulamentos aprovados por um *Conselho de Legislação*[47].

---

[42] Em regra "a civilização antiga era deísta: todas as coisas, materiais e imateriais, eram atribuídas, em suas fontes e exterioridades, à divindade" (MALCHER, 1980, v. I, p. 24-25).

[43] A alta cultura primária às margens do rio Nilo "consagrava as disposições jurídicas sob forma de presságios ou previsões (de sanção). [...] As penas eram extremamente severas e aplicadas a inúmeras hipóteses [...]. Admitiam-se as ordálias" (BATALHA, Wilson de Sousa Campos. *Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 476).

[44] "Aqui, o princípio dominante era o da purificação da culpa mediante a expiação, e a esta finalidade se podia chegar, nos casos de crimes particularmente graves, através de um procedimento escrito e secreto, pelo qual se apurava a responsabilidade do réu. Aqui também, se quisermos nos referir às modernas definições, encontrar-se-ia em embrião o procedimento inquisitório; e a explicação política do fato é evidente, quando se considere que a Constituição egípcia apresentava um governo absoluto, de inspiração e de domínio sacerdotal" (GRINOVER, 1982, p. 28).

[45] Cf. BARROS, 1969, p. 46-47.

[46] "No processo egípcio adotavam-se como *princípios*: a acusação era tida como dever de todos que tivessem conhecimento do crime; polícia repressiva e a cargo das testemunhas; instrução pública e escrita, desenvolvida nas províncias por um sacerdote que exercia a função de juiz; julgamento secreto e solene" (MALCHER, 1980, v. I, p. 25, grifo do autor).

[47] Cf. GILISSEN, 1995, p. 54.

À linha do desenvolvimento da cultura egípcia, qualquer um poderia queixar-se da ofensa a um direito, a que se seguia uma consulta ao regulamento para denotar quanto à veracidade ou não do fato alegado, vez que se acreditava piamente na justiça vinda do regulamento. Quem julgava o fazia com base nas instruções que recebia para fazê-lo.

Outro período diz respeito à formação do direito cuneiforme, este que é vislumbrado como uma coletânea de direitos relacionados à grande parte dos povos que habitavam a parte oriental do mundo antigo, os quais fizeram o uso das primeiras convenções escritas, através de uma simbologia específica e prática para os fins da época[48].

O direito cuneiforme teve lastro num conjunto de sistemas jurídicos elaborados em distintos momentos históricos e comunidades variadas, representando um verdadeiro marco para os procedimentos judiciais até então. A administração da justiça ficava a cargo dos sacerdotes que detinham legítimo poder de comando nas questões jurisdicionais[49].

O apogeu da consolidação de um sistema jurídico na antiguidade é alcançado com o advento da Codificação de HAMURABI[50] (1728 – 1686 a.C.). Este diploma é considerado um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Junto a esse documento observou-se o desenvolvimento de um sistema de codificação para o registro dos direitos cuneiformes através do agrupamento de

---

[48] Nessa via tem-se o direito cuneiforme como "o conjunto dos direitos da maior parte dos povos do Próximo Oriente da antiguidade que se serviram de um processo de escrita, parcialmente ideográfico, em forma de cunha ou de prego" (GILISSEN, 1995, p. 58).

[49] "No direito egípcio, em face do seu caráter religioso, a Justiça era administrada pelos sacerdotes, escolhidos pelas principais cidades das três regiões em que se dividia. Caso a decisão no âmbito penal fosse condenatória, os considerados culpados eram mantidos na prisão até que o Faraó decidisse qual a punição a ser imposta" (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 13).

[50] "Observe-se, de início, que os 282 artigos do código exumado em Susa, onde foi levado como confisco de guerra pelos cassitas, foram precedidos por um preâmbulo justificante da doação sobrenatural, muito do agrado da poderosa classe de sacerdotes. [...] Desta maneira, justifica-se que os déspotas mesopotâmicos, 2.000 anos antes de CRISTO, usassem tais prolóquios, impelidos pela sua vaidade e pela estrutura teológica de suas leis" (ALTAVILA, 1995, p. 38-39).

textos jurídicos que tiveram uma larga inspiração no instinto social dessas civilizações[51].

Esse compêndio forneceu um indicativo de como os juízes deveriam pautar-se nos seus julgamentos, através de ensinamentos preconcebidos e analisados como as primeiras regras de direito escritas que surgiram numa sociedade organizada. Em matéria de procedimento judicial, um avanço mais significativo foi observado pelo registro de uma expressiva variedade de atos judiciais.

Através do disposto nessa codificação é possível certificar-se da existência de uma prática judicial que analisava a culpabilidade do infrator pelo lastro das provas apresentadas perante o sacerdote-juiz. Cabia a quem alegasse o fato o ônus de prová-lo publicamente perante o conselho de juízes. Em seu contexto era previsto um eficiente sistema de nulidades de atos procedimentais que incidia sobre toda atividade que não seguisse o previsto nas escrituras que compunham o corpo dessa legislação.

Para realizar uma análise segura quanto à culpabilidade do réu, o Código de HAMURABI previa uma categórica demonstração prática dos fatos, sendo a qualidade da prova associada a um sacrifício físico, um verdadeiro desafio a ser ultrapassado por aquele que se defendia de uma acusação formalmente realizada diante do conselho de magistrados.

Enfrentar a adversidade imposta pelo desafio e sair ileso (ou pelo menos vivo) possuía um determinado significado. Caso contrário, denotar-se-ia outra possibilidade, fato esse que gerava apreensão naqueles que enfrentavam a sorte desse verdadeiro jogo para alcançar-se a justiça, provando ou não serem merecedores da absolvição pelo fato que lhes era imputado.

---

[51] "O Código de HAMURABI (rei da Babilônia) organiza a sociedade babilônica com base na propriedade privada, em uma ordem hierárquica de base feudal e trata o crime de tal forma, que por ele se percebe uma cultura solidamente disciplinada. Todos os atos do processo nele são escritos e tudo é nulo se praticado sem o auxílio da escritura. Suas penas vão da morte a sanções patrimoniais que envolvem o pagamento do dano causado ou a perda de propriedade" (MALCHER, 1980, v. I, p. 23-24).

Avaliar a procedência da acusação que pesava contra o infrator era, então, um trabalho que dependia do resultado de um esforço físico ou de uma indicação sobrenatural, mais ligada ao que poderia fazer a quem se atribuía o fato, do que a este propriamente dito. Como regra formal instituída nas escrituras, os atos judiciais eram realizados durante as manhãs – porque era necessário que houvesse a inspiração da luz solar – e tinham início com a pauta de juramentos e admoestações quanto aos testemunhos falsos[52].

O juiz simplesmente aguardava o resultado da provação para indicar com base na lei, o que era ou não de direito e, também, quando o infrator deveria ou não seguir para um julgamento. Eram os preliminares e históricos traços de um mecanismo que servia como um verdadeiro filtro de análise da culpabilidade do infrator diante dos fatos postos em juízo.

Também nesse momento histórico ganhou relevo a cultura hebraica, advinda de um povo nômade, comumente perseguido por comunidades maiores e que possuía a figura de um chefe que exercia liderança inquestionável. Instalado o reino de DAVI (1029-960 a.C.) e de seu filho SALOMÃO (960-935 a.C.), a cultura hebraica alçou seu ápice como cultura secundária, estabelecendo uma nova sistemática de regras e costumes para os procedimentos criminais[53].

O sistema jurídico hebreu deixou um grande legado para a concepção de vários modelos jurídicos na Idade Média. Os fundamentos do referido sistema estiveram sempre calcados na religião monoteísta, tendo por preceito que o direito foi dado por Deus ao homem[54], estabelecendo-se uma aliança real, única, insubstituível e eterna, devendo cada qual observância ao seu jugo, sob pena de ser banido da comunidade ou de sofrer severas retaliações.

---

[52] Em irreparável lição de análise desse momento histórico, destaque para o fato de que "o direito é, pois, *uma combinação de força e de justiça*; e daí que em seu símbolo se encontre a espada ao lado da balança" (CARNELUTTI, *Como nasce o direito [...]*, 2001, p. 21, grifo do autor).

[53] Cf. BATALHA, 1981, p. 483.

[54] Eram considerados os hebreus como "povo extraordinário que conservou sua história toda contida na Bíblia (Antigo Testamento) e suas instituições e crença até nossos dias, através de todas as perseguições, que a ignorância e o desamor dos povos sobre eles derramaram através dos tempos" (MALCHER, 1980, v. I, p. 25).

Nesse contexto destacou-se a imutabilidade das regras jurídicas que eram interpretadas e adaptadas pelos rabinos[55], para harmonizá-las ao desenvolvimento social emergente sem, contudo, alterar sua essência. A Bíblia foi a principal fonte do direito hebraico[56].

É do seu conteúdo que sobressalta o entendimento de ser o direito emanado de Deus. Havia também a doutrina preparada pelos escribas. Do texto bíblico estes extraíam as regras sociais e de comportamento, associando o ilícito ao pecado[57]. Observa-se um misto entre as regras jurídicas, as morais e as religiosas.

Os ensinamentos bíblicos regem que Deus é o mediador de todas as causas. Boa parte dos textos inspiradores do sistema jurídico hebraico encontra-se no *Pentateuco*[58], ou seja, os cinco primeiros livros bíblicos (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), com destaque para: o *Decálogo* (os dez Mandamentos ditados a Moisés), o *Código da Aliança* (Livro de Êxodo) e o *Código Sacerdotal* (Lei da Santidade contida no Livro de Levítico)[59].

Na seara do processo hebraico pode ser arregimentada uma significativa variedade de regras, das quais têm destaque: a acusação deveria ser suportada por mais do que uma testemunha para dar início a um procedimento judicial; a confissão

---

[55] Cf. GILISSEN, 1995, p. 66.

[56] "Entre os hebreus, o direito igualmente confundia-se com a religião. As fontes desse direito estão inseridas nos cinco livros da Bíblia, que contém a LEI revelada por Deus aos israelitas. [...] (Êxodo, n. 21). [...] As tábuas da lei, guardadas na arca da Aliança, demonstravam de forma visível o pacto entre Deus e o seu povo [...]. Não obstante esse fundo religioso, na própria Bíblia observa-se uma evolução das práticas penais, desde a primitiva vingança, até as formas mais apuradas, que serviram de base para legislações futuras" (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 16-17).

[57] "São de uso, também, entre os hebreus, os ordálios [...]. Insinua-se, no entanto, o formalismo na adoção do princípio mais tarde latinizado na fórmula *testis unus, testis nullus*, hoje fortemente desprestigiada, mesmo na doutrina conservadora" (BAPTISTA, 2001, p. 46-47).

[58] "O conteúdo geral do Pentateuco é uma história que vai da criação do mundo ate a morte de Moisés; é uma história fragmentária, que se concentra cada vez mais no povo de Israel" (DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DA BÍBLIA. Adrianus Van Den Born (org.). Trad.: Frederico Stein. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 1179).

[59] "O Pentateuco foi um dos códigos fundamentais da humanidade [...] O Deuteronômio, ou Segunda Lei é uma parte distinta do corpo legislativo de MOISÉS, pois foge às narrações e fixa-se propriamente em dispositivos concretos e basilares. Seus versículos revelam uma orientação mais legal e menos doutrinária, explicando-se nele todas as aspirações e todos os deveres promulgados pelo seu autorizado legislador. Depois dele, somente uma lei, sucinta e eterna, lhe foi superior. Somente uma lei, voraz e sintetizante, superou a sua grandiosidade messiânica: – O Sermão da Montanha, que é a página mais bela e mais tocante da pregação do Mestre divino da Galiléia" (ALTAVILA, 1995, p. 20-21).

isoladamente não era suficiente para uma condenação; os debates eram públicos, mas o julgamento era secreto; a prisão em flagrante era modalidade largamente adotada, evitando-se a prisão preventiva[60].

O uso das leis recebidas por MOISÉS nos costumes primitivos de Roma, entre os gauleses e entre os eslavos, projetou um direito para além das fronteiras do mundo antigo, baseado em profundas convicções religiosas e jurídicas, capaz de assimilação e de prosseguimento[61].

Era MOISÉS, antes de um patriarca, um ícone e exemplo para um povo desgastado pela imposição de dominantes. Em boa parte dos manuscritos dessa época, há de se ressaltar, verifica-se que toda a autoridade constituída pelos homens deveria ser respeitada como fundamento da disciplina religiosa e da crença na igualdade dos seres humanos. Essa cultura foi marcada pela rígida doutrina social que submetia qualquer juízo às regras religiosas. Introduziu-se a *monolatria universal*[62].

Não há referências expressas à existência do processo escrito ou crença na utilização da prova mediante o sacrifício físico. O comportamento social manteve-se submisso aos ensinamentos religiosos. Atrelava-se o fato diante do que preconizava a doutrina divina. Houve o imperativo do princípio da imparcialidade do magistrado, muito embora essa autoridade tivesse a permissão para investigar e colher a prova que interessasse ao procedimento.

A prova testemunhal no caso de incriminação de um homem, somente era admitida quando realizada por duas ou mais pessoas, portanto, sem nenhum valor uma única testemunha (Livro de Deuteronômio, Capítulo XIX, Versículo 15). Em

---

[60] Quanto aos ditames do processo hebraico "deveríamos enquadrá-los no acusatório: com efeito, o ofendido apresentava-se perante a assembléia, para expor suas razões, em contraditório com o réu, previamente citado para comparecer. O juízo desenvolvia-se sob forma pública e oral e era presidido pela assembléia, que se reunia nos dias de mercado público, às portas da cidade: limitava-se ela a proclamar o julgamento final, sem jamais desenvolver qualquer atividade complementar de investigação de provas, porque a colheita destas era tarefa, respectivamente, do acusador e do acusado" (GRINOVER, 1982, p. 27-28).

[61] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 25.

[62] "ABRAÃO e MOISÉS não se apresentam como fundadores de religião, mas como guias do povo eleito aos caminhos de um só Deus, omnipotente e omnipresente" (BATALHA, 1981, p. 484).

algumas passagens isoladas, percebe-se que a responsabilidade por um determinado fato poderia ser provada com a caracterização do objeto que deu azo ao fato (dimensões e posição do objeto na cena onde ocorrera o sinistro, entre outros aspectos).

O que se segue na cultura hebraica é a ligação da prova da culpabilidade do infrator à realização de algum preceito escrito nas leis de inspiração divina. Em regra, cabia ao magistrado a análise do conteúdo da acusação formulada frente ao disposto nas citadas regulamentações.

O controle da admissibilidade acusatória previa além da participação do magistrado a participação popular[63] em ocasiões específicas. Quando houvesse a expectativa da condenação à morte do réu alguém do povo poderia interceder alegando sua inocência. Assim ocorrendo, a acusação era novamente submetida à análise ante as provas produzidas e, uma vez sendo admitida, outro julgamento deveria ocorrer perante o público[64].

Após tal análise era emitida uma decisão que determinava se o acusado deveria seguir para um julgamento popular ou se seria submetido à nova avaliação perante um conselho eclesiástico. A natureza de tal decisão firma histórico na cultura jurídica hebraica, sendo um dos precedentes do controle da admissibilidade acusatória e do envio do infrator para um julgamento diante de um tribunal.

Nota-se que o direito hebraico (sedimentado em profundas convicções religiosas e jurídicas, dado o temor declarado a Deus e a certeza de haver uma terra prometida e de ser um povo escolhido) propiciou uma decisiva influência no direito ocidental hodierno que, por sua vez, manteve vivos alguns dos legados dessa

---

[63] "A participação popular nos julgamentos criminais tem sido preconizada como a melhor das formas de estruturação da justiça penal. De início, razões de ordem política serviam de base aos argumentos de seus pregoeiros e adeptos. Ao depois, motivos sentimentais, fantasiados com a indumentária da política criminal, foram desenvolvidos e expostos para justificar a magistratura popular" (MARQUES, José Frederico. *O Júri no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 45).

[64] Qualquer pessoa do povo poderia "afirmar a inocência do condenado declarando 'esse homem é um justo', e o julgamento era renovado" (MALCHER, 1980, v. I, p. 26).

sociedade que se tornou o berço de um sistema jurídico pautado no castigo divino como forma sancionadora aos fatos considerados ilícitos.

1.4 A contribuição da cultura jurídica grega

Um dos pontos de maior relevo no seio da civilização grega está na grandiosa casta de pensadores, filósofos, músicos, astrônomos, matemáticos e físicos, dentre outros, que produziu[65]. No entanto, carente foi de pessoas que desenvolvessem um sistema jurídico peculiar a sua cultura. Registra-se a significativa incorporação, dentro de sua cultura jurídica, das normas advindas de outros povos e sociedades da época.

Amantes das artes e da natureza, os gregos foram os pioneiros na elaboração de uma ciência política que pauta boa parte da cultura ocidental hodierna. Segundo os pesquisadores e historiadores o direito grego é difícil de ser caracterizado. A razão remonta ao fato de que, na antiguidade, houve um grande desenvolvimento urbano nas cidades gregas e cada qual adotou uma considerável variedade de sistemas de direito[66].

Em relação à legislação, por exemplo, é possível assegurar que as normas de composição do sistema jurídico grego oscilaram de cidade para cidade, não sendo possível, ao menos em seus primórdios, observar a aplicação de uma única legislação para todos os gregos. Esse foi um dos traços diferenciadores[67] desse sistema para o direito romano, este que possuía raiz única e compacta dividindo as regras jurídicas em matérias específicas.

---

[65] "Antes dos gregos e dos romanos não há que se falar em direito abrangente, cuidando de todos os aspectos da vida social, mas de um direito regulador da sociedade, porém destinado aos governados em suas inter-relações ou nas relações com o Estado, colocando, todavia, à margem da subordinação jurídica os detentores do poder" (BASTOS; MARTINS, 1989, v. 1, p. 47).

[66] Cf. GILISSEN, 1995, p. 73.

[67] Na esteira desse pensamento há que se assegurar que "o Direito grego e o romano diferem essencialmente [...]. O Direito grego jamais existiu como unidade [...]. Por isso não se constituiu uma Ciência do Direito em língua grega" (BATALHA, 1981, p. 492-493).

Certa era a organização judiciária grega dividida em quatro jurisdições,[68] quais sejam: a Assembleia do Povo (intervinha no julgamento dos crimes políticos mais graves); o Areópago (composto por juízes que conheciam inicialmente todos os delitos); o Tribunal de Efetas (conhecia somente dos homicídios premeditados); e o Tribunal dos Heliastas (jurisdição comum dos atenienses que se reuniam na praça pública e sob o sol)[69].

Em sua essência, no processo penal grego observou-se a predominância do sistema acusatório. Destarte, nas jurisdições gregas ofertaram-se amplos poderes ao julgador para decidir a causa. O procedimento era oral, público, contraditório[70] e o juramento era uma forma do acusado comprometer-se, perante as divindades e a sociedade, a colacionar provas consistentes com a verdade por ele alegada[71].

A acusação trazida perante o magistrado era debatida entre as partes, com extensa produção de provas para, ao final, ser tomada uma decisão que avaliava o

---

[68] "En la democracia ateniense, la jurisdicción estaba atribuída a distintos tribunales. La *Asamblea del Pueblo* no era específicamente un tribunal, porque resolvia las cuestiones importantes que interesasen al Estado, estando formada por todos los ciudadanos que se reunían para deliberarlas y votarlas. [...] También formada por ciudadanos actuaba una suerte de Asamblea de Justicia, llamada *Heliea*, o tribunal de los *Heliastas*, formada por 6.000 ciudadanos elegidos anualmente por sorteo. [...] Cuando habián terminado, los jueces, sin deliberar entre ellos, votaban, depositando en una urna piedrecitas blancas o negras. [...] el *Areópago* era un tribunal formado por antiguos arcontes, de número variable, y también su competência. [...] Su procedimiento tenía un sentido misterioso, para impressionar a los ciudadanos, y limitaban la exposición de las partes a las cuestiones de hecho, votando en secreto. Otro tribunal con competencia criminal era el de los *Éfetas*, de 51 miembros, elegidos anualmente por sorteo, entre los miembros del Senado, que entendía en los casos de homicidio simples, no premeditado, y también en homicidios involuntários" (RUBIANES, 1978, p. 1-2, grifo do autor).

[69] "O primeiro Tribunal grego foi o *Aerópago*, composto de até 51 juízes, que, nos primeiros tempos, era competente para julgar todos os crimes [...]. O *Tribunal dos Heliastas* exercia a jurisdição em Atenas e era um Tribunal eminentemente popular [...]. Seu nome (heliastas) derivou de reunirem-se sob o Sol, em praça pública. Eles representavam o povo. O *Tribunal dos Efetas* era constituído por 51 juízes, escolhidos dentre os Senadores, e tinha competência para conhecer, apenas, dos homicídios não premeditados" (MALCHER, 1980, v. I, p. 26, grifo do autor).

Cf. BARROS, 1969, p. 47-48.

[70] Cf. GRINOVER, 1982, p. 28.

[71] "La característica del proceso em Grecia consistía en que era sobre la base de acción, predominando, por tanto, el sistema acusatorio. [...] La búsqueda de pruebas debía realizarla quien deducía la acción, de modo que aun en caso de delitos la instrucción era privada, y no oficial, dándose así, en este aspecto, un puro sistema dispositivo, distinto del sistema actual. [...] El proceso, en su lenguaje, era oral y además público, rigiendo los principios de unidad de vista, immediación, concentración, única instancia y tribunales colegiados. Los jueces eran ciudadanos, y por tanto, no eran técnicos, sino antes bien una suerte de jurados populares" (RUBIANES, 1978, p. 2-3).

"A tortura era utilizada geralmente para os escravos, porquanto não podiam eles, por sua condição, prestar juramento, entendendo-se, assim, possível dar um crédito de verdade a seus depoimentos, através da tortura; e é necessário sublinhar a presença desse meio de prova entre os atenienses, para refutar o entendimento bastante corrente pelo qual a tortura teria nascido com o sistema inquisitório" (GRINOVER, 1982, p. 29).

conteúdo dos debates atestando a respeito da culpabilidade do réu para que fosse encaminhado a um juízo de mérito ou simplesmente para que fosse absolvido por falta de justa causa para o alegado. Em caso de absolvição sumária do réu era submetido a julgamento o acusador por ter sustentado uma infundada ou temerária acusação em juízo[72].

Admitida a acusação formulada era designada a data do julgamento, esta que geralmente não era superior a 30 (trinta) dias a contar do recebimento da acusação. No referido intervalo de tempo era permitida a juntada de novas provas para melhor instruir o julgamento. Nesta sessão o acusador expunha a imputação à medida que as testemunhas eram ouvidas. Após a manifestação da defesa os magistrados votavam sob a luz solar.

A votação do conselho de magistrados ocorria em dois estágios. No primeiro deles decidia-se acerca da viabilidade acusatória e a culpabilidade do réu. Sendo aceita a imputação e determinada a responsabilidade do réu encerrava-se a primeira fase do julgamento. Por fim, nova votação decidia quanto à sanção penal que deveria ser aplicada ao acusado[73].

A tônica dos julgamentos e da aplicação da pena nessa fase da formação do sistema jurídico grego[74] residia no sentimento de vingança, tolerando-se a utilização da tortura como uma eficiente forma de busca da verdade. A sentença era obtida pela maioria dos votos dos julgadores e quase sempre era imutável, uma vez que

---

[72] Na metodologia grega "o processo judicial ateniense compreendia um excurso probatório, mas, sobre ele, parece muito menos se debruçarem os julgadores que sobre a argumentação das partes. [...] Na Defesa que PLATÃO atribui a SÓCRATES, empenha-se este mais intensamente em desqualificar as acusações de ANITO, MELETO e LICÃO, como imputadoras de verdadeiros delitos [...], do que em contestar-lhes a veracidade, ou invocar fatos que as desarticulassem" (BAPTISTA, 2001, p. 49).

[73] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 27.
Cf. BARROS, 1969, p. 47-48.

[74] "O juízo se realizava oral e publicamente, existindo atos preliminares com formas mais amplas. [...] o acusador [...] oferecia as provas e prestava juramento ou caução de que continuaria acusando até a sentença. Assim, ficaria assegurada a sua responsabilidade. [...] A acusação era fixada no pretório, enquanto o acusador era encarregado de reunir as provas a seu cargo. [...] Designado o dia para o julgamento, os cidadãos se reuniam sob a direção de um *Tesmoteta*. O debate e a sentença eram públicos. [...] A tortura que inicialmente fôra empregada aos escravos [...] tornou-se um meio de prova comum, aplicável também aos homens livres, o mesmo acontecendo com as 'ordálias'. Assim, o processo era dominado pelas partes, tomando os juízes a posição passiva" (BARROS, 1969, p. 50, grifo do autor).

advinha da maioria absoluta e soberana dos julgadores, estes, representantes de uma sociedade atuante que tinha na atividade política uma robusta característica diferenciadora das outras civilizações.

Teve vigência entre os gregos um sistema jurídico estribado em bases religiosas para a aplicação da expiação[75]. Sob essa influência[76] criam que a fonte do direito era substancialmente a lei, uma forma de limitação do poder da autoridade, o qual era parametrizado pela liberdade política existente à época. Quase sempre empregados e escravos eram culpados em matéria penal.

O direito consuetudinário também ganhava terreno entre os gregos. Nesse sentido foram agraciadas com destaque as doutrinas de SÓCRATES (469-399 a.C.), PLATÃO (427-347 a.C.) e ARISTÓTELES (384-322 a.C.), verdadeiros pensadores políticos que influenciaram o desenvolvimento e a consolidação do sistema democrático através de suas obras[77].

1.5 A formação do sistema jurídico romano

A cultura romana[78] erigiu-se de um povo de modestas origens, que se desenvolveu internamente em camadas sociais e externamente dominando outros povos. Os romanos criaram notáveis instituições de domínio e de governo, construíram um Império considerável que abrangia os povos mais diversos sob o

---

[75] "O fundo religioso na aplicação das sanções penais também se verificou no direito da Grécia Antiga. [...] Aquele que violava as normas impostas ficava exposto à ordália ou juízo de Deus. [...] Posteriormente, entres os séculos VII e VI a.C., com o desenvolvimento do pensamento político, houve uma debilitação da ideia teocrática do Estado, o que ocasionou a necessidade de leis escritas, cuja principal fonte foi o Código de Dracon, de 621 a.C." (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 20).

[76] "A religião fazia de cada cidade um corpo que não podia agregar-se a nenhum outro: a lei da cidade era o isolamento. [...] O Direito da Grécia jamais atingiu o esplendor romano e jamais se reuniu em um todo harmônico, permanecendo disperso" (BATALHA, 1981, p. 494).

[77] Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito: filosofia, história e ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 502.

[78] "O mundo romano era constituído por várias camadas sociais, cujos *status* político se foi modificando com o decorrer dos tempos: os patrícios, os plebeus, os peregrinos e os escravos" (BATALHA, 1981, p. 495).

ponto de vista racial e cultural[79] para, posteriormente, entrar em decadência e sucumbir ao domínio bárbaro. É a consolidação do sistema romano-germânico[80].

Por sofrerem inúmeras influências de natureza política, social, militar e econômica, as instituições romanas assumiram várias feições e moldaram-se dinamicamente de acordo com o sistema político predominante (monárquico, republicano ou imperial) e, ainda, devido aos influxos cristãos e bárbaros. Como não poderia ser diferente, o direito também sofreu alterações significativas em cada um desses períodos da vida romana.

O legado romano[81] foi mais atrelado à prática do que ao âmbito teórico[82], muito embora sejam os jurisconsultos romanos considerados os pioneiros nos trabalhos de criação e sistematização de seus regramentos jurídicos[83]. Na assertiva de que o "*Direito romano foi o Direito do caso e do momento*"[84], observa-se a crítica à vigência dos aspectos jurídicos em Roma[85].

---

[79] "A grandeza de Roma não constituiu em doutrina o Direito, mas em vivê-lo. Não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procure de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não-jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem clara e bem consciente de sua especificidade. [...] é em Roma que a consciência da jurisdição aparece de maneira clara e concreta, por estar vinculada cada vez mais a um sistema objetivo de regras de competência e de conduta" (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 145-146).

[80] "A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico" (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 31).

"O Direito em Roma foi uma consagração da força e do poder do Estado, uma instituição eminentemente social onde a consideração da *res publica* sobrepujava a todas as outras; e que entre os germanos elle foi uma emanação da *selbsthulfe*; um simples reconhecimento legal das faculdades e prerrogativas do individuo" (MARTINS JUNIOR. *História do Direito Nacional*. 2. ed. Recife: Cooperativa Editora e Cultura Intelectual, 1941, p. 28, grifo do autor).

[81] "Por que forão os Romanos tantos Seculos o Povo mais poderoso do Universo? Por que forão os mais habeis na Sciencia do Governo, e da Legislação" (AIGNAN, Mr. *Historia do Jury*. Trasladada em vulgar por J. G. L. Rio de Janeiro: Typographia de Silva Porto e Comp., 1824, p. 24).

[82] "Os jurisconsultos romanos, de acordo com seu espírito prático, não expuseram nada de notável, como teoria, relativamente ao direito de punir. No terreno da prática penal, porém, muito de útil nos legaram, apesar de no Direito Penal não haverem atingido a perfeição que alcançaram no direito privado" (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 96).

[83] "Ainda no período clássico e ao tempo das *legis actiones*, já se firmara o princípio da distribuição do ônus da prova, sintetizado em célebre axioma por Paulo [...], bem como a precedência da prova documental, oriunda de levantamentos ou registros públicos, em relação à prova testemunhal" (BAPTISTA, 2001, p. 50).

[84] Cf. BATALHA, 1981, p. 497.

[85] A expressão *direito romano* significava também o "*conjunto de regras jurídicas que vigoraram no império romano durante cerca de 12 séculos* [...] *um ramo apenas daquele direito* [...] as regras jurídicas consubstanciadas no *Corpus Juris Civilis*" (CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 23. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8-9, grifo do autor).

O enorme patrimônio cultural não só foi difundido, conservado, aproveitado e, até certo ponto, adaptado e ampliado pelo senso prático dos romanos, mas, sobretudo, transmitido às nações e Estados que sucederam à desintegração do Império Romano do Ocidente e que foram constituindo o germe de uma nova civilização – a Ocidental[86]. Dada sua relevância boa parte da literatura histórica divide o estudo da sociedade romana em fases ou períodos históricos.

Dessa forma, as instituições romanas são compreendidas adequadamente quando analisadas nos seguintes períodos: a *Realeza* – de 750 a.C. a 509 a.C.; a *República* – de 509 a.C. a 27 a.C.; e o *Império* – Alto Império, Baixo Império e o Império Bizantino. Conseguintemente, cada uma dessas fases apresenta características peculiares para o processo penal romano[87].

Antes do advento da escrita, os casos que eram colocados para a apreciação dos magistrados revestiam-se da abstração e pura oralidade. Os julgamentos eram orientados pela invocação do sobrenatural, expondo o réu à sorte dos caprichos da natureza.

Firmando-se a escrita e a utilização de variadas formas de comunicação a linguagem utilizada nos procedimentos judiciais romanos foi padronizada e, como consequência, tornou-se possível a elaboração de regulamentos para orientar as várias formas de processo[88].

Com a valorização das formas escritas em detrimento das formas orais, o processo penal romano foi concebido em dois moldes principais, quais sejam: o

---

[86] Cf. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27.

[87] "O primitivo processo romano era demasiado rigoroso, formalista e lento. Dava mais realce e importância ao rito, à solenidade e à maneira de praticar os atos processuais que à finalidade deles. A lei prescrevia alguns tipos de procedimento a que chamava *ações* e os descrevia com luxo de minúcias. O processo tinha duas fases: *in iure* e *in iudicio*. Na primeira, as partes compareciam diante de um magistrado, o pretor (*praetor*), expunham-lhe o objeto da controvérsia e deduziam as respectivas pretensões" (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, v. I, p. 48, grifo do autor).

[88] "Asimismo, se va trasformando el lenguage del proceso acusatorio, tanto que en un momento dado, en Itália, se reconocen una serie de actos procesales en los cuales predomina la escritura, que sustituye a la antigua oralidad romana y germana. El proceso se iniciaba com la acusación escrita, procediéndose luego a la citación del acusado, la que también era por escrito" (RUBIANES, 1978, p. 19).

processo penal privado e o público. No que tange ao direito privado, um órgão do Estado era posto como árbitro entre as partes, julgando a contenda iniciada pelo particular ofendido[89].

Na esfera do direito público, por seu turno, o Estado era quem exercia a própria função da defesa da sociedade, funcionando como um verdadeiro substituto processual[90]. E assim ficou estabelecido o funcionamento dos dois grandes ramos de jurisdição do processo junto aos romanos[91].

Adentrando ao campo procedimental, tem-se que a natureza do processo penal romano era a acusatória, orientando a análise da culpabilidade do acusado pela valoração da intitulada prova legal, uma espécie de modalidade admitida em juízo que recebia um determinado valor ofertado pelo legislador[92]. A prova legal para efeito de demonstrar a culpabilidade do acusado diante do conselho de magistrados era a modalidade admitida para o processo penal público (*cognitio* e *accusatio*)[93].

---

[89] Outrossim, "o poder jurisdicional no Direito Romano era exercido pelo Estado de duas formas: como árbitro entre os litigantes; ou como sujeito do poder de punir no interesse social. Disso resultam as duas principais características do processo penal romano: o processo penal privado e o processo penal público. [...] O Processo Penal Público se caracterizava pela função do órgão jurisdicional, que não ficava adstrito ao resultado do contraditório formado pelas partes, podendo tomar a iniciativa para as necessárias averiguações de cada caso" (BARROS, 1969, p. 50-51).
Cf. DAVID, 1996, p. 67.
"En el privado, era una suerte de árbitro entre los litigantes, semejante al proceso civil, mientras que en el público actuaba como titular de la potestad de castigar, en interes social" (RUBIANES, 1978, p. 10).

[90] "Êsse tipo de processo tinha duas formas: a *cognitio* e a *accustio*. A primeira, mais antiga, perdurou até os últimos tempos da República, época em que passou a dominar o *acusatório*. O processo penal romano não conheceu, pelo menos até a República, a iniciativa da ação penal pelo magistrado" (BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 217, grifo do autor).

[91] Os romanos "dividião todas as suas Causas em particulares e publicas. As primeiras subdividião-se em Causas cíveis, julgadas, segundo os Casos, pelo Pretor, ou pelos Centumviros; e em Causas ordinarias, em as quais o socego do estado não era directamente comprometido. Estas erão sentenciadas pelo Triumviros, ou só pelo Pretor [...] As segundas, chamadas Capitais, ou publicas abrangião tanto aquellas em que se ventilava hum grande crime publico, ou privado, cuja pena infligia quebra no estado, e condição de Cidadão Romano; como aquellas em que só se questionava sobre os requisitos, que constituião essa condição" (AIGNAN, 1824, p. 26-27).

[92] Dessume-se que "la *cognitio*, en la que toda función procesal estaba encomendada a órganos del Estado (magistrados); [...] la *accusatio*, en la que la parte del acusador en interés público era asumida de cuando en cuando espontáneamente por un ciudadano privado" (MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, tomo I, p. 5).

[93] Acerca das etapas do processo penal público, assenta-se dois momentos distintos, quais sejam: "a) *Cognitio*. El magistrado tenía los más amplios poderes, sin conocerse que estuviera sujeto a formalidades. Tanto el interrogatorio del imputado, como la producción de pruebas, e incluso su detención preventiva, quedaban libradas al arbitrio del magistrado. [...] b) *Accusatio*. Este sistema, que surgió en el último siglo de la República, atribuía la jurisdicción a un jurado popular, que se constituía para cada proceso, de modo que los jueces (*iudices*) no eran permanentes" (RUBIANES, 1978, p. 10-11).

No Direito Romano reinava como um dos principais axiomas o que diz respeito a ser incumbido de provar o fato aquele que, primeiramente, dirigia-se ao juízo, mantendo o restante do procedimento inalterado conforme estabelecido desde os primórdios dessa civilização[94]. No entanto, somente na Idade Média[95], introduziu-se no ordenamento romano a metodologia pela qual o magistrado exercia o livre arbítrio nas questões relacionadas à prova, podendo inclusive negar o direito à instrução probatória.

Todavia, quando da adoção do sistema racional de provas, por volta dos séculos XII e XIII, a produção da prova no processo penal romano foi delegada primeiramente ao tribunal para, em estágio posterior, ingressar na responsabilidade das partes, estas que deveriam produzir a prova para sustentar ou refutar a acusação elaborada em juízo.

Somente a partir do século XIII houve o assentamento do princípio do ônus da prova para o autor da alegação. Elaborou-se nesse período a intitulada *Teoria clássica* do *ônus da prova*, esta que atribui o ônus da prova à parte que alegava a existência ou inexistência de um fato do qual se pretendia inferir uma relação de direito, legado que persiste em boa parte dos sistemas jurídicos ocidentais hodiernos[96].

---

[94] "Ao Pretor, ou ao seo Supplente pertencia a direcção da Causa, não como Juiz, sim como Magistrado. Nos casos de flagrante delicto a accusação pertencia ao Ministerio publico, e então era redigida pelos Triumviros, que tinhão arrestado o delinquente. Em todos os outros casos porém era exhibida pelo aggravado, e em seu nome, com a assistencia de trres *Paranimphos*. Em dia de audiencia subia o accusador á tribuna das orações com vênia do Magistrado, e atempava o accusado a comparecer ante o Pretor, o qual segundo a naturesa da Causa podia espaçar mais essa assignação tanto para o preparatório da accusação, como da deffeza. [...] O acto da accusação, que de ordinário era redigido por hum Jurisconsulto, devia mencionar a Ley, que authorizava a autuação do accusado; ou em outros termos, devia especificar o crime imputado, e sobre o qual havia exclusivamente assentar o debate, e a pronuncia. [...] Offerecido como acabamos de ver o libello, ou queixa, proferia o Pretor o seo despacho, ou recusando-o (*interdictum*) ou aceitando-o (*actio*). No segundo caso, dirigia elle, ou distribuia ao seo Questor (o que era mais frequente) a instrucção da Causa" (AIGNAN, 1824, p. 27-28).

[95] "Pelo espírito do Cristianismo, que (com o 'sermão da montanha') impunha a preferência do perdão ao ódio, o direito canônico opôs-se à vindicta privada com a *trégua de Deus e o direito de asilo*, à atrocidade das penas [...], ao processo das ordálias" (FERRI, 1988, p. 39, grifo do autor).

[96] Assegura-se que "el proceso penal romano alcanza un alto grado de desarrollo y elabora elementos de los cuales algunos son hoy todavía patrimonio del proceso penal [...]; baste aquí con recordar la materia de las pruebas en alguna de las cuales el proceso romano se presenta como modelo insuperable de finura jurídica y psicológica, y el hecho de representar este proceso el tipo del acusatorio" (FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, [1934?], p. 28).

1.5.1 As formas processuais na fase da Realeza

Ao tempo dos reis a jurisdição pertencia ao monarca que geralmente era um sacerdote. Não havia especificamente leis penais e regulamentos para o julgamento dos civis. Logo, a estes eram aplicadas as leis de guerra, concebidas para o processamento dos militares e dos capturados de guerra. Daí se cogitar nesse estágio da história romana de uma jurisdição única, régia e militarizada[97].

Na Realeza romana as soluções para as lides apresentadas em juízo se revestiam de *soluções de direito* (*ius dare*), presumidas como inspirações divinas[98]. Assim, à primeira vista, tal metodologia sugeriu um enfraquecimento das vias democráticas[99]. Ainda nessa fase da vida romana o interesse particular teria que ser sucumbido ao interesse da comunidade, como forma de garantir respaldo para uma acusação formulada perante o rei. Na Realeza eram priorizados os debates sobre as questões estatais e também os temas que envolviam os confrontos militarizados.

Nesse aspecto observa-se que houve inevitável confusão entre direito e religião[100], misturando-se procedimentos, meios de prova e formas de julgamento. Além disso, também pode ser notado nesse período que tão somente os cidadãos romanos gozavam dos direitos estabelecidos, sendo excluídos destes, portanto, os estrangeiros. E essa cisão entre os cidadãos e os estrangeiros é observada também como uma das grandes peculiaridades do pensamento romano.

---

[97] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 27.

[98] Cf. GILISSEN, 1995, p. 81.

[99] "O processo no tempo da realeza é desconhecido: ora o rei julgava só, ora com o senado, e ora delegava a jurisdicção a duuviros e questores, mas ainda se ignora a fórma e marcha do processo, e nem mesmo se sabe, se a appellação para o povo era uma excepção á regra, concedida em certos casos, ou se era regra geral. Depois de estabelecida a republica, a lei Valeria, dentro dos limites de Roma, deu aos comicios a jurisdicção suprema, e elles decidião em ultima instancia de todos os processos; e fora desses limites o consul reassumia todo o *imperium*" (MITTERMAYER, 1871, p. 22).

[100] É de se observar nessa época da vida romana que "os reis são também sacerdotes, com amplo poder de vida e de morte sobre os autores dos crimes, estando o direito (*jus*) e a religião (*fas*) confundidos. O transgressor é considerado execrável ou maldito (*sacer esto*), sujeito à vingança dos deuses ou de qualquer pessoa, que poderia matá-lo impunemente. São assim punidos, entre outros fatos, a violação de leis e pessoas sagradas (*leges sacratae*), a fraude entre patronos e clientes, a violação de marcos divisórios etc." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 26).

No processo penal era o próprio monarca que analisava a viabilidade acusatória e decidia quanto ao encaminhamento do acusado a julgamento. Era permitida a participação do povo na provocação da jurisdição régia através de reclamações que eram obtidas a partir das reuniões populares realizadas em forma de comícios[101].

1.5.2 A atividade acusatória na fase republicana

Com o fim da Realeza e o início da fase republicana em Roma a jurisdição foi transferida para o Senado com uma maior participação popular devido à democratização das instituições estatais. Conseguintemente, as questões judiciais passaram a ser conduzidas por meio das assembleias tradicionais e aristocráticas, formas de participação popular de julgamento, existentes à época do sistema monárquico[102].

Em regra, o processo penal era público e tinha início pela *anquisito*, uma forma pela qual o acusador anunciava o delito praticado e também uma sanção possível de ser aplicada ao caso[103]. As testemunhas eram nomeadas e ouvidas sobre os termos da acusação formulada.

O processo era contraditório e público[104], donde se observava que o ônus da prova recaía sobre as partes. Ao final, o povo estabelecia o veredicto, confirmando ou não a acusação. Em caso de admissibilidade acusatória, era imediatamente estabelecida uma sanção ao réu.

---

[101] "Roma soube evitar o papel em que Athenas naufragou; isto he, o de nutrir no seo seyo huma multidão ocioza, inquieta, e turbulenta, que a vida passava nas praças publicas, ou nos Tribunais devorando com motins de socego do Estado, e sua riqueza com as indemnidades que exigia" (AIGNAN, 1824, p. 29).

[102] Cf. FRAGOSO, 1995, p. 29.

[103] "Durante a República (e o mesmo já valia desde a Monarquia), qualquer cidadão, ainda que não diretamente ofendido pelo crime podia 'acusar'. Condição necessária para que o cidadão pudesse 'acusar' era que o pretor lhe concedesse a *lex*, ou seja, o poder de efetivamente exercê-la. [...] Com efeito, a *lex* não permitia simplesmente um poder de acusação, mas lhe conferia poderes para proceder às investigações" (GRINOVER, 1982, p. 29).

[104] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 28.

O senado participava ativamente também das questões processuais e também atuava por delegação do povo. Cabia a essa instituição romana a decisão acerca dos delitos em que não houvesse morte da vítima, das infrações criminais em que o acusado fosse estrangeiro e dos crimes políticos ocorridos fora da circunscrição territorial da cidade de Roma[105].

Ao lado do povo e dos senadores havia magistrados que tinham a competência estabelecida para o processamento e julgamento dos homicídios e dos crimes praticados contra a pátria e contra o sistema de governo. Também agiam como presidentes de comissões delegadas na função de *pretor*, analisando a viabilidade da admissibilidade acusatória. Acatando-a, encaminhava o caso para um juízo com o julgamento determinado para um conselho de jurados retirados de uma lista anual elaborada pelo pretório[106].

Na sessão de julgamento, após a formulação dos debates, cada jurado recebia três tábuas contendo as seguintes mensagens: *absolvo*, *condeno* e *non liquet*. Iniciava-se a votação e alcançava-se uma decisão somente com a obtenção da maioria dos votos dos jurados. Tal decisão era anunciada pelo pretor em voz alta para que o público pudesse dela tomar ciência.

Ainda na fase da República em Roma registrou-se grande dificuldade em se preservar os julgamentos através das assembleias, dado o elevado incremento do número de causas penais[107]. Dessa forma a jurisdição passou a ser delegada a tribunais ou juízes para o processamento dessas demandas, no sistema conhecido

---

[105] Em relação à *accusatio* "o Estado é representado por um só órgão (juiz), consistindo o poder no mero exercício da função jurisdicional em sentido estrito, sòmente delibera e pronuncia a sentença [...]. Assim, supriu-se a incúria dos magistrados, oferecendo um meio de satisfação vindicativa a todos que, direta ou indiretamente eram lesados pelo crime" (BARROS, 1969, p. 51-52).

[106] Cf. GILISSEN, 1995, p. 81-83.
"O acusador dirigia-se ao pretor e pedia que admitisse a acusação; admitida, o acusador prestava caução comprometendo-se a prosseguir até a sentença; após o que fazia a 'nominis delatio' (fórmula em que declarava o nome do acusado e qual seu crime) para que ocorresse a '*Libellum inscriptionis*'. Depois de realizada a 'inscriptionis' o pretor fazia a '*deidictio*'" (MALCHER, 1980, v. I, p. 28-29).

[107] "A partir desses fatos implantou-se o exercício do 'direito popular de julgamento', com a adoção do sistema acusatório, juridicamente regulado por leis especiais" (BARROS, Marco Antonio de. *Procedimento penal acusatório das "quaestiones perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri*. JUSTITIA, São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça, v. 178, ano 59, p. 27, abr./jun. 1997).

por *quaestiones*. Essa forma de julgamento em tribunais populares com uma metodologia previamente conhecida é considerada como uma das reconhecidas formas embrionárias do Tribunal do Júri[108], conforme exposto na sequência do presente trabalho.

No final do período republicano, no âmbito da justiça penal, dominou o princípio da reserva legal, remetendo-se ao senado a função de elaborar leis com a previsão de tipos penais[109]. Também é possível observar nessa transição que a função de defesa social pelo Estado passou por uma modificação substancial, na qual aos magistrados foram suprimidos poderes arbitrários. Ainda assim era possível notar a existência de certos exageros na persecução criminal da época[110].

1.5.3 O processo penal no Império Romano

Na fase do Império Romano, toda a concentração de poder repousava nas mãos do imperador – *jurisdição do príncipe* – vindo a cair por terra a magistratura e as assembleias, reduzindo-se paulatinamente a importância do pretor[111]. A figura do imperador assumiu a autoridade de uma divindade, legislando de forma isolada na mais ampla acepção da soberania estatal, ditando regras sociais e tendo a palavra final acerca da aplicação da pena ao acusado[112].

---

[108] "O júri foi apontado, outrora, como instituição democrática destinada a substituir os magistrados profissionais das justiças régias do *ancien regime*, que se curvavam às ordens dos dinastas de que dependiam. No entanto, a independência dos juízes togados no Estado de Direito, e as transigências dos jurados com os 'senhores do dia' em democracias de pouca vitalidade ou em regímens autoritários, mostraram que no plano político não há mais razão de ser para a manutenção do júri" (MARQUES, 1955, p. 45).

[109] "No sistema da repressão criminal ordinária, vigente desde os fins da República, imperava, como é notório, o princípio acusatório puro (*accusatio*), facultando-se ao ofendido ou a *quivis de populo*, munido de elementos probatórios, promover acusação perante a respectiva *quaestio* (tribunal). Esse personagem (*accusator*) – representante do interesse da coletividade e expoente da reação popular ao delito – detinha o direito-dever de acusar" (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contribuição ao estudo histórico do Direito Processual Penal – Direito Romano I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12-13).

[110] Cf. BARROS, 1969, p. 52.
Cf. GILISSEN, 1995, p. 83.

[111] "Com a queda da República e a proclamação do Império, o sistema acusatório não desapareceu, mas o procedimento sofreu modificações, sob o impulso de duas forças convergentes: uma constituída pela exasperação do sistema, outra pelo reforço do poder central" (GRINOVER, 1982, p. 30).

[112] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 31.

O modelo jurídico adotado na Roma antiga fora substancialmente consuetudinário. Prevalecia nas regras procedimentais o costume de cada clã e de cada família, quando o fato era analisado no seio da comunidade. Novamente atribuíam-se às questões jurídicas os preceitos advindos das práticas religiosas, confirmando o ganho de poder da Igreja[113].

Não houve significativa produção legislativa nas fases da Realeza e República pela pouca utilização das formas escritas. Contudo, ganhou terreno na Roma Imperial a elaboração escrita de decretos e ordens legislativas com o disciplinamento dos procedimentos judiciais, afastando cada vez mais as formas de participação popular na administração da justiça[114].

Na fase imperial da vida romana preponderou o denominado *processo extraordinário*[115], resultante da sistemática que permitia ao pretor decidir de acordo com o seu exclusivo entendimento, não precisando convocar um conselho de jurados para que se procedesse a um julgamento colegiado. Tanto a responsabilidade pela condução dos trabalhos de investigação quanto a incumbência pela análise da admissibilidade acusatória do réu, além da decisão sobre o mérito propriamente dito

---

[113] "A Igreja, única força social organizada no meio da derrocada do Império Romano e das lutas entre os Estados cristãos que se foram formando, reuniu uma imensa soma de poder de mando que se traduziu no princípio, predominante até a organização das monarquias modernas, de que a autoridade temporal é uma delegação da vontade divina e está subordinada à autoridade espiritual, que se enfeixa nas mãos do papa, vigário de Deus na terra" (SOARES, 1977, p. 67).

[114] "Dos escriptos de SENECA, e do velho QUINTILIANO, avô do Orador, parece colher-se, que ainda por algum tempo durárão no Império as formas do *Jury*: mas então as eleições na apparencia emanadas do Povo, erão essencialmente do Governo. Era hum simulacro, era hum espantalho, não era Jury. [...] A phantasmagoria do Jury só foi mantida em Roma escrava nas estrêas da sua degradação, e apenas nas Causas indifferentes aos Despotas, e em que elles não tinhão interesse de acurvar a justiça aos seus caprixos. Em todas as outras tinhão sempre á mão Decemviros, Centumviros, Juizes, e Jurados a hum tempo, cujas sentenças executadas peremptoriamente, sem aggravo, ou appellação erão chamadas *Sentenças de cutello*. Que dolorosos vestígios encontramos delles em algumas epocas da historia! [...] Daqui data a fabrica dessa espantosa multidão de Leis compiladas no Codigo, Digesto, Institutas &c. Em todo esse Dedalo não se acha huma palavra de *Jury*. [...] E com effeito das emaranhadas florestas de Leste, e Norte rebentou nos primeiros seculos do christianismo, não a instituição do Jury, como gratuitamente suppoem a odiosidade dos Legistas, mas sim huma espantosa inundação de barbaros, cujas hordas affeitas a grosserias fórmas de Jury e de Liberdade, tombarão de arrancada, e de todos os lados sobre o decrépito colosso de Roma, e como a magica da Fabula, espostejarão o velho para remoça-lo" (AIGNAN, 1824, p. 46-49, grifo do autor).

[115] "Com o correr dos tempos, a repressão criminal ordinária, consolidada no fim da República, vai, pouco a pouco, cedendo lugar à *cognitio* extraordinária do Príncipe e de seus funcionários imperiais, mais condizente com a nova estrutura constitucional do Estado romano. No tocante, na segunda metade do Principado, são tidas como verdadeiros crimes, recebendo uma punição *extra ordinem*" (TUCCI, 1983, p. 32).

eram da alçada do pretor, atribuições estas indicadas nos preceitos legislativos de então[116].

Do apogeu à decadência do Império Romano o que se observou no processo penal foi a adoção da escrita para a instrução criminal com a documentação das provas em cadernos sob a responsabilidade um serventuário designado pelo imperador. A acusação ficou a cargo de um *cognitor* e não se realizava o julgamento sem a presença do acusado. Das decisões condenatórias cabiam recursos obrigatórios que eram dirigidos ao imperador[117].

1.5.4 Influências de outras culturas no direito romano

Com a larga utilização da escrita obteve significativo avanço o procedimento judicial destinado aos julgamentos criminais. Logo após a queda do Império Romano observou-se considerável influência do Cristianismo e da cultura dos Bárbaros no direito romano[118].

Foram desenvolvidas novas regras para a aceitação das modalidades de provas, tanto no que tange aos costumes quanto à prova de uma legislação. Nesse período surgiram as *lex* representando os atos que emanavam de autoridades públicas e que consistiam na formulação de normas de observação cogente para toda a sociedade. O texto de uma *lex* era proposto somente pelos magistrados e

---

116 "Com o surgimento do processo penal extraordinário, no Império, observara-se que na prática houvera uma constante intromissão dos magistrados no campo persecutório" (BARROS, 1969, p. 52).

117 Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 32.

118 "O sistema acusatório barbárico difere, porém, do da República romana, porque a acusação não é confiada ao cidadão, mas apenas ao ofendido e a seus herdeiros, acentuando-se assim aquele caráter privatístico que é prerrogativa dos processos mais antigos. De qualquer forma vigoram nele a oralidade e a publicidade; e os direitos do acusado, diretamente ou por intermédio de seu defensor, são decididamente tutelados. [...] Mas o que se pretende é apenas apurar o que aparece no processo, mediante elementos artificiais e absurdos, baseados na superstição e na fé em uma intervenção divina [...] nas palavras de Bentham, o processo se torna um jogo de azar, substituindo-se os lógicos pelos exorcistas e acabando por reconhecer-se como método de apuração da verdade o critério da prevalência física, freqüentemente exercida por pessoa retribuída pelo interessado, estranha ao conflito de interesses" (GRINOVER, 1982, p. 32).

tinha a validade e eficácia atreladas a uma determinada ocorrência ou a um interregno de tempo[119].

Apartava-se a questão de fato da questão de direito nos julgamentos[120]. Consubstanciaram os denominados *juízes populares*, os quais tinham o condão de pautar a decisão judicial na íntima convicção do julgador, não necessitando de motivação alguma para expressar aquilo que era sentido, percebido ou compreendido. Era comum haver sobre o magistrado uma grande influência política das mais elevadas castas sociais.

No que diz respeito ao exame da culpabilidade do acusado, cabia ao magistrado, única e exclusivamente, sua análise. Ao final da análise, através de sua convicção íntima, decidia no sentido da aplicação da pena ao infrator, de sua absolvição sumária ou se o encaminhava a julgamento popular.

Ressalta-se que essa formulação guiada pela íntima convicção e análise monocrática da culpabilidade predominou até quando foi disciplinada nova sistemática acerca da inquirição de testemunhas. Quanto ao ponto se destacava a obrigatoriedade na aceitação do valor dos resultados da tortura, não havendo garantias procedimentais ou direitos do infrator[121].

O desrespeito aos direitos do acusado perdurou ainda até a concepção da chamada Lei das XII Tábuas[122], a denominada *Lex Decemviralis*. Tal coletânea normativa constituiu um documento fundamental na elaboração do direito civil e penal, ainda muito influenciado pelo direito consuetudinário, além de colocar fim às contendas de plebeus e patrícios, sendo reconhecido o direito à igualdade jurídica

---

[119] Cf. GILISSEN, 1985, p. 85-86.

[120] "Reunindo á autoridade legislativa o direito de graça e o poder judiciário, o povo, concebe-se, deixava-se levar pelos serviços anteriormente prestados, era movido por mil considerações diversas, e muitas vezes absolvia um criminoso; então não era separada a questão de facto da de direito, as formulas usadas *absolvo*, *condemno*, continhão uma e outra decisão" (MITTERMAYER, 1871, p. 23, grifo do autor).

[121] "Unas veces la sentencia tenía la forma de una declaración del juez dirigida al acusador; otras, se redactaba en forma impersonal. De ordinário, indicaba tanto el delito como la pena" (MANZINI, 1965, p. 10).

[122] "Cremos que a única influência recolhida da Grécia foi a sua estrutura lacônica, exata, concisa. Estavam nela, estratificados, o sangue, os nervos e o espírito de Roma. E por isso teve uma espaçosa influência sobre o mundo latino" (ALTAVILA, 1995, p. 83).

entre os cidadãos, ainda que em bases restritas. Essa legislação foi pioneira no trato de várias matérias e considerada também avançada para os padrões da época[123].

Desenvolveu-se um sistema penal formal com direção restrita aos pontífices[124], vez que a escrita foi utilizada, pela primeira vez, para asseverar normas de conteúdo jurídico. A sentença judicial no processo inquisitorial romano por muito continuou sendo prolatada sem nenhuma motivação explícita, sendo somente quebrada essa sistemática mais tarde, por volta de 1774, em Nápoles, quando se tornou obrigatório ao magistrado declarar as razões do seu convencimento[125].

As anotações dos escritos romanos indicam que a admissibilidade da culpa do acusado deveria ser analisada pelo magistrado com base somente nos fatos que lhe eram apresentados oralmente em plenário pela parte que acusava. Tal análise tinha como norte o princípio da busca de uma verdade material, na qual se propunha a afastar dos limites do conhecimento do magistrado fatos outros que não diziam respeito à conduta do infrator[126].

Essa sistemática revelava uma espécie de vinculação da consciência do julgador ao denominado *juramento*, segundo o qual o julgamento deveria seguir uma formalidade extrema, e às vezes excessiva, no sentido da invocação de uma divindade para assumir como testemunha da verdade que outrora estava sob o

---

123 "Nenhum código foi até hoje mais sucinto, mais autoritário e mais sincero do que o da *Lex Decemviralis*. [...] Disso resultou a publicação da famosa Lei das Doze Tábuas, assim chamada por ter sido escrita em pedaços de madeira. [...] Porque a Lei das XII Tábuas foi para o mundo tal qual a charrua de Rômulo: teve o destino histórico de delimitar, em modêlo, as eternas fronteiras do direito universal" (ALTAVILA, 1995, p. 61-87).

124 "Os romanos foram, parece, os primeiros a sentir a necessidade de reduzir a escrito as regras jurídicas; além disso, foram os primeiros a consagrar obras importantes ao estudo do direito" (GILISSEN, 1995, p. 87).

125 "La sentencia *no era motivada*, ni siquiera se requería la enunciación del hecho y la declaración del convencimiento del juez. Ni aun cuando, con la misma sentencia se juzgaba diferentemente a varios imputados por el mismo hecho, se podía saber la razón de semejante disparidad de trato. Sólo en 1774 se estableció en Nápoles la obligación general de la motivación" (MANZINI, 1965, p. 75-76, grifo do autor).

126 "No tempo da republica não ha theoria legal da prova; os juizes são livres na sua apreciação; e somente ve-se que o acusado é logo condemnado pela confissão, sem que seja necessario examinar mais a fundo o seu valor real. [...] No ultimo período da era republicana, os juriconsultos erigirão numerosos preceitos em materia de apreciação do valor dos meios de prova; os quaes referem-se principalmente á prova testemunhal [...]. No tempo dos imperadores os jurisconsultos amplião mais estas regras e os próprios juizes acostumão-se a observa-las fielmente" (MITTERMAYER, 1871, p. 30).

juramento do investigado. Não se tolerava no âmbito desse procedimento a ausência de um compromisso formal do indivíduo de dizer a verdade[127].

Insta registrar a fase do processo penal na Itália sob a influência dos bárbaros (Império Bizantino). Nesses domínios vigorou o sistema inquisitorial, no qual as partes apresentavam uma espécie de contraditório ao magistrado. Havia uma fase preliminar, conduzida por oficiais públicos, que tinha por principal finalidade apurar a veracidade dos fatos ocorridos[128].

Mas durou pouco essa experiência. Na segunda parte do domínio dos bárbaros a metodologia utilizada para o processo penal sofreu sensível alteração. As investigações preliminares e a produção da prova ficaram a cargo exclusivamente do magistrado, este que analisava a culpabilidade do acusado e julgava-o com base no que havia apurado[129].

No entanto, por muito ainda permaneceu no sistema jurídico romano a influência bárbara da invocação dos juízos de Deus como fonte de alcance da verdade judicial. Com a definitiva queda do Império Romano a única instituição que permaneceu fortalecida naquele momento foi a Igreja.

As bases de atuação da Igreja se solidificaram em pilares profundos e serviam de guia para populações de desorientados e indefesos, representando exímia fonte de cultura. Sob esse manto, a Igreja ditou regras sociais, morais e legislativas durante boa parte da história dessa cultura, empreendendo um arranque significativo também em áreas distintas do direito.

---

[127] Cf. MORAIS; LOPES, 1978, p. 12.

[128] "Los bárbaros trasladaron a Itália la constumbre, propia de muchas sociedades primitivas, que consistía en los llamados *juicios de Dios*, mediante los cuales se suplía a la prueba, haciendo intervenir la Divindad para designar al que debía considerarse culpable. Este juicio, que se llmaba también *ordel* (alemán moderno: *Urtheil* = decisión), debe considerarse propriamente, no como un médio de prueba, sino como una devolución a Dios de la decisión sobre la controvérsia" (MANZINI, 1965, p. 11-12, grifo do autor).

[129] "En esa época, paulatinamente, el proceso penal se fue convirtiendo en un todo oficial. Las investigaciones preliminares fueron otorgadas a oficiales públicos o agentes [...], quienes las transmitían al magistrado. Este, con el correr del tiempo, fue concentrando en sus manos las funciones de acción y juriscición, pues podia proceder de oficio. Realizaba por si mismo la instrucción, sin necesidad de acusación formal, tomaba la iniciativa sobre las pruebas e intervenía activamente en su producción, y, en fin, pronunciaba la sentencia" (RUBIANES, 1978, p. 12-13).

1.6 O juízo da instrução e a acusação no direito germânico

Na sua gênese, por volta do século II a.C., os germanos constituíam um povo com características nômades e composição de várias etnias tendo nos chamados clãs a sua organização sociopolítica. A complexidade do estudo da formação do direito germânico se deve à heterogeneidade dos povos formadores de sua base social os quais, em sua totalidade, procediam das tribos e clãs dominados pelas invasões.

É de se notar a grande influência no sistema germânico proporcionada pela invasão dos bárbaros na sociedade romana[130]. Os germanos apresentavam uma cultura jurídica grandemente influenciada por outras civilizações e norteada pelo direito consuetudinário, não deixando grande repositório de documentos escritos[131]. Como distinguiam perfeitamente as expedições particulares das guerras declaradas, puderam elaborar um complexo sistema jurídico[132].

O influxo da cultura jurídica germânica refletiu sobremodo na cultura de várias civilizações ocidentais[133]. Enquanto não recebiam as orientações do direito romano, os germanos adotaram um procedimento para julgamento de infrações penais formalizado, com plena publicidade dos atos e tinham na oralidade a sua grande característica. O julgamento ficava a cargo de um tribunal colegiado que agia numa única instância. Os juízes integrantes desse tribunal eram indicados pelos membros da sociedade e quase sempre não possuíam conhecimento da técnica procedimental. A eles era assegurada ampla liberdade para decidir quanto à

---

130 "O direito germânico (anterior à invasão de Roma) não era composto de leis escritas, sendo constituído apenas pelo costume. [...] O direito é concebido como ordem de paz e sua transgressão como ruptura da paz, pública ou provada, conforme se trate de crime público ou privado" (FRAGOSO, 1995, p. 31).

131 Cf. GILISSEN, 1995, p. 162.

132 "Os Germanos, como todos os Povos primitivos, distinguião accuradamente as guerras publicas das expedições particulares. As primeiras necessitavam do Consenso da Assembléia Nacional; [...] Em todas as outras não intervinha a Nação [...] Desta distinção deriva todo o Systema judiciário dos Germanos" (AIGNAN, 1824, p. 50).

133 "No início da Idade Média, com a queda do Império Romano (em 476), o ocidente sofreu, no campo do Direito Penal, as influências das 'ordálias ou juízos de Deus', trazidos pelos povos Germanos. Tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provarem a inocência. Por isso, raramente escapavam das punições" (MARQUES, O, *Fundamentos da pena*, 2000, p. 54).

viabilidade da acusação que pesava contra o infrator, guiando-se também pelo testemunho realizado sob a modalidade de juramento[134].

Entretanto a culpabilidade do infrator continuava ainda amargando a sorte de ser submetida à provação por meio das ordálias ou juízos de Deus[135]. Aliás, a questão probatória fora um dos signos da fortaleza da doutrina germânica, pautada nos juízos de Deus[136]. Na disciplina do sistema jurídico germânico as provas produzidas destinavam-se à formação da convicção dos julgadores, quase sempre atrelada aos eventos do sobrenatural[137].

Nesse momento da civilização germânica, como não havia fases determinadas para o procedimento penal, não se vislumbrava nessa cultura um controle na admissibilidade da acusação porque o réu não era levado para um julgamento por seus pares. Imperava, tão somente, a necessidade de ser submetido à provação por meio de uma dinâmica que em muito se aproximava ao conhecido sistema legal de provas[138].

---

134 "O procedimento, apesar de contraditório, era ritualista ao extremo. [...] Existia um juramento, corroborado por testemunhas de abono, que confirmava aquêle ato formal e solene. Além disso, como meios de provas utilizavam ainda os *Juízos de Deus* ou *Ordálias*" (BARROS, 1969, p. 53, grifo do autor).
Contrastando esse entendimento: "O procedimento germânico é dominado até a recepção do direito romano pelos meios de prova formais, que forneceram um resultado absoluto, ou seja, juramento e ordálias" (GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 102-103).

135 "El proceso germano era de partes, es decir que seguía un sistema dispositivo [...], aunque acusatorio [...]. Regían los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad [...], siendo el tribunal colegiado, que actuaba en única instancia, con jueces no técnicos" (RUBIANES, 1978, p. 14).

136 Admitindo-se a investigação particular sobre a culpabilidade "nasceo o costume, depois generalisado, de admittir-se o acusado á purgação do Crime por juramento seo, e de certo numero de homens livres, que uniformes attestassem a sua innocencia [...] e se lhes estes meios faltavão, ou julgavão-se menos cabais, obrigavão-nos já ao duello judiciario, ja ás provas ou juizos de Deos" (AIGNAN, 1824, p. 52).

137 O predomínio da crença no poder sobrenatural dentro do procedimento judicial era tamanho que "el proceso se realizaba bajo la protección del a divindad, y de ahí que comenzase con una exposición solemne por parte del actor, que se tenía por veraz, de donde deriva el sistema de la prueba y su carga. El acusado podía confesar, sin que el tribunal tuviera que corroborar esa confesión, bastando ello para la condena. Si negaba la acusación se realizaban las pruebas" (RUBIANES, 1978, p.13).

138 No modelo germânico "não havia, nem podia existir um systema de prova, no sentido em que o comprehendemos actualmente, não era o fim primordial, e importava pouco que, como actualmente, as testemunhas fossem escrupulosa e conscienciosamente inquiridas, o que concebe-se; o accusado tinha o direito de livrar-se pelo juramento; os *conjuratores* ou Eideshelfer que representavão a família, a associação antiga, vinhão soccorrel-o em juizo, e os ordalios, e o duello decidião da procedencia ou improcedência da accusação. Mas é preciso attender, que essas praticas diversas erão verdadeiras regras de decisão relativas á prova, porque era obrigado o juiz a toma-las em consideração, quando proferisse a sentença" (MITTERMAYER, 1871, p. 31-32).

O que se denota nesse momento do direito germânico é que a busca pela verdade no que toca à culpabilidade do acusado estava ligada a razões de natureza estritamente formal. Frente às ordálias utilizadas também nas assembleias realizadas nas aldeias germânicas[139], notadamente se observa a grande importância dada aos motivos e convicções de cunho religioso.

Assim, e à guisa de destaque, cumpre ressaltar a relevância dos juramentos[140] e dos duelos judiciários[141] nessa sistemática. Permaneceram com tal importância na cultura germânica até o início da Idade Média, quando se desenhou uma nova realidade, invocada principalmente pelo direito consuetudinário com o abandono paulatino da divinização do processo penal.

Essa influência resultou numa nova metodologia destinada ao trato da prova da culpabilidade do acusado, ordenado por costumes locais, menos afetos aos eventos da natureza e com mais apoio nas intervenções divinas no procedimento criminal. Com base nisso, observou-se uma racionalização da instrução criminal nessa cultura[142]. Em derradeiro cumpre destacar que a culpabilidade do acusado e o sistema de provas receberam novo e mais adequado tratamento na Constituição Criminal Carolina, em 1532. Tal documento inovou dentro da cultura germânica ao

---

[139] "As assembléias então punham em prática diferentes regras e formalidades próprias desses julgamentos, como por exemplo, quando os depoimentos das testemunhas não eram suficientes para comprovar a acusação feita contra o réu, a questão era então resolvida de um modo particular: 'o julgamento de Deus', através do qual o acusado devia 'purificar-se' da acusação por meio de um juramento, em que era acompanhado por seus parentes. Esse juramento era feito de memória e não poderia haver equívoco: o menor erro representava a condenação. Acreditava-se por isso que o próprio Deus é que não permitia que o acusado fizesse o juramento corretamente, demonstrando-se assim a procedência da acusação. Nisso consistia a *ordália* ou *juízo de Deus*" (SOARES, 1977, p. 69, grifo do autor).

[140] Na disciplina germânica "el juramento tenía suma importância, porque se consideraba que el perjuro sería castigado por la divinidad, y, según la importancia del asunto, al del acusado se sumaban a veces los de sus parientes" (RUBIANES, 1978, p. 13-14).

[141] "Em relação ao processo, vigoravam as ordálias ou juízos de deus (prova da água fervente , do ferro em brasa, etc.) e os duelos judiciários, com os quais se decidiam os litígios, pessoalmente ou através de lutadores profissionais" (FRAGOSO, 1995, p. 32).

Acerca de outra forma de avaliação da prova sob a patente e presente influência da religião "existia outra forma de 'julgamento de Deus': o duelo judicial, segundo o qual o vencedor ganhava a causa. O culpado era obrigado a pagar-lhe u'a multa. Essa multa era repartida entre a vítima, seus parentes e o rei" (SOARES, 1977, p. 69).

[142] "Os *germanos* deram a conhecer um tipo de prova grandemente usado na Idade Média e baseado na crença de que Deus interfere para dar razão a quem a tem. Daí o nome: juízo de Deus. Assumia o juízo de Deus as formas de *ordália* [...] e *duelo* [...], guerra de dois, luta de dois, guerra privada, além do *juramento* [...], cujo valor também decorre da convicção de que Deus castiga o perjuro" (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 423-424, grifo do autor).

afastar a arbitrariedade do juízo no que toca à análise da culpabilidade e da procedência de uma acusação contra o réu[143].

No entanto, não foi uma legislação apta a afastar por completo da cultura germânica a tortura como meio de se obter a revelação do ocorrido. Subsistiu a tortura como um valioso meio de prova penal, submetendo o acusado aos piores tormentos e flagelos corporais para a obtenção da sua confissão de culpa[144].

O colegiado de juízes foi substituído pelo juízo singular, o qual estava atrelado às regras legais da prova (teoria da prova regulada) para análise da viabilidade acusatória em desfavor do réu. Tal metodologia teve vida longa, imperando na Alemanha até meados do século XIX[145]. Percebe-se ainda a forte influência, nesse sistema, do direito romano[146].

1.7 O método científico para a instrução criminal no direito canônico

Com o advento da doutrina pregada pelo Galileu JESUS CRISTO e seus discípulos, estabeleceu-se o Cristianismo no Império Romano, logo no século IV de nossa Era. Embora seus seguidores estivessem sofrendo forte perseguição pelos ideais que pregavam em toda a extensão do Império Romano, abarcam uma crescente legião de seguidores. Nesse período surge o denominado *direito canônico*

---

143 Acerca desse marco destaca-se que "a Constituição Criminal Carolina (ou *Constitutio Criminalis* Carolina) é considerada o primeiro código penal da Idade Moderna e foi a base do direito penal alemão durante três séculos. É um código completo, ordenando o procedimento, regulando as provas, ditando regras para a prolação das sentenças e, por último, incluindo uma completa parte penal" (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 103).

144 Registra-se que "ao tempo da célebre *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada em 1532 por CARLOS V, expressamente se advertia que deviam ser empregados tormentos no processo, mesmo que se tratasse de fato manifesto" (GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33).

145 Infere-se daí que "no Santo Império, a *Constitutio Criminalis Carolina* [...], promulgada por CARLOS V em 1532, é um primeiro esforço de codificação do processo criminal, no qual o direito penal é largamente representado; obra de Johann von Schwarzenberg (cerca de 1465-1528), deve muito a precedentes, sobretudo à *Constitutio criminalis* de Bamberg, mas também à doutrina romano-canónica" (GILISSEN, 1995, p. 310).

146 Cf. GOLDSCHMIDT, 2002, p. 103.

entendido como *o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especialmente o direito da Igreja Católica*[147], paralelamente ao direito romano.

Nos primórdios da Igreja[148] o cristianismo ganhou os desígnios de uma verdadeira religião, pautado na universalidade dos homens e nos respeito a Deus e aos semelhantes. A Igreja Católica iniciou uma jornada doutrinária por entre outras culturas difundindo o direito canônico.

Com interpretação exclusiva a cargo do papado[149], o direito canônico compreendeu todos os problemas jurídicos que interessavam à moral católica[150]. Sua rápida difusão para os padrões da época deveu-se, em grande parte, a ser praticamente todo escrito[151]. Dessa forma congregou uma extensa coletânea de doutrina jurídica permanecendo por grande parte da Idade Média como uma das mais importantes e únicas fontes escritas de direito[152].

Com o apego ao rito formal, dividido nitidamente em fases, utilizando-se a escrita para registrar os principais atos realizados perante o juízo, uma das substanciais introduções do direito canônico na época foi o modelo inquisitivo para

---

147 Cf. GILISSEN, 1995, p. 133).

148 "Tendo iniciado sua trajetória terrena com pouco mais nas mãos do que os Evangelhos e as Epístolas, a Igreja nascente, como toda sociedade humana, logo passou a sentir a necessidade de um Direito próprio, isto é, de um conjunto harmônico de normas que lhe regessem a vida. Houve tentativas incipientes de São PAULO nesse sentido, mas de fato foi no século II que começou a formação do que se veio a designar Direito Canônico (a palavra grega *Kanon* significa regra). As fontes se encontravam nas decretais pontifícias, nos cânones oriundos de concílios, nos mais variados estatutos promulgados por bispos e nas inúmeras regras monásticas, com seus livros penitenciais. Com o passar do tempo, foi-se constituindo abundante massa de textos, que acabou por tornar-se caótica, de difícil consulta e, às vezes, até contraditória. Assim, por volta de 1140 ocorreu a sua primeira consolidação, por decreto de Graciano; e esta, mais os acréscimos posteriores, veio a formar, no final do século XV, o chamado *Corpus Iuris Canonici*" (GONZAGA, 1993, p. 85).

149 Cf. GILISSEN, 1995, p. 134.

150 Cf. BATALHA, 1981, p. 512.

151 "Aos poucos, porém, a Igreja estendeu sua jurisdição, acabando por ocupar-se, objetivamente, de qualquer matéria que concernisse à fé, ainda que prevista por leis comuns, e, subjetivamente, também de leitos que de qualquer forma tivessem relação com a Igreja. [...] Tal sistema, que surgira na jurisdição eclesiástica para punir heresias, desenvolveu-se e se ampliou, abrangendo, de início, apenas as ofensas à moral ou à religião; mas a utilidade de um procedimento que consentia ao poder temporal dupla ação, sem qualquer impedimento, se revelou de imediato, provocando sua extensão a processos que não tinham como objeto aquelas ofensas" (GRINOVER, 1982, p. 33-34).

152 "A Igreja, mandatária de Deus, uniu-se ao poder secular e passou a ter influência decisiva nas questões de Estado. Entre os séculos VIII e XV, o cristianismo se estabeleceu em toda a Europa ocidental e o direito canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo o período medieval" (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 30).

o procedimento criminal, dividindo-se em dois estágios[153]: no primeiro, havia uma pesquisa acerca da materialidade do fato, sem preocupar-se com a autoria; no segundo, uma vez apurado o fato, passava-se para a investigação da responsabilidade do suspeito[154].

Embora formal, ainda era possível observar traços de religiosidade com visível apoio na doutrina católica, a qual foi revestida de envergadura científica, buscando-se justificar através de uma modelagem técnica os rígidos métodos para a obtenção e avaliação da prova, bem como, a aferição da culpabilidade do acusado[155].

Apesar da grande influência exercida pela Igreja sobre o governo[156], os magistrados eclesiásticos primavam pela aplicação da legislação procedimental porque eram estudiosos do sistema canônico e para decisões mais intrincadas ou de grande complexidade recorriam à orientação do papado[157].

Dessa forma ganhou corpo o método escolástico. Em sua gênese observa-se o empenho de um árduo trabalho da Igreja para compilar os costumes até então utilizados nas culturas conhecidas e adaptá-los a uma nova realidade imersa no âmbito da doutrina católica. Com o passar do tempo e o constante aperfeiçoamento,

---

153 "El lenguage del proceso inquisitivo es la escritura, con su secuela de mediación y fraccionamento del proceso en fases, rigiendo plenamente el principio de oficialidade, tanto en la iniciativa como en el impulso procesal" (RUBIANES, 1978, p. 21).

154 Assim, "o processo inquisitório de origem eclesiástica, articulado à base do mais absoluto segredo: segredo no recebimento da denúncia, segredo no início das investigações, segredo na instrução e, posteriormente, também nos debates. [...] Mas o juiz, longe de satisfazer-se com a verdade ficta, buscava conhecer os fatos como haviam ocorrido, ficando investido dos mais amplos poderes de investigação. [...] A instrução secreta foi a arma mais poderosa desse procedimento" (GRINOVER, 1982, p. 33-36).

155 "O direito canônico foi-se formando, como que insensivelmente, segundo as contingências e vicissitudes do desenvolvimento da Igreja Católica. Não resultou, pois, de um código, nem de uma disciplina arbitràriamente preestabelecida. Os primeiros documentos de conteúdo jurídico da Igreja tendem a condensar as tradições constantes da verdade revelada segundo as sagradas escrituras do Novo Testamento, os Evangelhos e os escritos apostólicos. E, daí por diante, aos poucos, constituiu-se em verdadeiro corpo sistemático de leis" (RÁO, 1952, p. 173).

156 "O direito canônico tem origem disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os *Libri poenitenciales*. Em face da crescente influência da Igreja sobre o governo civil, o direito canônico foi aos poucos estendendo-se a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual" (FRAGOSO, 1995, p. 32).

157 Nota-se que os magistrados eclesiásticos eram "verdadeiros magistrados, julgando conforme a lei; também não é a mais simples convição que devem seguir: uma apreciação jurídica da prova dicta-lhes a sentença; e emquanto os papas procurão dar-lhes instrucções especiaes, os doutores em direito canonico guiados cegamente pelo methodo escolástico, então dominante, erigem uma multidão de regras, construem um systema, combinando-as com as próprias expressões dos livros bíblicos [...] e de certos textos dos jurisconsultos romanos" (MITTERMAYER, 1871, p. 37-38).

o modelo canônico introduziu novos institutos afetos ao procedimento criminal, com feições próprias, decorrentes da reiterada aplicação das regras escolásticas, atingindo uma real sistematização de leis.

Destarte, é de se notar que as regras processuais do direito canônico desenvolveram-se paralelamente às da justiça comum[158] com grande influxo daquele nesta[159]. A consolidação do método inquisitivo no sistema canônico mostrou que o procedimento criminal encontrava-se cravado em duas etapas: investigatória e judicial.

Na fase investigatória os fatos eram apurados com base nos testemunhos e confissão. Não havia nesse momento procedimental um maior rigor científico na busca do aclaramento dos fatos criminais. No encerramento dessa fase formulava-se uma denúncia, a qual era conduzida ao magistrado eclesiástico para que pudesse analisar quanto à sua viabilidade e, principalmente, se cumpria todos os desideratos estabelecidos pela legislação[160].

Essa análise acerca da procedência da denúncia revestia-se de um verdadeiro sistema de controle da acusação, além de servir como um seguro sistema para que abusos fossem evitados e garantir menos gastos em julgamentos temerosos, vez que a Igreja não queria correr o risco de ter questionados os seus métodos até então. Tal comportamento influenciou outros sistemas à época[161].

---

158 Em se tratando de regras processuais, observa-se que o "Direito Canônico evoluiu paralelamente à Justiça comum. [...] a antiga Igreja sempre foi radicalmente hostil à utilização de violências nas investigações criminais. Muito citada é a carta que o papa NICOLAU I escreveu, no ano 866, a BORIS, príncipe da Bulgária" (GONZAGA, 1993, p. 87).

159 "Era sob a inspiração do direito canônico e pelas mãos do clero que se redigiam as leis e os códigos, introduzindo-se aliás as penas mais severas e cruéis, como as penas corporais, inclusive a pena de morte [...]. Impregnou-se assim a legislação penal com princípios e nomenclaturas do direito canônico, como arrependimento, confissão, pena, absolvição, perdão etc." (SOARES, 1977, p. 68).

160 "Deve-se ao direito canônico a criação e a sistematização do processo denominado *inquisitório*. Foi Inocêncio III quem, no século XIII, ampliou os meios de instauração do procedimento criminal, incluindo, além da acusação, que era a forma usual entre os romanos, o *inquérito* e a *denúncia*" (BUZAID, 1972, v. 1, p. 220, grifo do autor).

161 "Com a recepção do direito germânico, a partir do século V, nota-se um nôvo espírito profundamente supersticioso a influir no processo penal. O acusado tinha direito de purificar-se por meio do juramento, sendo que os conjuradores lhe prestavam apoio, decidindo os juízos de Deus e o duelo, sôbre as fundamentos da acusação. As provas se tornaram meramente formais, tendo importância a flagrância do delito para sua escolha" (BARROS, 1969, p. 54).

Com a formulação da denúncia e sua consequente aceitação pelo juízo, uma nova fase era inaugurada no âmbito do procedimento criminal no direito canônico. Tratava-se da fase do julgamento, na qual o acusado tomava ciência das acusações que pesavam contra si e poderia minimizar o desgaste de um julgamento confessando o crime.

Para a formação de seu convencimento, o magistrado invocava um sistema de avaliação de provas calcado em modalidades probatórias de cunho mais lógico e racional, afastando as provas advindas do sacrifício, imolação e ainda aquelas que oriundos de rituais abominados pela Igreja. Isso representou uma verdadeira ruptura do sistema escolástico com aqueles que utilizavam os julgamentos pautados nas meras probabilidades ou cultos pagãos[162].

A nova forma de se conduzir o julgamento criminal convergiu para a utilização de princípios atrelados a regras procedimentais mais seguras, principalmente no que tange ao descobrimento científico da verdade[163], colocando-se contrário às provas de forma[164]. Houve sensível valorização no entendimento da pena imposta ao acusado, vez que considerava a possibilidade de arrependimento deste para atingir a consciência social da conduta julgada[165].

---

[162] Assim "o movimento expansivo do pensamento escolástico, cujas inspirações aristotélicas – e, portanto, empírico-racionalistas – importavam reação ao irracionalismo de semelhantes procedimentos. Nos juristas-teólogos do século XVI já se admite a possibilidade de silêncio do delinqüente sobre o que não lhe for perguntado e até se interrogado sem observância das formas legais" (BAPTISTA, 2001, p. 56-57).

[163] Percebe-se que "ya en la Edad Media las fuentes canónicas habían dado las primeras nociones de las pruebas legales, nociones que fueron desarrolladas por nuestros jurisconsultos de los siglos XIII y XIV, que construeyron una compleja teoría de dicho sistema probatório" (MANZINI, 1965, p. 267).

[164] "A influência do direito canônico foi benéfica. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim, ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. [...] Opôs-se também o direito canônico às ordálias e duelos judiciários e procurou introduzir as penas privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu" (FRAGOSO, 1995, p. 33).

[165] "A Igreja também contribuiu para o declínio das ordálias e outras práticas supersticiosas trazidas pelos povos germanos. [...] A Igreja, contudo, contribuiu para o abrandamento da vingança privada e para o fortalecimento do poder central, reagindo contra o individualismo do Direito Germano" (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 30).

Em complemento às pautas do direito canônico atesta-se que "a Igreja instituiu ainda a inspeção das prisões, a correição dos processos, o contraste das detenções, a fiscalização dos juízes e regulou o regime penitenciário. Contra o hábito de tratar os encarcerados com requintes de crueldade, pronunciou-se o Concílio de Tolosa, em 1229. [...] Particularmente a respeito dos *juízos de Deus*, são inúmeros os atos não só da hierarquia eclesiástica como dos príncipes cristãos que lutaram contra eles" (TORNAGHI, 1978, p. 425, grifo do autor).

Imprimiu-se no juízo eclesiástico a pauta da análise e verificação mais detalhada da culpabilidade do acusado através de métodos mais claros no trato da prova[166] e das circunstâncias dos delitos[167], inclusive com a sempre denodada liberdade do magistrado para perquirir a verdade acerca dos fatos[168], em bases mais racionais.

Com um sistema de direito conduzido pela racionalidade das provas, a formalidade excessiva e pela doutrina católica, o direito eclesiástico decidiu admitir a tortura como meio de prova. Sua introdução nessa sistemática ocorreu por volta de 1252, por expressa autorização do Papa INOCÊNCIO IV, através da bula *Ad extirpanda*, como uma carregada reação contra as heresias[169] que ainda desafiavam a Igreja[170]. Como se amenizasse os desgostos do método, a tortura[171] foi um divisor de águas entre o direito canônico e o direito comum.

Não há como negar que com tantas inovações a jurisdição eclesiástica ganhou rapidamente terreno, ampliando-se por várias culturas ocidentais, pregando,

---

166 Assegura-se que "a avaliação desses meios probatórios no processo canônico leva com recepção deste, à liquidação do sistema das provas formais" (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 103).

167 "A *inquirição* procedia-se espontaneamente: foi, a princípio, um meio de reformar os costumes do clero. Tinha lugar 'nulo acusante, vel judicialiter denuntiante'; era investigação do crime, ou nos primeiros tempos, de qualquer insinuação *clamorosa*. *Especial*, instituia-se por ocasião de crime determinado; *geral*, para verificar os facínoras de uma província; e *mista*, quando, estabelecida a existência de um assassínio, o juiz procurava descobrir o seu autor, ou quando buscava conhecer os antecedentes de determinada pessoa. [...] Os bispos serviam-se da *inquisitio*, a princípio, nas pesquisas contra os clérigos em casos que pediam segredo de instrução" (ALMEIDA, 1973, p. 50, grifo do autor).

168 "La Iglesia, que elaboró un cuerpo propio de derecho penal, construye también un tipo especial de proceso, que, trazado primero sobre los elementos imperecederos del proceso romano, adquiere después una fisonomía propia. La Iglesia fué quien construyó y fijó el tipo de proceso inquisitorio, [...] e introduce los princípios, que llegan a ser fundamentales, de la *inquisitio ex officio* y de la independencia del juez para la investigación de la verdad" (FLORIAN, [1934?], p. 28).

169 "Heresia é uma palavra grega que significa *opinião*, boa ou má, e, em sentido derivado, *seita*, filosófica ou religiosa. Falava-se, antigamente, em heresia peripatética e heresia acadêmica, para significar a orientação de ARISTÓTELES e a de PLATÃO; heresia cristã para designar o movimento de opinião dos seguidores de CRISTO. [...] Com o tempo, entretanto, a palavra *heresia* foi tomando sentido pejorativo até significar o êrro voluntário e obstinado a respeito de um dogma de fé. Êrro, na opinião de quem fala" (TORNAGHI, v. II, p. 569, grifo do autor).

170 "Esse recurso já se tornara usual no Direito comum, de sorte que, observou-se, seria injustificável conceder tratamento privilegiado aos hereges. Se, ponderou o papa, tal medida se aplica aos ladrões e aos assassinos, o mesmo deverá ocorrer com os hereges, que não passam de ladrões e assassinos da alma" (GONZAGA, 1993, p. 88).

171 "A tortura passou a ser considerada não mais meio de prova, mas sim um método para confirmar ou para eliminar uma prova semiplena, uma série de indícios; e o valor que se lhe atribuía era tanto, que se, no caso de tortura, o réu resistisse sem confessa a sua culpa, verificava-se uma espécie de improcedibilidade em seu favor, pelo que, mesmo diante de novas provas, não mais poderia ele ser julgado pelo mesmo fato" (GRINOVER, 1982, p. 36).

como profissão de fé, a temática referente ao temor que o sobrenatural e as questões de fé exerciam nas pessoas.

É de se notar que o modelo de processo inquisitorial fora extremamente útil no combate aos índices de delinquência naquele instante da história do processo, porque assegurava meios considerados de alta eficácia para a análise da culpabilidade do acusado e a obtenção da verdade. É inegável a sua contribuição nesse sentido[172].

1.8 A sistemática no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição

Decorria o ano de 1229 e o Concílio de Tolouse instituiu, oficialmente, a Inquisição[173] ou Tribunal do Santo Ofício[174], muito embora se avoque como denominação mais completa e representativa a que se refere ao Tribunal do Santo Ofício da Inquisição[175]. A Inquisição resultou de um pensamento inserido nos costumes e culturas da época, estes fortemente influenciados pelos dogmas religiosos[176], explicados pela necessidade maior de apregoar uma doutrina

---

[172] Nota-se que o "proceso inquisitivo se tornó necesario, para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de los acusadores privados, y así fue que en um primer momento ya se sento la regla de que si el acusador no quería proseguir la acusación, debía el juez continuarla de oficio y castigar al acusador. También se destacaba que la inquisición favorece más que la acusación la represión de los delitos. El sistema inquisitivo responde, pues, a una verdadera necesidad social" (RUBIANES, 1978, p. 20).

[173] "Diante das insuficiências do clero secular para o combate, começou-se a recorrer aos frades. São DOMINGOS DE GUSMÃO veio a ser sucumbido de algumas missões e por volta de 1216 INOCÊNCIO III lhe entregou a presidência de um tribunal. Assim é que, aos poucos, foi nascendo o que se passou depois a designar pela palavra 'Inquisição'. Como instituição oficial e permanente para toda a Igreja, no entanto, esta somente se consolidou em 1231, por bula do papa GREGÓRIO IX. Antes disso, em 1229, suas estruturas se delinearam num concílio realizado em Tolosa. [...] Começou o Tribunal do Santo Ofício na França e passou depois a outros países europeus. [...]Tanto a Justiça comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas" (GONZAGA, 1993, p. 98).

[174] Cf. SOARES, 1977, p. 67.

[175] Registra-se que "o nome completo era 'Tribunal do Santo Ofício da Inquisição', mas passou a ser designado simplificadamente por esta última palavra, cuja raiz está no verbo latino *inquirere* ('inquirir'), do qual deriva o substantivo *inquisitio* ('inquisição'). Assim se chamou porque adotava o sistema processual inquisitivo, que se tornara dominante no Direito Penal Canônico e no Direito secular" (GONZAGA, 1993, p. 120).

[176] "O Concílio de Latrão, em 1215, renovou as prescrições aos bispos. Inúmeros outros concílios repetiram os mesmos preceitos. Aparecia assim a Inquisição episcopal. Mas a verdade é que os bispos lutavam com dificuldade para cumprir a tarefa que lhes havia sido oferecida, mesmo valendo-se de legados. Daí a ideia de confiar a sacerdotes a missão inquisitorial" (TORNAGHI, 1967, v. II, p. 572).

eclesiástica, afastando as relações consideradas espúrias ou que reivindicavam uma maior liberdade no pensamento em relação ao comportamento clerical.

As relações entre direito e religião também estavam marcadas por uma intensa luta quase sempre obscura, inclinada na direção da obtenção de poder[177]. As cruzadas e as missões havidas por entre as civilizações remontaram numa intrépida vontade de alargar os limites da dominação. Para tanto, utilizou-se de valores e símbolos religiosos como forma de legitimação do poder[178].

Nesse contexto social[179] e político desenrolou-se a Inquisição. Recebeu guarida e justificação à época, tendo demonstrado que o seu nascedouro não foi um produto artificial, uma elaboração simples e instantânea. Antes, resultou de larga experiência resultante da rigidez empregada pelos métodos da Igreja que eram por demais severos e imprimiam a intolerância às práticas criminosas e também à divinização de deuses pagãos[180].

Por isso a Inquisição deve ser analisada de acordo com os usos e costumes vivenciados pela sociedade naquele momento e não com os olhos voltados aos costumes hodiernos, para não se correr o risco de confrontar-se com paradigmas

---

[177] Dessa forma, "a crença oficial é imposta à comunidade, inclusive com a arma do Direito Penal, a fim de cimentar a nação num todo coeso e uniforme, tornando-a mais potente e distinguindo-a de outros países. Busca-se, através de uma fé comum, unificar o povo e fortalecer-lhe o patriotismo. Desse modo, a religião se converte em instrumento político a serviço da identidade nacional. [...] A religião aparece assim como um valor juridicamente amparado, e os sentimentos populares a ela ligados como um bem imaterial e coletivo, que pode ser atingido por atos de público menosprezo" (GONZAGA, 1993, p. 81-83).

[178] "A atuação da Igreja, antes de iniciar a perseguição de heresias e heréticos, era coerente com os preceitos do cristianismo" (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 15).

[179] "Efetivamente, as legislações e o sistema judiciário medieval refletiam as condições sociais então existentes, isto é, uma sociedade em que a quase totalidade dos cidadãos vivia miseravelmente, sob as mais rudes condições de trabalho e num deplorável obscurantismo intelectual, mantendo o ócio e desperdício dos privilegiados e alimentando os ambiciosos e insaciáveis planos de dominação da nobreza e do clero, que lançavam impiedosamente à guerra populações inteiras, destruindo regiões imensas, indiferentes à miséria, fome e sofrimentos que provocavam" (SOARES, 1977, p. 68).

[180] Quando a Santa Sé passa a determinar a religião oficial do Estado são percebidas consequências no Direito Penal comum com a catalogação "de crimes consistentes em ofensas à religião ou à Igreja; competência concorrente, dos tribunais seculares e dos eclesiásticos, para perseguirem os autores de tais crimes; métodos processuais e penais rigorosíssimos [...]. A Inquisição, portanto, não foi algo artificial, que a Igreja tenha impingido ao povo, mas produto de uma necessidade natural, que todos sentiam, e o seu severo modo de atuar foi condizente com o estilo da época. Somente muito mais tarde, presentes outras concepções e outros costumes, é que ela veio a ser criticada como atentatória às liberdades individuais. Ao tempo em que nasceu e atuou, a opinião pública a aceitou como medida correta e necessária, como proteção social contra dissidentes que eram encarados como malfeitores" (GONZAGA, 1993, p. 91).

que não traduzem sua real dimensão, analisando-a em outra conformidade e com a visão distorcida[181].

Com a inevitável preponderância da Inquisição formou-se o denominado processo inquisitorial canônico, um verdadeiro processo judicial com ritos específicos, metodologia probatória peculiar e análise da culpabilidade em somente uma oportunidade[182]. Novamente se destaca a estreita a ligação entre direito e religião nas questões processuais.

Sem dar muito azo aos direitos humanos e às garantias individuais, o processo inquisitorial canônico, no início de sua adoção, teve amplo apoio social e foi um instrumento considerado muito importante no combate à criminalidade até então. Desenrolado numa única fase a instrução e o julgamento ocorriam de modo muito célere.

Também se observou nos Tribunais da Inquisição a utilização da tortura como metodologia prática engendrada para a apuração da heresia investigada. A tortura consubstanciava um decisivo instrumento processual para se obter uma prova confessional a ser utilizada como admissibilidade acusatória, não sendo, todavia, considerada como a imposição de uma pena[183].

---

[181] "Para formar um juízo mais seguro nessa matéria, é preciso julgar o processo inquisitório (e os próprios tribunais de Inquisição), não com a mentalidade de hoje, mas com o da época. O contrário seria distorcer as coisas e incidir num anacronismo de funestas consequências. Especialmente no que diz respeito à tortura convém lembrar que se hoje ela repugna, naqueles tempos estava em perfeita consonância com a dureza dos homens" (TORNAGHI, 1967, v. II, p. 576).

[182] "Formou-se o processo inquisitorial canônico, pelo qual os crimes eram conhecidos e julgados de ofício, e que, sob INOCÊNCIO III, em 1215, teve a sua definitiva disciplina legislativa. Em 1300, êsse processo inquisitório tornou-se a forma reguladora ordinária dos tribunais seculares da Itália. Reconhecida a religião cristã pelo Estado, sob CONSTANTINO, e, depois, sob TEODÓSIO, em 381, como religião oficial e exclusiva, as ações contra a religião oficial tomaram o caráter de ações delituosas públicas, puníveis sob as ideias de retribuição e de intimidação" (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, tomo I, p. 45).

[183] "A tortura foi amplamente utilizada na Idade das Trevas (1200 a 1800 d. C., aproximadamente), nos chamados Tribunais Eclesiásticos da Inquisição, para a obtenção da confissão de um herege. Nessa época, a confissão do réu era considerada como a rainha das provas, a *probatio probatissima*, e, para alcançar a prova, recorria-se à tortura. Destarte, o réu era transformado em juiz de sua própria causa, resistindo aos tormentos para salvar-se ou a eles cedendo, para perder-se. A tortura empregada naquela época não possuía a natureza de pena, mas era um meio processual de apuração da verdade. A tortura servia apenas como paliativo, na ausência de provas. Não se recorria à tortura nos delitos manifestos, mas somente nos delitos ocultos, que eram mais difíceis de comprovar" (SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 5. ed. Campinas: Millennium, 2004, p. 139).

Dessa forma, era fundamental obter a confissão do acusado perante o juiz inquisidor, na presença de testemunhas que se dividiam entre membros da Igreja e pessoas da sociedade local. Isso se dava sempre que havia uma fundada dúvida no interrogatório do acusado quando confrontado com o restante do conjunto probatório ou quando se suspeitava de uma confissão incompleta ou incongruente aos desígnios do processo[184].

Os magistrados eram divididos em dois grupos: magistrados laicos e inquisidores. Os primeiros, estudiosos da doutrina escolástica e da lei, eram os que tinham a missão de conduzir a instrução e o julgamento. Analisavam em primeira mão a viabilidade da acusação formulada contra o réu e decidiam a respeito da pertinência ou não daquele ser submetido a um julgamento. Essa análise se revelava como um verdadeiro filtro quanto à procedência da acusação em juízo[185].

Para a obtenção da verdade no âmbito do processo, os inquisidores tiveram por missão devassar o íntimo do réu, eram legitimados pelo sistema a buscar a todo custo a confissão mesmo que isso representasse a ofensa à integridade física e moral do acusado. Confundia-se o papel do inquisidor com o de um pastor que lutava para a expiação dos pecados do indivíduo, porque sua missão não era punir, mas sim converter o pecador. Destarte, cria-se no suplício físico para a salvação da alma do moribundo[186].

A utilização da tortura sem critérios objetivos e em larga escala corroborava com os ideais de possuir a Inquisição um procedimento diferenciado em que a busca pela prova consubstanciava uma busca pelo âmago do acusado, impingindo-lhe longo sacrifício. Isso fizera com que as Inquisições se tornassem procedimentos exaustivos, vez que o julgador teria que vencer todas as resistências do acusado, além de serem cada vez menos populares entre os fiéis.

---

184 "Se o interrogando protestava inocência, mas havia fortes provas em contrário, podia ser utilizada a tortura e submetiam-no a prisão processual, enquanto se faziam mais investigações. Nesse entretempo, o réu era visitado na cela pelo inquisidor, por seus assistentes ou por católicos de prestígio na região, que tentavam persuadi-lo a se arrepender e confessar o crime" (GONZAGA, 1993, p. 121).

185 Cf. NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. 10. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 60.

186 Cf. GONZAGA, 1993, p. 127.

A análise do conjunto probatório utilizado pelos Tribunais Inquisitoriais residia na aferição da prova estabelecida pela legislação – a prova legal. Isso implicava quase sempre na aceitação da verdade acerca de determinado fato com base em número mínimo de depoimentos com resposta convergente. Tais declarações tomadas de testemunhas estavam previstas na legislação.

Ao final da instrução, com todas as provas recolhidas e apresentadas em juízo, o magistrado cercava-se de assessores que em sua grande parte eram jurisconsultos que nutriam largo domínio e compreensão do direito canônico e do direito comum e que orientavam a decisão final a ser abraçada.

O impacto social das inquisições foi tremendo, resultando num grande movimento de segregação dos perseguidos. Mesmo assim, a atividade inquisitorial estendeu-se por quase três séculos e a sua longevidade apesar de ser, atualmente, entendida como insustentável, deveu-se aos contornos sociais e políticos de então[187].

1.9 Anotações no direito anglo-saxão

Observando o elevado prestígio que gozava a monarquia, um novo sistema jurídico começou a ser desenvolvido na Inglaterra e País de Gales a partir do século XII sendo finalmente consubstanciado no século XIII, por força de um determinismo Real. Tal sistema, denominado de *common law*[188], teve por missão, inicialmente, afastar a invocação dos costumes de cada região e, posteriormente, uniformizar um direito comum aos domínios da Inglaterra e País de Gales. Essa

[187] A aceitação larga dos métodos inquisitoriais católicos à prática judiciária penal deveu-se à "capacidade de adaptação dos tribunais a diferentes contextos políticos, sociais e culturais. Antes de mais nada, a flexibilidade" (BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 405).

[188] Daí "chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o *law French*, até o século XVIII" (GILISSEN, 1995, p. 207).

operação iria levar por terra qualquer possibilidade de invocar-se um direito local, isolado, quando dos debates dos processos judiciais criminais, principalmente.

Esse sistema jurídico teve parca inspiração nas instituições do direito romano. Isso porque foi resultado imediato de um direito definido pelas experiências locais, pelas decisões anteriores da Inglaterra, transferindo para segundo plano a invocação da legislação. O Tribunal do rei (*Curia regis*) foi desenvolvido entendendo-se pela competência própria, Real, desprezando-se as demais jurisdições regionais[189].

Por ser oriundo de uma construção com base na jurisprudência local, atrelou o julgador a decidir praticamente segundo as regras estabelecidas pelos precedentes judiciários, estes havidos após sucessivos debates e corroborado pela prática diuturna. As críticas que incidiram em tal sistemática sustentaram-se pela premissa de haver um engessamento na liberdade do juízo decidir conforme o caso em debate, tendo que se orientar mais pelo colegiado do que pela consciência.

No entanto, o que se observou não foi um total abandono ou descaso à legislação vigente, esta que foi numerosa nesse período. O magistrado, por seu turno, deveria decidir pela aplicação da legislação se a considerasse em conformidade com o sistema da *common law*. Havia na realidade uma liberdade maior para que o magistrado analisasse quanto à aplicabilidade da legislação frente ao disciplinado pelas demais regras do sistema.

Contudo, a materialização das regras da *common law* significou um desgaste ao sistema jurídico pautado na livre avaliação da culpabilidade do acusado porque, ao certo, limitava o magistrado em aferir um determinado conjunto de provas no sentido dos desígnios das decisões das cortes com base no direito consuetudinário e não de acordo com as implicâncias do caso prático[190].

---

[189] "O direito desenvolveu-se em Inglaterra desde o séc. XIII, com base nesta lista de *writs*, isto é, das acções judiciais sob a forma de ordens do rei" (GILISSEN, 1995, p. 211).

[190] Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

O vislumbrado mecanismo de controle da admissibilidade da acusação perdeu praticamente o sentido nos primórdios desse sistema e isso resultou num notório enfraquecimento das garantias procedimentais, uma vez que entre estas está o direito do indivíduo ter analisada, preliminarmente, a viabilidade da acusação que o Estado lhe impinge[191].

Quando do recebimento da acusação competia ao magistrado analisar somente sua adequabilidade (preceito formal) frente aos preceitos da *common law*, sem ter a liberdade de analisar a viabilidade de encaminhar o acusado a um julgamento (preceito material)[192].

Essa característica de vincular a atuação do magistrado para decidir de acordo com os preceitos do sistema provocou, juntamente com outras questões de ordem social e política, um maior clamor pelo sistema de julgamento com base na participação popular através da formação de um conselho para decidir acerca das questões criminais. Era a forma embrionária do Tribunal do Júri, cujos dados históricos remontam ao inquérito carolíngio e ao direito dos primeiros reis anglo-normandos[193].

A busca de regras específicas que pudessem conferir maior certeza e confiabilidade no procedimento dos julgamentos criminais levou ao amadurecimento da ideia de fomentar a participação de populares no julgamento de seus pares, como uma forma de solidificar um sistema com maior apelo para a convicção de juízes leigos em detrimento às afastadas regras de jurisprudência, às quais não contemplavam fielmente a abrangência da causa.

---

[191] É de se observar que nos processos criminais "era (e continua a ser) essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto; o processo é assim aqui mais importante que as regras do direito positivo: *remedies precede rights*. O *common law* elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo do direito. É por isso que a estrutura do *common law* é fundamentalmente diferente da dos direitos dos países do continente europeu" (GILISSEN, 1995, p. 211-212).

[192] Cf. SOARES, 1977, p. 311.

[193] E sobre a questão histórica de sua formação, é de se notar que "o júri em matéria judiciária não aparece senão com Henrique II, por um conjunto de medidas tendentes designadamente a lutar contra os ordálios. [...] a acusação pública em matéria criminal já não é entregue a um funcionário, uma espécie de Ministério Público, mas à comunidade local; um júri, mais tarde chamado *Grand Jury* deve denunciar os crimes mais graves (assassínios, roubos, etc.) aos juízes (*indictment*). [...] os jurados deviam decidir segundo o que sabiam e segundo o que se dizia; não deviam ocupar-se com as provas" (GILISSEN, 1995, p. 214).

Nesse sentido vislumbra-se uma migração nas regras dos procedimentos judiciais de um sistema de decisão monocrática vinculada, sem a possibilidade de controle da admissibilidade da acusação, para outro com maior participação popular através da composição de um conselho de juízes leigos que, inicialmente, eram incumbidos de realizar a instrução processual para que o mérito fosse, posteriormente, analisado por um magistrado após estar adequada a acusação[194].

Em razão da colonização inglesa, esse modelo foi adotado no ordenamento americano[195], ganhando relevo a instituição do júri no patamar de uma forma mais aplicada e oxigenada de julgamento[196] para os padrões conhecidos da época, posto que se valorizava a maior participação popular em decisões quanto à culpabilidade e aplicação da pena ao réu.

Com o desenvolvimento de novas estruturas procedimentais, num segundo momento, ampliou-se a instrução e julgamento para um plano de maior análise frente às questões que envolviam a admissibilidade da acusação, introduzindo no sistema duas composições de jurados. Na primeira etapa os juízes leigos analisavam a viabilidade de encaminhar o réu a julgamento enquanto que na segunda, um menor corpo de jurados decidia quanto ao mérito propriamente dito.

Por conseguinte, desenhava-se um controle preliminar de admissibilidade acusatória, depurando as causas que seguiam para a fase de julgamento por um conselho de análise de mérito. No estágio de desenvolvimento do sistema da *common law*, com metodologia de valorização da participação popular nas decisões soberanas do Estado-Juiz, restou claro a impossibilidade de retorno aos arcaicos métodos de

---

194 Pela alternância de metodologia para um contexto em que "se entende que todo o homem na investigação da verdade, e na apreciação da prova tem em si um correspondente poder de instincto que o guia; se por conseguinte julga que a sentença, que tem de ser proferida sobre factos reconhecidos como certos, deve resultar, mais da impressão geral sentida por todo o espirito cultivado em face das provas produzidas, do que de motivos fixos e determinados; se finalmente é de opinião, que o juiz não póde ser obrigado a dar conta severa de sua convicção" (MITTERMAYER, 1871, p. 112).

195 "Nos Estados Unidos, o recurso ao júri está previsto na Constituição de 1787. O *Grand Jury* subsiste nos tribunais federais e em cerca de vinte Estados" (GILISSEN, 1995, p. 215).

196 "A relação entre o júri e o sistema probatório anglo-americano é tão íntima que a *law of evidence* é considerada, pela maioria dos autores, como sendo '*the child of the jury*': são as particularidades desse tipo de julgamento popular que determinaram a estruturação de todo um sistema probatório voltado à seleção do material informativo a ser submetido aos jurados" (GOMES FILHO, 1997, p. 37).

julgamento pautados nos combates judiciários, ordálias e juramentos, vez que começava a se desenhar uma nova fase do pensamento jurídico em que ao ser humano deveriam ser resguardadas maiores garantias visando sua integridade física e moral, principalmente, na trajetória desgastante de um processo criminal[197].

1.10 Pórticos da formação do júri

Identificar o leito de nascença do Tribunal do Júri é árdua missão que se perde em searas incertas[198]. No entanto, é de se notar que o seu formato vem sendo afeiçoado desde as sociedades primitivas[199], nas quais em vários momentos do cotidiano é possível observar o julgamento de um acusado pelos membros dessa sociedade[200]. Contudo, comumente identifica-se na história a fixação do júri com a consolidação de um governo legitimamente constituído[201].

---

[197] Dessa forma "todo indivíduo passou a preferir ser julgado por ele, porque composto de vizinhos que apreciavam a informação de testemunhas. É, assim, o júri na Inglaterra anterior à Magna Carta. Com esta, o júri é mantido e reafirmado, figurando como garantia do indivíduo: 'Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma destruído, a não ser pelo *julgamento legal de seus pares* e por lei do país'. Prosperou o júri na Inglaterra e daí se estendeu a outros países da Europa, aos Estados Unidos da América do Norte, chegando ao Brasil. O júri, contudo, não se adaptou ao continente europeu, não tendo em outros países o prestígio que ostenta na Inglaterra" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 169, grifo do autor).

[198] É seguro que em relação ao Tribunal do Júri "as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos" (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 156).

[199] "O Jury, isto he, o Juizo de Paiz, não he producto peculiar de nenhum clima: he sim, pela mutua garantia dos Cidadãos, a criação espontanea, a inspiração commum de todos os Povos, que a ignorância não cega, não comprime o terror, e a escravidão não envilece; he a expressão da Sociedade, he a condição primaria de seu contrato; he essa Lei de que falla CICERO, não escrita, mas congenita; que nós não apprendemos, não recebemos, não lemos, mas que he derivada, arrancada, extrahida da mesma Natureza, para a qual não fomos ageitados, mas organisados, de quem nós não nos appossámos, mas de que estamos abrevados. A substancia do Jury he ser huma emanação directa do – Cidadão – mui distincta da do Magistrado; e a sua forma he – operar debaixo da direcção, e authoridade do Magistrado – Omittida esta forma faltão garantias á boa ordem; alterada aquella essencia expirão as garantias da Liberdade" (AIGNAN, 1824, p. 1-2).

[200] "Instituição secular, cuja origem se encontra nas primitivas sociedades humanas, e cuja diffusão entre os povos civilisados constitue uma prova patente e incontestavel de sua vitalidade" (CARVALHAL, Thomaz. *O Tribunal do Jury: Leis, que, no Estado de S. Paulo, regem a sua composição e funccionamento bem como os recursos de suas decisões, seguidas de algumas notas explicativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935, p. 7).

[201] "As duas instituições (júri e governo representativo) descem das mesmas vertentes para o mundo contemporâneo, apresentam mais ou menos a mesma antiguidade; e o paralelismo da sua evolução, da sua consolidação, da sua propagação evidencia uma afinidade quase orgânica, de que a história de mais de um século nos mostra indícios constantes" (BARBOSA, Ruy. *O júri sob todos os aspectos: textos de RUY BARBOSA sôbre a teoria e prática da instituição*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950, p. 27).

É imperioso destacar que os julgamentos populares pautados nas deliberações dos indivíduos presentes ao ato podem ser considerados como a forma embrionária do júri[202] somente se for possível vislumbrar nesses atos decisórios um comando legítimo e representativo da sociedade, tendo em vista o julgamento de um de seus membros por um ato de transgressão às normas dessa comunidade com aplicação de uma reprimenda.

Por via oblíqua, há entendimento no sentido de que a forma embrionária do Tribunal do Júri somente é percebida quando o julgamento de um indivíduo por seus pares exige certa estruturação lógica, mesmo que rudimentar, além de ter um procedimento específico contendo regras direcionadas a esse fim e previamente dispostas, o que afasta por completo os julgamentos rudimentares dessa concepção. Ao admitir esse entendimento, então é possível perceber em Roma, através da *quaestio*, o berço do Tribunal do Júri[203].

Embora não seja de todo possível identificar com exata precisão o nascedouro do Tribunal do Júri, certo é que os registros históricos que remetem a essa instituição logram êxito em atestar o funcionamento de tribunais com as similares características apresentadas hodiernamente pelo júri entre as civilizações primitivas greco-romana e hebraica, destacadamente. No entanto, é de bom alvitre frisar que a concepção de julgamento do indivíduo pelos seus pares, reunidos em órgãos colegiados, advém dos primórdios da civilização humana[204].

---

[202] Cf. SIQUEIRA FILHO, Mariano. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 147.

[203] Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origens, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 15-16.
"A origem remota do júri é atribuída aos *centeni comites* de Roma" (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388).

[204] "O Jury é uma dessas instituições que têm o seu fundamento na soberania popular. Tribunal essencialmente democratico, onde o cidadão é julgado por seus pares, representa a mais brilhante conquista de um povo em busca de seus direitos. TOCQUEVILLE affirmou, que o Jury era 'um dos meios mais efficazes de que a sociedade se póde servir para a educação do povo'. [...] Lançando um olhar retrospectivo sobre a historia do Jury, vêmos que, mesmo no passado, encontram-se vestigios desta instituição entre os Hebreos, Gregos e Romanos" (MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. *O Jury – notas para os que exercem funcções neste Tribunal principalmente no Estado de Minas Geraes*. 2. Ed. São Paulo: Typographia de Hennies & Winiger, 1893, p. 10-11).
Em relação aos tribunais greco-romanos e hebraicos "a verdade é que êsses tribunais muito pouco tinham do Júri" (NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 257).

Também é possível identificar o surgimento milenar do Tribunal do Júri associado a questões de caráter místico e religioso, invocando o legado deixado pelos apóstolos de CRISTO que pregavam a igualdade humana, o amor e a liberdade[205]. Fundado na soberania popular, o júri sempre representou a contribuição do indivíduo para a administração da justiça na sociedade em que se integra como cidadão[206].

1.10.1 A Heliéia e o Areópago na Grécia

Debruçando-se sobre a civilização grega identifica-se que o sistema de tribunais possuía duas destacadas instituições de julgamento: a Heliéia e o Areópago. A Heliéia[207] constituía-se no principal colégio de Atenas e realizava suas reuniões em praças públicas, julgavam ao ar livre, à luz do sol, decidia as questões de fato e de direito[208].

A Heliéia era um tribunal popular que tinha uma composição estimada de jurados que variava entre 201 (duzentos e um) a 2501 (dois mil quinhentos e um). Os membros eram geralmente sorteados entre os indivíduos que tivessem conduta ilibada na sociedade, que não fossem reconhecidamente devedores do fisco e que gozassem de mais de 30 (trinta) anos de idade, presumindo-se um nível mínimo de respeitabilidade e de graduação intelectual para compreender o caráter do

---

[205] Cf. BASTOS; MARTINS, 1989, p. 207.

[206] "O Jury é uma dessas instituições que têm o seu fundamento na soberania popular. Tribunal essencialmente democrático, onde o cidadão é julgado por seus pares, representa a mais brilhante conquista de um povo em busca de seus direitos" (MELLO, 1893, p. 10).

[207] "Na Grécia, desde o Século IV a.C., tinha-se conhecimento da existência do Júri. O denominado *Tribunal de Heliastas* era a jurisdição comum, reunindo-se em praça pública e composto de cidadãos representantes do povo. Em Esparta, os Éforos (juízes do povo) tinham atribuições semelhantes às dos Heliastas" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42, grifo do autor).

[208] "Na pátria da filosofia, os *heliastas* teriam sido os primeiros jurados: cidadãos que julgavam ao ar livre, ao sol, (e daí a denominação de *heliastas*, palavra derivada de *helios*, sol) sob a presidência de um magistrado de profissão, decidiam de fato e de direito. Compunham-se êsses tribunais de indivíduos de baixa extração, de nível inferior em cultura e educação" (AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de Direito Judiciário Penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. II, p. 178, grifo do autor).
Cf. NUCCI, 2008, p. 87.

julgamento em toda a sua inteireza. Essa amplitude referente ao número de membros integrantes desse tribunal oscilava na medida da gravidade da infração que estava em julgamento[209].

A presidência das reuniões na Heliléia cabia ao *archonte* – uma espécie de condutor das sessões – o qual analisava as argumentações contra o acusado e decidia acerca da declaração quanto à culpabilidade deste[210]. Nesse tribunal vigoravam as exposições orais e as decisões eram tomadas por íntima convicção dos jurados, logo após a sustentação dos argumentos da defesa e tinham como principal característica a soberania[211].

O Areópago, por seu turno era composto por um conselho de membros da aristocracia ateniense, estes que geralmente eram guerreiros de elite, responsáveis pelo patrulhamento da cidade nos tempos de guerra declarada. Suas atribuições nesse tribunal sofreram alterações ao longo dos tempos devido às constantes alternâncias no sistema político grego.

Para as sessões desse tribunal os próprios integrantes votavam e escolhiam o presidente – *archonte* – conhecedor das normas locais e que tinha a missão de administrar os trabalhos preliminares destinados à aceitação ou rejeição da acusação, além de ter como principal incumbência a preparação da causa para o julgamento do acusado[212].

---

[209] "Todo o Atheniense de trinta annos de idade, de conducta inculpada, e não devedor do Thesouro publico estava habilitado para as funções de *Dicasta*. [...] O mais importante de todos era o *Helico* ou o Diacasterio dos Heliastas, que julgava tanto assim as Causas civeis como os crimes. A origem do seo nome vinha do Sol, porque ao Sol fazião as suas Sessões" (AIGNAN, 1824, p. 14-15, grifo do autor).
Cf. GILISSEN, 1995, p. 74.

[210] "Algumas outras vezes congregavão-se estes Juizes, ou Anciãos nas Praças publicas, e ahi assentados em circulo Davao as suas Sentenças. Comettia-se hum assacinio? O matador jurava diante do Povo, *que já tinha pagado o resgate*; o accusador negava; de huma parte e d'outra exhibião-se testemunhas, e de ambas soltavão-se acclamações de favor, ou de ódio. Os Arautos pedião silencio, e os Juizes sentenciavão. Tal era a justiça desses tempos" (AIGNAN, 1824, p. 3, grifo do autor).

[211] Cf. ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo R. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 201, jul./set. 1996.

[212] "Se a iniciativa, e a direcção das Leyes pertencia ao Senado, aos Archontes pertencia a iniciativa e direção da Justiça. Logo que qualquer desavença particular passava a Cathegoria de acção civil, ou crime, o Magistrado, que fazia a audiencia examinava os motivos, e circunstancias della. Este Magistrado quasi sempre era hum dos seis *Archontes Thesmotetes*" (AIGNAN, 1824, p. 14, grifo do autor).

No período da democracia grega o Areópago funcionava como um tribunal responsável pelos julgamentos dos crimes de homicídio premeditado e demais sacrilégios. Também nesse tribunal era possível observar que o procedimento judicial se desenvolvia com base na oralidade[213].

Após ouvir os termos pelos quais era denunciado ao conselho, o réu exercia sua defesa, pessoalmente ou por intermédio de um advogado. O *archonte* responsável pelo processo analisava tanto os termos em que se arrimava a acusação quanto os argumentos sustentados pela defesa, além das provas e testemunhos. Após esse exame preliminar e preparatório o *Archote* admitia ou recusava a acusação. Admitindo-a encaminhava para o conselho realizar o julgamento do réu[214].

1.10.2 Os tribunais hebraicos

Na cultura primitiva hebraica destacavam-se três conselhos em que é possível reconhecer características do sistema do júri. Eram denominados de Tribunal Ordinário, Conselho de Anciãos e o Grande Conselho. Todos esses órgãos eram colegiados, compostos de indivíduos idôneos, com notório conhecimento das normas, usos e costumes locais[215].

Especificamente no que tange ao Conselho de Anciãos, esse colegiado possuía regras previamente estabelecidas e mantinha suas reuniões em lugares abertos e com acesso ao público. Pode-se observar bem o funcionamento desse conselho na sociedade hebraica à luz dos preceitos do Pentateuco, coleção dos primeiros cinco livros do Antigo Testamento que evidenciavam, dentre outros,

---

213 Cf. TUCCI, 1999, p. 13-14.

214 "O Author era notificado para dar testemunhas, ou para declarar se tinha mais algumas que produzir; e o advogado do Reo para offerecer os seos meios de deffeza, e as suas excepções peremptórias, ou delatorias. A este exame prévio, e preparatório chamava-se *anacrise*. Assim preparada a Causa, o Magistrado admittia ou recusava a acção. Admitida, era então avocada para o Dicasterio" (AIGNAN, 1824, p. 14, grifo do autor).

215 Cf. ROCHA, Arthur Pinto da. *O jury e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919, p. 8.

normas procedimentais adotadas para o julgamento dos infratores no seio dessas comunidades[216].

Ao réu era dado o direito de defender-se somente dos pontos estabelecidos pela acusação, esta que para ser merecedora de apreciação necessitava de um número mínimo de testemunhas confiáveis. A pena a ser aplicada ao condenado não tinha patamar previamente estabelecido, sendo de antemão fixada nas normas referentes à matéria criminal. Com essa medida, não tornaria surpresa à defesa a aplicação de uma determinada sanção após o veredicto dos jurados.

Cabia ao prudente arbítrio de cada membro do conselho, além de sua notória experiência de vida, diante do caso apresentado, julgar conforme sua consciência e estabelecer com base em todos os argumentos discorridos pelas partes durante o julgamento, uma determinada sanção. Para o início da execução da sanção escolhida pelo tribunal era determinada ainda a intensidade ou quantidade desta[217].

Um dos traços marcantes do Conselho de Anciãos é, indubitavelmente, o traço religioso. O temor a Deus e o fiel cumprimento dos preceitos nas Escrituras Sagradas faziam com que o acusado tivesse um tratamento respeitoso. Se estivesse detido provisoriamente o réu não era submetido a nenhum interrogatório que não fosse aquele realizado pelos membros do Conselho de Anciãos quando do seu julgamento diante da presença do público.

---

[216] "O Pentateuco tem para os Judeus o nome de *Thora*, quer dizer, a 'lei escrita' revelada por Deus. Ela é atribuída, segundo a tradição judia, a MOISÉS, donde a sua denominação usual de 'Leis de MOISÉS' ou 'Cinco Livros de MOISÉS'. Na realidade, o texto data de diferentes períodos; certas partes (nomeadamente as que dizem respeito aos Patriarcas) remontariam ao início do segundo milénio; a maior parte das outras teriam sido redigidas em períodos diferentes entre os séculos XII e V; a forma definitiva não dataria senão de cerca de 450 antes de CRISTO" (GILISSEN, 1995, p. 67-68).

[217] "Todo o processo era publico: o accusado vestido de negro, e com os cabellos desgrenhados assentava-se em hum assento elevado. Fazia-se primeiramente a leitura da culpa: depois o accusador, como de rasão, appresentava as provas e, em seguida ouvia-se o depoimento das testemunhas. [...] Procedia-se logo ao interrogatório do accuzado. Os Juizes não podião urdir-lhe enganos, nem inspirar-lhes temor, uso indecente e feroz, que desgaçadamente se há introduzido na maior parte das Nações modernas. Muito pelo contrario todas as expressões que os Judeos empregavão com os accusados respiravão humanidade; e huma certa especie de benevolencia. A confissão do culpado modificava a pena, mas não fazia prova sufficiente para a pronuncia; para esta era necessario o despoimento conteste de duas ou tres testemunhas. [...] Pelo Codigo Judaico, todos os homens erão igualmente reputados Creaturas de Deos. [...] As condemnações devião ser pronunciadas em jejum, e pelo menos com a maioridade de dois votos." (AIGNAN, 1824, p. 8).

1.10.3 A *quaestio* romana

O processo penal em Roma desenvolveu-se em três fases bem distintas, quais sejam: processo *comicial*, *acusatório* e o da *cognitio extra ordinem*[218]. No processo comicial definem-se dois estágios. Inicialmente existiu o modelo inquisitório (*inquisitio*), caracterizado pela cognição do órgão persecutório, ausência de formalidades e o uso excessivo da coerção para obter a prova, além de haver um número preliminarmente definido de acusadores para dar início ao julgamento de uma causa[219].

No segundo estágio teve ênfase o procedimento da *anquisitio*, com a participação da coletividade, cujos membros compunham um órgão colegiado designado para as funções judicantes[220]. Nesse procedimento era concedida pelo magistrado a faculdade ao preso para requerer ao povo uma nova votação e a consequente anulação de sua sentença[221].

Nos últimos tempos do período republicano, marcado pelas conquistas romanas e pela predominância do modelo comicial, surgiu o processo acusatório, do qual emanaram as denominadas *quaestiones perpetuae*[222] e a *acusatio*, com a ausência de um acusador particular, destacando-se aqui, conforme outrora testilhado, uma das formas embrionárias do Tribunal do Júri, muito embora, conforme aludido, o

---

[218] "Caracterizando-se, como se caracterizou, o processo comicial pelo arbítrio – já que a *cognitio*, dada a inexistência de formas preconcebidas, basificou o do magistrado; e a *anquisitio*, em virtude da natureza da votação popular, tecnicamente informal, não solene, e essencialmente a salvo de qualquer revisão, alicerçou o do povo, reunido em assembléia –, à evidência que não se podia cogitar, até a época do direito clássico, quando do surgimento das *quaestiones*, da implantação de um verdadeiro sistema penal, que, por mais rudimentar que seja, não pode desconhecer um de seus mais importantes regramentos, dito, correntemente, *princípio da legalidade*" (TUCCI, 1999, p. 16-17, grifo do autor).

[219] "Em Roma, a *licença para acusar* dependia do denunciante não ser magistrado, mulher, caluniador julgado como tal e indigente, do caráter delituoso do fato argüido contra o denunciado e de ter a imputação vários subscritores. [...] Era, depois, o acusador investido de uma comissão – *legem* – para proceder às investigações [...]. Era a *inquisitio*" (ALMEIDA, 1973, p. 47, grifo do autor).

[220] Cf. GILISSEN, 1998, p. 81-84.

[221] "Tal *provocatio* compelia o magistrado que decidira mediante a *inquisitio*, a apresentar ao povo os elementos necessários para uma espécie de revisão da causa. Nisto consistia precisamente o procedimento chamado da *anquisitio* (citação, termo para comparecimento, defesa, etc.)" (ALMEIDA, 1973, p. 47).

[222] "Em Roma, durante a República, o Júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecidos por *quoestiones perpetuoe*, por volta do ano de 155 a.C." (NUCCI, 2008, p. 42).

embrião dos julgamentos populares esteja situado na gênese da formação dos primeiros agrupamentos humanos[223].

E, na última fase, destacadamente no período imperial de Roma, vigorou o processo da *cognitio extra ordinem*. Nesta prevaleceram os órgãos jurisdicionais constituídos pelo imperador e voltou a imperar, com o retorno da cognição espontânea, o procedimento penal *ex officio*[224].

A *quaestio* foi concebida inicialmente para funcionar no sistema de comissões temporárias, tornando-se posteriormente em permanentes. Esse tribunal despontou inicialmente como um novo modelo para processar e julgar os crimes caracterizados pela pena pública, sendo que mais tarde a competência foi ampliada[225]. Em linhas gerais a *quaestio* era formada por um corpo de jurados (*iudices iurati*) sorteados dentre os nomes de cidadãos romanos que compunham uma lista oficial.

Os trabalhos nesse tribunal dos *iudices iurati*[226] eram efetuados sob a presidência de um pretor (*quaesitor*), o qual tinha a incumbência de examinar preliminarmente a acusação, negando-a ou acolhendo-a, decidir sobre a competência para o julgamento da causa, tomar o juramento das partes, convocar os jurados, preparar e formar a composição do tribunal, organizar a votação e apurar os votos, além de administrar os debates e executar a pena.

O rito tinha início com a acusação, direito concedido a qualquer cidadão romano. O *quaesitor* recebia a proposta e exercia um juízo de admissibilidade, examinando a natureza do fato – se constituía crime ou não – e a competência para o julgamento da causa. Dessa forma, decidia se recebia ou não a proposta de

---

223 O processo acusatório foi "instituído pelo Senado em face do interesse e apoio da classe dominante (*nobilitas*), para a apreciação de graves delitos perpetrados fora de Roma, e excluídos da competência do julgamento popular (*quaestio extra ordinem*). [...] o processo acusatório – que se iniciava por atuação do ofendido ou de qualquer outro cidadão – começa a firmar-se, mormente, entre os decênios de SILA a CÉSAR, coma composição de outras *quaestiones* judicantes, que, pouco a pouco, instituídas por lei, foram tornando-se perpétuas (a primeira *quaestio perpetua*: 149 a.C., pela *Lex Calpurnia*, sobre *pecuniae repeteundae*)" (TUCCI, 1983, p. 12-13).

224 Cf. TUCCI, 1999, p. 16-17.

225 Cf. BARROS, 1997, p. 29-30.

226 Cf. TUCCI, 1999, p. 19.

acusação. Recebendo-a tomava o juramento do acusador no sentido deste prosseguir com o feito até a sentença e, desde logo, investindo o acusador nas atribuições investigatórias que deveriam estar concluídas até o dia do julgamento[227].

Perante os jurados as partes iniciavam os debates e, após seu término, tinha início a votação quanto ao mérito da causa. Para tanto os jurados utilizavam tabelas com as indicações de *absolvo*, *condeno* ou *non liquet*. O *quaesitor* proclamava o resultado final do julgamento e declarava as providências a serem tomadas posteriormente.

Havendo absolvição da votação dos jurados, instaurava-se um procedimento contra o acusador para a apuração da existência de calúnia dirigida contra o réu[228]. No caso de condenação, seguia-se a execução da decisão. Se a escolha fosse pelo *non liquet*, a causa era remetida para uma instrução ampliada para que a dúvida dos jurados pudesse ser esclarecida à luz de novas provas e de novos debates[229]. Essa era a essência do júri romano[230].

1.10.4 O reconhecimento do júri

A origem próxima da instituição do júri ocorreu como decorrência das deliberações registradas no IV Concílio de Latrão, o maior concílio ecumênico da Idade Média, convocado pelo Papa INOCÊNCIO III, através da Bula *Vineam Domini Sabaoth*, de 10 de abril de 1213[231]. Em 1.º de novembro de 1215 tem início os

---

[227] "Ao cidadão romano investido de poderes pela República, chamado *Quaesitor*, incumbia o exercício de determinados direitos e deveres na condução do processo" (BARROS, 1997, p. 28).

[228] "Julgado o réu, a absolvição acarretava sanção contra o acusador que *agira temerária ou caluniosamente*" (ALMEIDA, 1973, p. 47, grifo do autor).

[229] "Essas características todas levam-nos à crença de que, em razão de tão expressivas coincidências, é nas *quaestiones perpetuae* [...] que se encontra o embrião da instituição do júri brasileiro. [...] Tudo a mostrar, enfim, que, mediata e imediatamente que seja, as *quaestiones perpetuae* do processo penal acusatório romano se colocam como a *celula mater* da instituição do júri nacional" (TUCCI, 1999, p. 22-25).

[230] "Era, entretanto, muito diferente o júri romano. O traço de identidade – a faculdade de recusar alguns juízes – justificava-se por esta forma: eram, em Roma, recusados juízes que, ou vendiam abertamente seus votos, ou vendiam-nos a tão alto preço que o recusador não podia pagar" (AZEVEDO, 1958, p. 178).

[231] Em sentido contrário "certamente a figura pode ser dada como nascida na Inglaterra, a partir de HENRIQUE II, por volta do ano de 1100" (GRECO FILHO, 2009, p. 388).

trabalhos desse concílio numa tentativa da Igreja de resolver graves problemas internos, apresentando uma nova organização jurídica e reafirmando sua hegemonia[232].

A forma e estrutura empregadas na redação dos 70 (setenta) cânones do IV Concílio de Latrão indicam que a elaboração desses escritos ocorreu por especialistas em direito canônico e romano. Boa parte dos cânones trata da justiça e dos procedimentos que deveriam ser tomados na aplicação do direito eclesiástico. A busca por uma unidade religiosa, combatente da heresia e das demais crenças, levou o concílio a abolir a prática das ordálias[233], prática considerada cruel para o julgamento dos acusados[234].

Banida a forma de julgamento estribada nos juízos de Deus, havia a necessidade de substituir esse procedimento por outro pautado em critérios mais lógicos e racionais. Movida por essa necessidade, a Inglaterra[235], sob forte influência religiosa, desenvolveu uma nova sistemática de julgamento baseada na lembrança dos 12 (doze) apóstolos[236] que, orientados pelo Espírito Santo, pronunciavam o amor e a justiça. Era a concreta visualização do júri, forma de julgamento que se propagou para outros países da Europa e da América[237].

---

[232] Cf. BOLTON, Brenda. *A reforma na Idade Média*. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 126-127.

[233] "Em 1215, o quarto Concílio de Latrão aboliu as ordálias, forma cruel de julgamento de Deus. Parece atroz à nossa sensibilidade, parece absurdo ao nosso espírito de homens sensatos, ou que tal nos julgamos, – que se pudesse acreditar na manifestação do julgamento de Deus através da prova dos elementos. E que não houvesse outro meio de o acusado provar a sua inocência" (AZEVEDO, 1958, p. 178).

[234] Cf. SIQUEIRA FILHO, 1980, p. 147.

[235] O júri "recebeu os primeiros traços da sua forma definitiva no solo britânico, depois da conquista normanda, sob HENRIQUE II, extinguindo-se na França, de onde fora transplantado nos seus mais grosseiros rudimentos com as *Capitulares* [...], na média idade inglesa é que ele revestiu a imagem, sob que a era moderna o adotou" (BARBOSA, 1950, p. 28, grifo do autor).

"Os rudimentos do Jury na Inglaterra datam do reino de HENRIQUE II, nas constituições de Claredon (1164) e de Northampton (1174)" (MELLO, 1893, p. 11).

[236] "Nascido na Inglaterra, depois que o concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus, êle guarda até hoje a sua origem mística, muito embora ao ser criado, retratasse o espírito prático e clarividente dos anglo-saxões" (MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. I, p. 3).

O júri instituído no Brasil para julgar os crimes de abuso de imprensa reuniu-se "pela primeira vez, a 25 de junho de 1825, no Rio de Janeiro, para julgar o crime de injúrias expressas" (FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 12).

[237] O novo modelo assumido para o julgamento baseava-se "na lembrança dos doze apóstolos, que haviam recebido a visita do Espírito Santo, quando doze homens de consciência pura se reuniam sob a invocação divina, a verdade infalìvelmente se encontrava entre êles. Desta crença nasceu o júri" (AZEVEDO, 1958, p. 179).

Na constituição desse tribunal no ordenamento inglês[238], previu-se a atuação de dois órgãos colegiados nesse procedimento[239]. Após a comunicação oficial da causa e da realização das medidas preliminares, o magistrado encaminhava a acusação para ser apreciada pelo Grande Júri.

Esse segundo conselho – Grande Júri – formava-se por um número de jurados entre 12 (doze) a 23 (vinte e três), sorteados dentre os cidadãos ingleses de notória idoneidade e intelecção mínima, que deveriam decidir acerca da admissibilidade acusatória, servindo à nação como fiscais da atuação acusatória pela qual o indiciado era levado a julgamento[240].

Admitida a acusação pelo Grande Júri, formalmente o indiciado tornava-se réu e a causa era encaminhada para o Pequeno Júri, formado por 12 (doze) integrantes, cidadãos ingleses possuidores de propriedades rurais que tinham a incumbência de analisar o mérito da causa[241]. Dessa forma, com a atuação de dois conselhos de jurados firmava-se o rito do júri no ordenamento inglês[242].

---

238 "Entretanto, a propagação do Tribunal Popular pelo mundo ocidental teve início, perdurando até hoje, em 1215, com o seguinte preceito: 'Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de *julgamento de seus pares*, segundo as leis do país'" (NUCCI, 2008, p. 42, grifo do autor).

239 "O júri inglês, aliás, se desdobra em *grande júri*, que decide sobre a formação da culpa, e *pequeno júri*, que profere o julgamento definitivo" (GRECO FILHO, 2009, p. 388, grifo do autor).

240 "O Grande Jury he formado de Cidadãos escolhidos entre os maiores proprietarios de terras livres, e os homens mais grados, que o Xerife inscrevera na sua relação, segundo os elementos que os *Constables* lhe fornecerão. [...] Depois do juramento, o Juiz que preside a sessão faz o relatorio dos differentes pontos da materia, e os jurados retirão-se ao seo gabinete para examinar os documentos, e deliberar. [...] Se doze membros do Jury levantão as mãos direitas em abono da accusação, o Presidente escreve nas costas do auto della: *accusação bem fundada*, quando não, escreve: *accusação não fundada*" (AIGNAN, 1824, p. 88-90, grifo do autor).

"Adotando o júri, as nações contemporâneas admitiram o número doze, não por arremedilho fútil, ou servil, da imaginação saxonia, mas porque êsse número, nem muito amplo, nem muito estreito... assegurava razoàvelmente as vantagens de uma deliberação coletiva no julgamento, e dificultava as pressões da corrupção e da fôrça" (MARQUES, 1955, p. 56).

241 "Os doze Jurados, logo que entrão em exercicio, prestão cada hum de per si o Juramento seguinte: Juro de bem, e sinceramente pronunciar nesta causa, de haver-me com franquesa e verdade entre o nosso Soberano Senhor o Rey, e o preso, que está na Barra, confiado á minha authoridade; e de proferir *Verdict* conforme á verdade, e segundo as provas que me forem exhibidas. Ao passo que cada hum acaba de dar o seo juramento, o Juiz o convida a lançar os olhos sobre o Réo, para que a sua alma pentre de toda a compaixão, e indulgência, que forem compativeis com os seos deveres" (AIGNAN, 1824, p. 94).

242 "Na Inglaterra, de resto, o caracter dos habitantes, pouco inclinados á sympathia pelos criminosos, duros mesmo, e impiedosos para toda transgressão da lei, torna o jury ainda possivel, lá, sem dizer que elle está organizado de uma maneira inteiramente diferente dos outros paizes do continente, porque elle não é chamado a julgar senão os accusados que querem sustentar sua innocencia completa, ou, o que dá no mesmo, aquelles contra os quaes não ha senão indicios" (REZENDE, Astolpho. *Nos domínios da criminologia*. Rio de Janeiro: Companhia Brasil Editora, 1939, v. I, p. 625).

O modelo do Tribunal do Júri estabelecido na Inglaterra foi adotado pelos Estados Unidos da América no século XVII. A instituição foi contemplada no contexto da Carta Régia outorgada aos primeiros imigrantes que tiveram a incumbência de efetuar a colonização das terras americanas[243].

Com isso foi o Tribunal do Júri adotado como modelo de julgamento para todas as infrações penais nos Estados Unidos, sendo historicamente reconhecido pelo povo americano como um dos símbolos mais caros à liberdade[244], um dos baluartes do exercício da cidadania e um paradigma de preservação das liberdades civis[245].

E também foi firmado no ordenamento norte-americano com base no funcionamento de dois colegiados de jurados. Ao Grande Júri, composto de 24 (vinte e quatro) cidadãos de bom nível intelectual, era atribuída a análise da admissibilidade acusatória, ao passo que ao Pequeno Júri, formado de 12 (doze) cidadãos da classe média, reservava-se a análise do mérito da causa[246].

Com os acontecimentos que se sucederam na França, entre 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799, o quadro político e social dessa nação sofreu uma profunda mudança. Com os reflexos da independência norte-americana, ocorrida em 1776, eclodiu a Revolução Francesa em meio a um instável quadro socioeconômico que revelava a elevada desigualdade social, altos índices de

---

243 "O Júri foi uma das instituições mais antigas das colônias inglesas na América do Norte [...]. A patente dada, em 1629, aos colonos de Plymouth, os pais da América atual, assegurava-lhes entre 'as livres liberdades do livre povo inglês' [...], santificadas quase na mesma linguagem da Magna Carta quatro séculos antes, o julgamento pelo júri. Já então se reputava, entre os americanos, uma das leis fundamentais [...] se poderia observar a relação, invariável em toda parte, entre o júri e a liberdade; porque essa derrogação à generalidade americana tinha a sua causa na feição teocrática, de que se revestia ali a sociedade colonial: prescindiu-se no júri em razão de não se lhe encontrar apoio nas leis de Moisés. [...] 'o julgamento geral de todas as causas pelo júri se achava tão universalmente, estabelecido nas colônias como na metrópole'" (BARBOSA, 1950, p. 28-29).

244 Cf. TUCCI, 1999, p. 29.

245 "Nesse sentido, o Tribunal do Júri tem a característica ideológica, no sistema norte-americano, de ser um instrumento de materialização da Justiça, preservando o ideal de tornar o processo criminal, na sociedade, o hábil instrumento para se chegar à solução justa no âmbito do controle jurídico-penal, no qual se projetam o exercício da cidadania e a segurança dos cidadãos com zelo às liberdades civis e aos direitos humanos" (OLIVEIRA, Edmundo. O Tribunal do Júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100).

246 Cf. AIGNAN, 1824, p. 123-124

tributação às classes menos favorecidas, desemprego generalizado pelo país e exploração do trabalho humano[247].

Sob o pavilhão do Iluminismo[248] o considerado *terceiro estado* – o povo e a burguesia – rumou para a deposição da monarquia e a instituição de um governo democrático. A lei passou a ser considerada como a única expressão autêntica da vontade geral do povo, o comando legítimo do novo Estado[249].

A Revolução Francesa é considerada como o acontecimento que marca o início da Idade Contemporânea proclamando a tríade universal da *liberdade, igualdade e fraternidade*, atribuída ao filósofo JEAN-JACQUES ROUSSEAU[250]. Esse movimento é analisado historicamente em quatro distintas fases[251]: a *Assembleia Constituinte*; a *Assembleia Legislativa*; a *Convenção* e o *Diretório*.

Uma das principais medidas assentadas pela Assembleia Constituinte francesa foi a organização na estrutura da justiça. Corolário dessa providência foi

---

247 Cf. HUMBERMAM, Leo. *História da riqueza do homem*. 21 ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1986, p. 149-150.

248 "Na realidade, o grande mérito dos iluministas, mais do que contribuir e por em prática idéias novas e originais, foi concorrer para ordenar, depurar, aclarar e desenvolver a herança recebida daqueles pensadores e, nesse processo de reelaboração, dar surgimento a uma nova perspectiva à própria filosofia, libertando-a dos sistemas metafísicos fechados e auto-suficientes do século anterior e dos axiomas definidos e imutáveis que a caracterizam até então" (SILVA, Edson Pereira Belo da. *Tribunal do Júri – ampliação de sua competência para julgar os crimes dolosos com evento morte*. São Paulo: Iglu, 2006, p. 24-25).

249 "Com a Revolução Francesa, por conseguinte, surge uma realidade histórica de cuja importância muitas vezes nos olvidamos: o *Direito nacional*, um Direito único para cada Nação, Direito este *perante o qual todos são iguais*. O princípio da igualdade perante a lei pressupõe um outro: o da existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território" (REALE, 1995, p. 152, grifo do autor).

250 O filósofo, escritor, músico e político suíço JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) defendeu que a liberdade natural é caracterizada pelas ações tomadas pelo indivíduo com o fito de satisfazer seus instintos, suas necessidades, devendo viver em harmonia e completude com a natureza. O modelo de Estado proposto por ROUSSEAU no Contrato Social assegura a liberdade de cada indivíduo através da independência individual e da livre participação política. Nesse sentido: NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 09-26; ROLLAND, Romain. *O pensamento vivo de ROUSSEAU*. São Paulo: Livraria Martins, 1960, p. 18-44.

251 A Assembleia Constituinte ocorreu entre 09 de julho de 1789 e 30 de setembro de 1791. A fase da Assembleia Legislativa ocorreu entre 08 de outubro de 1791 e 07 de setembro de 1792. A Convenção Nacional francesa, dominada pelos jacobinos, funcionou entre 20 de setembro de 1792 até 26 de outubro de 1795. Teve como principal mote a preparação de uma nova Carta Política para a França após o movimento contra-revolucionário liderado pelo Rei LUÍS XVI durante a Revolução Francesa. O Diretório existiu entre 1795 e 1799 constituindo a aliança entre a burguesia e o exército. Esse movimento foi responsável pela nova Constituição francesa após o golpe de Estado preparado pela burguesia e denominado de Reação Termidoriana. O Diretório sofreu severa oposição dos jacobinos e dos radicais defensores do sistema igualitário. Nesse sentido: HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 18 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004 p. 45-88.

editado o decreto de 30 de abril de 1790 adotando o júri criminal como um dos órgãos do Poder Judiciário daquela nação[252]. Contudo, pela forma como foi albergado no ordenamento francês, o júri recebeu contorno essencialmente político[253].

Não obstante a isso, pode-se notar que o modelo francês adotado para o Tribunal do Júri conservou o formalismo e a mítica pelo qual a instituição foi concebida em solo inglês, principalmente ao se observar a estrutura dos dois juízos que compunham o procedimento: o júri de acusação – que analisava a admissibilidade acusatória – e o júri de julgamento – que analisava o mérito da causa[254].

Com isso o processo penal francês ficou pavimentado sobre três distintas fases, quais sejam: a *instrução preparatória*; o *júri de acusação* – composto de 8 (oito) membros sorteados de uma lista de 30 (trinta) cidadãos; e a fase de debates diante de um *júri de julgamento* – formado por 12 (doze) jurados sorteados de uma lista de 200 (duzentos) cidadãos. O voto de cada jurado era proclamado oralmente por cada qual, sem a necessidade de motivação[255]. Paulatinamente houve uma restrição da competência do júri na França e uma consequente alteração na sua forma e estruturação.

---

252 "Na França, a instituição do Jury data de 1791. Esta foi organizada pela Constituinte, tendo entretanto, a sua origem no seculo de LUIZ XIV. [...] A differença existente entre os dois systemas é que: o Jury inglez reconhece certas leis em materia de provas, e não póde, quando condemna, entregar-se exclusivamente a intima convicção. O Jury francez, como o nosso, não admitte, que os jurados estejam adstrictos á regras jurídicas e a sua única lei è a convicção" (MELLO, 1893, p. 10-12).

253 Em princípio a França orientou-se pelo modelo do júri inglês, mas "conferiu-lhe caráter eminentemente político, implicativo de modificações determinadas em decorrência das variações experimentadas em eventos dessa natureza. Adotou-se, então, desde logo, a publicidade dos debates, quer orais, quer escritos; a par da determinação de que o júri funcionaria nas causas criminais" (TUCCI, 1999, p. 30).
"Bebendo na fonte inglesa e na fonte americana a idéia das garantias individuais, a revolução francesa assimilou a grande instituição tutelar da justiça criminal, posto que lamentavelmente alterada pelas preocupações da democracia nascente, que, rejeitando o princípio inglês da capacidade [...] confundindo o jurado com o eleitor" (BARBOSA, 1950, p. 34-35).
"Como conta NOBILI, os acontecimentos políticos do período da Revolução Francesa e os imediatamente posteriores; a ausência de uma consciência difusa, que tutelasse o Júri e as conquistas de 1779-1791; a falta de uma tradição cultural adequada, contribuíram para conturbar os lineamentos e a estrutura do novo sistema que substituía aquele do direito comum" (GRINOVER, 1982, p. 40).

254 Cf. AZEVEDO, 1958, p. 179.

255 Uma importante distinção entre o modelo de júri inglês e o francês se faz notar "ao passo que a condenação do acusado na Inglaterra dependia da unanimidade de votos dos jurados, a Constituinte Francesa de 1790 admitiu o resultado por maioria" (TUCCI, 1999, p. 30)

A partir daí percebe-se que o Tribunal do Júri foi adotado por um expressivo rol de nações[256], cada qual adaptando a estrutura dessa secular instituição às raízes próprias de sua existência[257], conformando os padrões de julgamento criminal às necessidades repressivas e mantendo sempre atrelados à índole dessa instituição os ideais de participação popular no julgamento de seus pares[258].

---

256 Cf. ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad.: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 47-49.

257 "No decorrer dos tempos e transplante para outros lugares, o Júri foi tomando feições próprias, apresentando peculiaridades características, e, conseqüentemente, diferenças marcantes nos diversos países. Assim, na Itália, foi substituído pelo *escabinado*, o mesmo sucedendo na França (*l'echevinage*), ou seja, por um tribunal composto de juízes togados e jurados" (NORONHA, 1969, p. 258, grifo do autor).
"No correr da história e nos diversos países, apresentou ele grandes variações de estrutura, como o *escabinado* (tribunal misto, em que o juiz togado também vota), de origem germânica ou franca, e o *assessorado*, de origem italiana" (GRECO FILHO, 2009, p. 388, grifo do autor).

258 "A área geográfica do júri é, portanto, a da civilização moderna. Onde quer que ela aponte, ou desponte, vereis, quase logo, com o cristianismo, a escola popular e o sistema representativo, a magistratura dos jurados" (BARBOSA, 1950, p. 43).

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES NA FORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO JÚRI NO BRASIL

SUMÁRIO: 2.1 Prólogo – 2.2 Contribuições históricas à formação de um sistema jurídico – 2.3 As Ordenações Afonsinas – 2.4 As Ordenações Manuelinas – 2.5 As Ordenações Filipinas – 2.6 A sistemática jurídica na transição para o direito nacional – 2.7 A fase do Brasil colonial e sua independência – 2.8 O júri e o Código do Processo Criminal de Primeira Instância – 2.9 As reformas do júri no Brasil Império – 2.10 O júri na fase republicana: 2.10.1 Da República Velha; 2.10.2 Da transição ao Estado Novo; 2.10.3 O júri na Constituição de 1946; 2.10.4 O júri na ditadura brasileira; 2.10.5 A consolidação do júri na Nova República – 2.11 Conceito e natureza jurídica do Tribunal do Júri – 2.12 Princípios constitucionais do Tribunal do Júri: 2.12.1 Da plenitude de defesa (art. 5.º, XXXVIII, *a* – CR/88); 2.12.2 Do sigilo das votações (art. 5.º, XXXVIII, *b* – CR/88); 2.12.3 Da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *c* – CR/88); 2.12.4 Da competência (art. 5.º, XXXVIII, *d* – CR/88).

"A sabedoria é a mais perfeita das formas de conhecimento. Consequentemente, o sábio não deve apenas saber o que decorre dos primeiros princípios; ele deve também ter uma concepção verdadeira acerca dos próprios primeiros princípios. Logo, a sabedoria deve ser uma combinação de inteligência com o conhecimento – um conhecimento científico consumado das coisas mais sublimes."

ÉTICA A NICÔMANOS

ARISTÓTELES (384 a.C. – 322 a.C.)

2.1 Prólogo

O ordenamento jurídico vigente numa nação é fruto do pensamento dominante em determinado lapso de tempo, oriundo das experiências ultrapassadas pelas gerações anteriores motivadas pelos desígnios e propósitos que pretenderam alcançar em seus domínios territoriais, entre eles, a paz e harmonia de seus integrantes no convívio diário entre si e com os povos de outras nações.

Uma vez que a sociedade se organiza, tendo como assoalho o sentimento de solidariedade que une os indivíduos que vivem em determinado espaço geográfico, constitui-se o Estado. Sua específica finalidade reside na instituição e manutenção da ordem social para que o bem comum seja alcançado, através da efetivação dos requisitos suficientes para que ao indivíduo sejam assegurados valores imprescindíveis como a vida, a liberdade e a dignidade.

As determinações sociais são estabelecidas através de um sistema jurídico concebido pelo Estado. No entanto, as distintas etapas que devem ser percorridas para a concepção e formação de um arcabouço de previsões jurídicas permeiam um complexo feixe de ações que tentam se harmonizar num misto de interação e afastamento, no qual os ideais dominantes, a todo instante, buscam se sobressair sobre interesses de grupos com menor representatividade, resultando num sistema jurídico fruto do pensamento dominador.

A reflexão referente à formação de um sistema jurídico de garantias processuais e o consequente acesso à justiça resulta na tônica que deve servir como pauta para a análise dos diversos sistemas jurídicos mundiais. Tal constatação também é observada na formação do ordenamento jurídico brasileiro, no qual se encontram imersos os diversos institutos do direito processual penal[259].

Essa característica reflete um debate que se estende aos dias atuais passando por diversas questões que possam tornar o processo penal uma poderosa seara em que o Estado garanta não somente a aplicação das normas penais como, também, assegure a integridade física e moral do acusado[260]. Pouco se sopesa o fato de que na construção de um sistema de normas jurídicas, invariavelmente, grandes embates

---

[259] Dessa forma, "mesmo naqueles continentes sempre tidos como muito mais avançados em termos de proteção e efetivação dos direitos do cidadão, a lentidão da justiça na composição dos conflitos e a falta de um fácil acesso a ela por parte da população é problema posto a discussão" (SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 95).

[260] "O Processo Penal é o conjunto sistemático de normas que regem o funcionamento da justiça penal, determinando o modo da atividade de seus órgãos e das partes, como garantia destas e segurança do julgamento" (CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1942, v. I, p. 19).

sejam travados, visando à inclusão ou não de institutos e garantias processuais[261]. Tem sido assim ao longo da história das civilizações que buscam a igualdade de tratamento e convivência harmônica entre os seres[262].

Na ordem jurídica de uma determinada nação estuda-se um sistema processual com vistas à compreensão do funcionamento das regras disciplinadoras da atividade jurisdicional estatal em determinado tempo, como garantia da aplicação do direito material, este que tutela um bem jurídico[263] declarado essencial para a estabilidade das relações sociais[264].

Especificamente nos sistemas de funcionamento do processo penal[265], observa-se um contorno dualístico no tratamento que deve ser ofertado ao investigado e/ou acusado com maior ou menor feixe de garantias processuais sendo vislumbradas. Essa oscilação[266], aliada à diversidade de estruturas que regiam sistemas processuais estrangeiros, resultou na dificuldade da formação de uma

---

261 "O Direito (substância da Ordem) constitui por isto, um *sistema* com duas funções principais: a de criação e a de manutenção da Ordem, e através desta, a de favorecer e assegurar a realização do Bem Comum" (MALCHER, 1980, v. I, p. 9, grifo do autor).

262 Nota-se que "os ideais que congregam os membros dos grupos sociais devem ser periodicamente revificados a fim de que não se debilitem. Isso acontece nas ocasiões que aproximam as pessoas, tornando mais freqüentes e intensas as relações entre elas" (QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 76).

263 "O conceito de bem jurídico remonta à Ilustração, na obra de Feuerbach, como forma de diferenciar o direito de moral e, numa tentativa de excluir do âmbito do direito penal as condutas imorais. A partir desta época, em todos os sistemas posteriores, sempre serviu de base para declarar-se os fins e funções do direito penal, surgindo mesmo como sua missão precípua, no sentido de limitar-se a intervenção penal e observar-se os princípios da *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade" (SILVA, Marco Antonio Marques da. Globalização e Direito Penal Econômico. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 406).

264 Daí a inferir-se que o "sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto" (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09: videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47).

265 "A partir do séc. XV foi definitivamente abandonado o sistema acusatório, prevalecendo nìtidamente o sistema inquisitório, que dominou as legislações processuais até o séc. XIX. Neste distingue-se um processo inquisitório formal e um processo inquisitório sumário" (BARROS, 1969, v. I, p. 55, grifo do autor).

266 Constata-se que "as legislações antigas foram más, porém sinceras, expondo nos seus ordenamentos restrições odiosas e penalidades sanguinárias e brutais, compatíveis com o seu tempo. As legislações modernas, com algumas exceções, são enfáticas e hipócritas, ostentando postulados democráticos das alheias declarações de direitos, mas condicionando as suas aplicações a regulamentações que os anulam, na prática" (ALTAVILA, 1995, p. 259).

metodologia específica para o processo penal, característica essa que permitiu observar-se a existência de várias formas aplicáveis a este[267].

Constata-se que o processo penal conseguiu firmar-se a partir do instante em que para assegurar a manutenção da ordem foi constituída uma autoridade pública. Emergindo nesse contexto, o processo penal foi assimilado em seus dois tipos fundamentais: o processo acusatório – largamente utilizado nas primeiras formações jurídicas – e o inquisitório[268].

A formação do direito processual penal brasileiro ocorreu com debates e grande influência da legislação absolutista portuguesa[269], no então Brasil Colônia, até que sobrevieram as primeiras legislações genuinamente nacionais. Nota-se, inicialmente, que as experiências do domínio da Corte portuguesa no Brasil implicaram a aplicação de uma legislação penal severa e a ausência de direitos e garantias fundamentais.

---

[267] Três grupos distintos em que se agrupam as formas históricas do processo penal: "o sistema acusatório [...]; sistema inquisitivo, ao revés, há concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) no órgão judiciário, que é sempre um funcionário do rei ou autoridade subordinada ao poder governamental [...]; sistema processual misto surgiu após a Revolução Francesa: dividindo o processo em fase instrutória e fase de julgamento, predominada naquela o sistema inquisitivo (sem as desumanidades, é evidente, das formas históricas dêste), e no período do julgamento, o sistema acusatório" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965, v. I, p. 62-65).

Cf. FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal – teoria, crítica e práxis*. 6. ed. ver., ampl. e atual. com a "Reforma Processual Penal" (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) e a Videoconferência (Lei 11.900/2009). Niterói: Impetus, 2009, p. 59-63.

Acerca dos sistemas inquisitório e acusatório pode-se dizer que "nos dous systemas, sómente as formas salutares, as medidas uteis, os legisladores, aproveitando o concurso das forças reciprocas, constituiram um systema mixto, acommodando os actos do processo da instrução ás praticas do systema inquisitorio e os actos do processo do julgamento ás praticas do processo accusatorio [...] factores anthropologicos, physicos e sociaes, que determinam as acções humanas, especialmente a temibilidade do indiciado ou delinquente, a nova escola pretende, não só operar uma reacção contra o espirito liberal dos ultimos tempos, como uma reforma radical, destinada a assegurar o successo da doutrina anthropologica" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 219).

[268] "O processo penal de tipo acusatório vai buscar a sua *designação* ao facto de se iniciar com uma acusação e, de no seu desenvolvimento, se estabelecer um vivo debate entre o pretenso criminoso e o adversário que o acusa. [...] O processo penal inquisitório deriva o seu nome do conjunto de diligência com que ele se inicia, que dominam todo o seu posterior desenvolvimento e pesam enormemente sobre a decisão: o inquérito (*inquisitio*)" (PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 51-55, grifo do autor).

[269] Dessa forma, "o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior. [...] a monarquia absoluta *é a forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei*" (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad.: Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 11-13, grifo do autor).

Na codificação trazida pelo Império português para o Brasil, sob o codinome de Ordenações do Reino, vislumbrou-se o instituto da pronúncia. O controle da admissibilidade da acusação era previsto no processo criminal da época com o fito específico de analisar a formação da culpa do acusado e a viabilidade do seu julgamento.

Partindo de uma análise da terminologia e campo de atuação do processo[270], o mote do presente Capítulo é a realização de uma análise na origem, formação e nos parâmetros do processo penal brasileiro, ressaltando seus vários institutos e, em relevo maior, a pronúncia como meio de controle da admissibilidade da acusação no juízo penal. Para tanto parte-se de uma análise inicial no contexto histórico da formação do ordenamento inspirador do primitivo sistema jurídico brasileiro.

2.2 Contribuições históricas à formação de um sistema jurídico

Talvez uma das maiores contribuições para a formação do sistema jurídico português tenha sido o período em que ocorreu a dominação romana na Península Ibérica. Trata-se de um momento de árdua caracterização, mas que pode ser adequadamente compreendido quando analisado em três estágios.

A primeira fase foi marcada pela dominação e exploração romana sobre os povos peninsulares, na segunda fase há uma absorção da cultura romana pelos povos colonizados. A terceira e última etapa teve na hegemonia da cultura romana em toda a extensão peninsular, sua melhor caracterização[271].

---

[270] "O *processo* é o instrumento de recomposição da ordem jurídica rompida quando o conflito, não sendo passível de autocomposição ou, mesmo tendo ocorrido a autodefesa, é levado à decisão jurisdicional, em busca da *solução jurídica adequada*" (MALCHER, 1980, v. I, p. 13, grifo do autor).

[271] Quanto aos marcos temporais que delimitam a romanização atesta-se que "a *primeira fase* começa em 218 a.C., com as lutas iniciais, até a expedição de DÉCIMO JÚNIO BRUTO, em 137 a.C. [...]. A *segunda fase* começa com a vinda de DÉCIMO JÚNIO BRUTO, em 137 a.C. [...]. A *terceira fase* começa no ano 19 a.C., com a vitória dos romanos sobre os povos cantábricos, último foco de resistência, e, a seguir, a romanização ganha corpo" (PIERANGELLI, 1983, p. 25, grifo do autor).

Após o domínio romano surgiram os visigodos[272] e, com estes, farta legislação foi produzida em forma de compilações, destacando-se o *Codex Euricianos*[273], de aplicação exclusiva para os visigodos; o *Codex Leovigildo*[274]; o *Autorictas Alarici Regis*[275], para ser aplicado, em princípio, aos povos não visigodos; e o *Fuero Juzgo*, também denominado de Código Visigótico[276].

Na monarquia portuguesa o julgamento era realizado por pessoas eleitas pelo povo e que formavam o denominado *Concelho* (*sic*) *dos homens bons*[277]. Aos poucos foram questionadas a autoridade e a competência de tal conselho por outras pessoas de influência na sociedade, fato que gerou uma contínua tensão, levando D. AFONSO II[278], em 1211, a decretar o estabelecimento de magistrados permanentes, eleitos pelo povo, os quais decidiam com base no direito local.

---

[272] "O processo visigótico admitia a *acusação* popular nos crimes graves, e do ofendido ou seus parentes próximos nos menos graves. O processo podia se iniciar pelo *flagrante-delito* ou por *clamor público*, denominado então de processo 'cum rancura', tendo forma sumária; ou pela 'inscriptio', sempre que se tinha de recorrer à produção de provas para demonstrar a acusação. [...] As *provas* admitidas, eram a confissão, as testemunhas, os documentos e as ordálias (juízes de Deus). [...] Depois de colhidas as provas, a Sentença era imediatamente prolatada, em público" (MALCHER, 1980, v. I, p. 33-34, grifo do autor).

[273] O Código de EURICO tornou-se uma compilação de leis vigentes para os visigodos, sendo elaborado por volta do ano de 480 da Era Cristã, por ordens do rei EURICO (420 – 484). Considerada confusa em seu conteúdo, o mérito maior dessa codificação foi o de reunir todos os costumes do povo. Sua base repousa nos princípios do Direito Romano, com traços do Direito Germânico. Nesse sentido: GILISSEN, 1995, p. 80-82.

[274] LEOVIGILDO (? – 586) foi o rei dos Visigodos de Toledo e ampliou a codificação euriciana. Nesse sentido: COLLINS, Roger. *La España Visigoda*. Barcelona: Crítica, 2005, p. 408-550.

[275] Também conhecida como Breviário de ALARICO, a *Lex Romana Visigothorum* foi publicada em 506 a mando do rei visigodo ALARICO II (? – 507) para ter vigência junto aos povos de outras origens. Tal compêndio de direito congregou regras processuais difundidas pelo Direito Romano. Nesse sentido: MERELLO, Italo. *Historia del Derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1983, p. 15-75.

"Sob a influência do Direito romano e dos Bispos, o rei visigodo ALARICO, no ano de 506, mandou formar uma consolidação das leis, chamada de 'Breviarium', reunindo princípios dos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodoriano" (MALCHER, 1980, v. I, p. 33).

[276] A *Lex Visigothorum*, elaborada por ordem do rei RECESVINDO (? – 672), resultou numa compilação de leis visigodas inspiradas na tradição romana, sendo aprovada pelo VIII Concílio de Toledo, fato que demonstra a grande influência da Igreja na legitimação do direito. Composta de 12 livros, sendo a matéria penal disposta ao longo dos Livros VI e VII, teve vigência longa, até meados de 1265, quando entrou em vigor a Lei das *Siete Partidas*. Quanto ao procedimento criminal predominava o modelo acusatório, pelo qual o acusador prestava juramento da verdade em sua acusação. Aplicavam-se os tormentos para se obter a confissão do acusado. O juiz analisava a viabilidade acusatória e, sendo acolhida, encaminhava o acusado a julgamento por um *Concelho de magistrados*. Nesse sentido: PIERANGELLI, 1983, p. 29-34.

[277] Cf. ROCHA, M. A. Coelho da. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal*. Coimbra: Imprensa Universidade, 1887, p. 75.

[278] D. AFONSO II (1185 – 1223) – o *gordo* – realizou uma administração interna, voltada para a consolidação da estrutura sócio-econômica de Portugal. No plano jurídico é atribuída a ele a autoria do primeiro conjunto de leis portuguesas, notadamente na matéria de direito civil e comercial. Não teve boas relações com a Igreja com quem rompeu ao aplicar as finanças desta na economia nacional. Nesse sentido: ALMEIDA, Fortunato de. *História de Portugal – desde os tempos prèistóricos até á aclamação de D. JOÃO I (1385)*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1922, t. I, p. 189-201.

Até esse período, embora houvesse o apego aos usos e costumes locais, predominava a aplicação da legislação, concebendo-se amplos poderes jurisdicionais aos monarcas em detrimento dos poderes jurisdicionais senhoriais. Era muito grande a influência do Direito Romano-Canônico e isso fez com que os atos processuais fossem reduzidos a termo, assim como foi estruturado um eficaz sistema recursal em matéria criminal, intentando mecanismos para reduzir os meios de vingança privada[279].

Merece destaque uma importante legislação agregadora de regras de direito processual na Península Ibérica – *Flores de las Leyes*. Conhecidas como *Flores del Derecho*, constituíam um reduzido manual de Direito Processual[280], elaboradas a mando de AFONSO X de Leão e Castela[281], sendo estendidas para a aplicação no reinado de D. AFONSO III[282].

A matéria de processo penal contida nessa legislação inquisitorial[283] admitia, após a querela, a citação do acusado para que em juízo apresentasse sua defesa. Não o fazendo, cabia ao magistrado elaborar o libelo, o qual continha a descrição do fato e suas circunstâncias, além dos nomes do agressor e do ofendido. Negando os fatos, o demandando era compelido a realizar o juramento de suas alegações, formalidade essencial nesse procedimento. Ultrapassado o prazo para a defesa, adentrava-se à produção de provas[284] e sentença.

---

279 Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 49-50.

280 Cf. CAETANO, Marcello. *Lições de História do Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1962, p. 182-186.

281 AFONSO X de Leão e Castela (1221 – 1284) – o *sábio* e *astrólogo* – foi o responsável pela elaboração das duas grandes obras legislativas peninsulares: o *Fuero Real de Castilha* e o Código das *Siete Partidas*, ambas redigidas originalmente em castelhano. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 235.

282 D. AFONSO III (1210 – 1279) – o *bolonhês* – concedeu incontáveis privilégios à Igreja e aos nobres, empreendeu trabalhos legislativos para regularizar propriedades e cidades, modernizando o serviço administrativo português. Nesse sentido: Ibid., 215-231.

283 Quanto ao sistema inquisitorial "as Ordenações do Reino de Portugal o adotaram, como não podia deixar de acontecer, uma vez que também no pequeno país ibérico, operou-se o movimento de centralização monárquica, iniciado, em tôda a Europa, no fim da Idade Média" (MARQUES, 1965, v. I, p. 88).

284 As *Flores de las Leyes* "nada mais eram do que '*uma espécie de cartilha do processo*', que foi escrita por Jácome Ruiz [...]. Os meios de prova eram três. A primeira, a confissão [...]; a segunda por testemunhos ('*por testigos*') e a terceira, '*por cartas ou enstrumentos publicos ca os enducios e as endições e as prosonções nõ son pera provar por sy, pero que aiuda a provar o feyto*'. [...] Em seguida, o juiz devia conceder às partes prazo razoável para que provassem o que haviam prometido provar. Seguia a sentença" (PIERANGELLI, 1983, p. 35-37, grifo do autor).

Em 1254, ainda por ordem de AFONSO X, foi redigido um compêndio de leis de grande aplicação peninsular, mais claro, conciso e adequado à justiça de então, denominado de *Fuero Real*, *Fuero del Libro* ou, ainda, *Fuero Castellano*, o qual eliminou vários privilégios, tornando-se uma norma comum com matéria civil, penal e comercial, a ser aplicada nas localidades desprovidas de legislação e naquelas que, embora tivessem legislação específica, entendessem por bem seguir a atualização.

Na disciplina do *Fuero Real* eram previstas demandas públicas ou particulares com a denominação de acusações, as quais deveriam ser realizadas por escrito e endereçadas ao rei. Foi previsto, também, o instituto do perdão do ofendido ao acusado em determinadas circunstâncias. Por ser uma legislação que priorizava a igualdade jurídica, representou um importante marco de segurança jurídica para os territórios que a aplicavam[285].

Contudo, para que se atingisse uma uniformidade jurídica no Reino de Castela, AFONSO X ordenou a redação de um novo compêndio de normas jurídicas. Destarte, com redação entre 1256 e 1265, em Castela, surgiu a Lei das *Siete Partidas*[286], cujo conteúdo foi traduzido para a língua portuguesa por determinação de D. DINÍS[287]. A matéria referente ao procedimento judicial encontrava-se disposta na *Terceira Partida* da referida codificação.

Em termos de procedimento criminal, observou-se a transição do sistema acusatório para o inquisitivo, com a participação mais efetiva do magistrado na produção das provas durante a fase investigatória, como forma de mostrar que o

---

[285] Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 37-38.

[286] Também denominada de *Libro de las Leyes*, consubstanciou uma espécie de *Corpus juris*, redigido em castelhano. A Terceira Partida é composta de 32 títulos e 543 leis. Aborda a matéria geral da justiça e sua administração, referindo-se ao procedimento civil e criminal. Destacou regras de processo e de procedimento. Nesse sentido: CAETANO, 1962, p. 181-185.

"Foi com Afonso III e seu sucessor, o Rei D. Dinis, que teve início a restauração, em Portugal, da autoridade da realeza. Operou-se a centralização monárquica em Portugal, da mesma forma que nas demais dinastias européias, o que foi conseguido em grande parte, por meio de reestruturações de ordem judiciária e processual [...]. Ainda é de seu reinado, também a tradução da Lei das Sete Partidas" (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. I, p. 112).

[287] D. DINÍS (1261 – 1325) – o *rei poeta* e *lavrador* –, administrador nato, realizou um governo voltado para a difusão da cultura e das artes, restaurando a aliança outrora abalada com a Igreja. Na seara jurídica, deu sequência à produção legislativa do seu pai, D. AFONSO III, publicando a chamada *Lei de Posturas* a qual inspirou parte das Ordenações Afonsinas. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 235-241.

delito é um dano à sociedade como um todo. Sobressai o juramento como denodado meio de prova. O procedimento criminal poderia ser iniciado de ofício, pelo magistrado, através de querela ou por meio de denúncia[288].

No entanto, na primeira metade do século XIV, percebeu-se no seio da monarquia um franco movimento com vistas à realização de um trabalho de unificação das regras de processo e de decisões judiciais pacificadas. Na época, as contribuições acadêmicas já se faziam possíveis, vez que o Direito já era ensinado em faculdades européias[289].

Das novidades no âmbito do processo penal, destaca-se a que considerou o inquérito como forma ordinária para a instrução dos processos criminais, sendo levado a cabo na presença do acusado. Outro aspecto que merece relevo é o que diz respeito à obrigatoriedade da denúncia ser analisada pelo magistrado que, por sua vez, proporcionava ao acusado o direito de manifestar-se sobre aquela[290].

Ainda nesse período se vislumbram novas formas processuais adotadas por inspiração do Direito Romano e do Código dos Visigodos. Na seara criminal, destacam-se a *notitia criminis,* em que os tabeliães anotavam as malfeitorias realizadas nas localidades para posterior exame do monarca; as formas de se iniciar o processo – por querela ou de ofício pelo magistrado – e a regulamentação da prisão preventiva, uma forma de se evitar abusos e arbitrariedades[291].

Acrescenta-se a tais características, ainda, a igualdade na participação entre a acusação e a defesa na produção das provas. Com a confissão do acusado era

---

[288] Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 39-40.

[289] "A cultura intelectual nos mosteiros, entre o clero secular e na própria côrte de D. DINÍS, era bastante intensa par que surgisse o pensamento de criar uma universidade no reino, a fim de facilitar os estudos àqueles que quisessem seguí-los. [...] Assim teve a universidade portuguesa origem semelhante á de quási todas as universidades fundadas na idade média, as quais ordinàriamente começavam em escolas livres que os príncipes tomavam sob a sua protecção. Por diploma do 1.º de Março de 1290, D. DINÍS criou de facto um *estudo geral* em Lisboa; de modo que o Papa NICOLAU IV, quando em 9 de Agosto do mesmo ano deu a confirmação que lhe fôra pedida, já dirigiu a sua bula á *universidade dos mestres e estudantes de Lisboa*" (ALMEIDA, 1922, t. I, p. 239-240, grifo do autor).

[290] Cf. SOARES, 1977, p. 83.

[291] Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 52.

prolatada a sentença acusatória; negada a acusação, o acusado deveria apresentar provas de sua defesa e realizar as alegações finais. Se o magistrado entendesse provada a acusação, ante a negativa do réu, submetia-o a tormentos para que confessasse o delito. A sentença, nessa época, passou a ser obrigatoriamente escrita.

A autoridade da monarquia portuguesa começou a ser restaurada com D. AFONSO III e seu sucessor D. DINIS. Este monarca adotou como idioma oficial do reino a língua portuguesa, determinando que todos os procedimentos judiciais fossem instruídos com atos processuais realizados nesse idioma e não mais em latim como era de costume até então.

Com isso foram desencadeadas importantes alterações jurídicas que atingiram no reinado de D. AFONSO IV[292] destacado relevo. Além de criar a categoria dos *juízes de fora,* promulgou em 02 de dezembro de 1325 legislação que disciplinava as inquirições devassas[293]. Seu sucessor, D. PEDRO I[294], reinou com ideais de austeridade. Neste reinado o procedimento criminal foi rigoroso e formal, recorrendo-se aos tormentos como forma de se obter a confissão do acusado para, ao final, aplicar-lhe severas penas.

Sucessor de D. PEDRO I, D. FERNANDO I[295] mostrou-se atuante em gestão internacional, ampliando as bases portuguesas para outras terras. No entanto, foi inábil no trato com o próprio povo, resultando em velados movimentos de

---

[292] D. AFONSO IV (1291 – 1357) – o *bravo* – tornou-se um soldado combatente e um importante comandante. O seu governo atravessou um difícil período caracterizado pela baixa na agricultura, pela destruição de Coimbra por um terremoto (1347) e a calamidade trazida pela peste negra. Dedicou-se à estruturação da marinha portuguesa, subsidiando várias incursões mercantis e explorações continentais. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 258-277.

[293] "Com a *Lei das Pontarias*, chamou a si, D. DINIS, o direito de superintender a administração da justiça. Ainda é de seu reinado também, a tradução da *Lei das Sete Partidas*" (MARQUES, 1965, v. I, p. 89, grifo do autor).

[294] D. PEDRO I (1320 – 1367) – o *justiceiro* – foi um popular monarca que governou durante dez anos. Conhecido por sua intensa relação com D. INÊS DE CASTRO (1320 – 1355), D. PEDRO I proporcionou instabilidade interna ao reinado do seu pai, D. AFONSO IV, com o qual travou intenso conflito por conta de sua relação amorosa com D. INÊS. Manteve uma conflituosa relação com a Igreja na sua administração. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 278-283.

[295] D. FERNANDO I (1345 – 1383) – o *formoso* – teve um governo inconstante e turbulento com a realização de desnecessárias incursões militares, fato que fez com que aplicasse pesados investimentos na marinha mercante portuguesa. Foi muito influenciado por sua mulher, D. LEONOR TELES DE MENEZES (1350 – 1386) – a *aleivosa*. Ao passo que se tornava cada vez mais impopular, procurou desenvolver a atividade agrícola promulgando a *Lei das Sesmarias* para atingir esse intento. Nesse sentido: Ibid., p. 284-303.

independência, o que levou aos estudos para viabilizar uma legislação portuguesa por excelência, que pudesse substituir a Lei das *Siete Partidas*[296].

Do raciocínio trazido a lume, denota-se que um dos marcantes traços presentes nas sociedades na Idade Média foi o domínio do regime absolutista monárquico[297]. Sua consolidação ocorreu quando o rei deteve amplamente o poder de forma autoritária e absoluta.

Entre os séculos XIII[298] e XVI[299] é que se concebeu a noção do Estado como se tem na atualidade, ou seja, uma estrutura política organizada sobre um regramento jurídico[300] (Estado de Direito)[301]. Nessa esteira, dois fatores merecem destaque: o surgimento das grandes cidades e o sistema feudal cedendo lugar à administração pública, estatal[302].

---

[296] Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 48-49.

[297] Acerca do regime, pode-se constatar que "a Magna Carta não foi um simples extravasamento da concepção política de um povo que tivesse atingido a maturidade jurídica, culminada por uma metódica e decidida gradação moral [...] As invasões normandas, (calcando os sentimentos nacionalistas anglo-saxônicos) e as espoliações dos soberanos, deram causa a que se procurasse documentar a conduta do rei, em face do clero, da nobreza e burguesia e, imediatamente, das classes servis [...] o diploma político inglês de 1215 deve ser considerado em suas proporções formais, sem um desnecessário ânimo de entusiasmo, porém como uma justa consagração eqüitativa [...] a Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das constituições posteriores" (ALTAVILA, 1995, p. 147-149).

[298] "Antes do surgimento do Estado, eram conferidos poderes de árbitro aos chefes dos primitivos grupos (gens); aos poucos, no entanto, a justiça privada evoluiu, assumindo feição e caráter público. Com a divisão da sociedade em classes e o aparecimento do Estado, este aos poucos, monopolizou não só o conceito como a definição acerca do 'justo' e do 'injusto', como se arrogou a faculdade de administrar o órgão encarregado de aplicação desses critérios e conceitos, de acordo com os interesses das classes economicamente mais fortes e dominantes" (SOARES, 1977, p. 62).

[299] "O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. [...] É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno" (BASTOS, 1988, v. 1, p. 107-109).

[300] No sentido da formação do Estado moderno tal qual é conhecido, consultar as obras de: THOMAS HOBBES (1588-1679) – *O Leviatã*; JOHN LOCKE (1632 – 1704) – *O segundo tratado sobre o governo civil*; e JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) – *O contrato social*.

[301] "Nascida sob o influxo da forte reação contra os regimes absolutos, em que o poder político se exercia de forma despótica e arbitrária, a moderna concepção de *Estado de direito* traduz, basicamente, uma ideologia de *limitação desse poder*. [...] O *Estado de direito* é, assim e antes de tudo, o governo das leis ou, mais apropriadamente, um sistema em que as estruturas do poder político estão definidas segundo a *medida do direito*, especialmente por meio de uma lei fundamental" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23, grifo do autor).

[302] "Com o advento da Idade Média e o surgimento do sistema feudal, os órgãos encarregados de distribuição da justiça na Europa ficaram afetos aos baronatos e condados; somente mais tarde, no alvorecer dos tempos modernos é que essa prerrogativa voltou aos reis, o que não modificou os iníquos critérios de justiça e as cruéis penas aplicadas na época medieval, pelas classes então dominantes" (SOARES, 1977, p. 66).

Com o advento dos grandes comércios houve uma maior produção legislativa. O rei elaborava as leis no formato do seu entendimento e estas operavam como fontes do direito medieval, sendo aplicadas aos súditos. O costume ainda prevalecia em vários sistemas jurídicos, inspirando a formação dos ordenamentos jurídicos de então[303].

Três sistemas jurídicos distintos coexistiram no auge do Absolutismo europeu. Um, baseado no direito *romano* (mais influente devido ao prestígio que conquistou por obra dos glosadores e intérpretes dos textos romanos imperiais); outro, pautado no direito *germânico* (influenciado primordialmente pelo direito romano); e, um terceiro, sistema baseado no direito *canônico* (que acompanhou o crescimento do prestígio da Igreja)[304].

Da coexistência desses três sistemas jurídicos resultou o denominado *direito penal comum*[305]. Este apresentou vigência em vários países da Europa no período anterior aos tempos modernos (séculos XVI, XVII e XVIII), repousando numa regulamentação punitiva, arbitrária e cruel, com a pena inspirada no sentimento público de vingança – *suplícios*[306] – e na idéia da intimidação pelo terror, afastando ou eliminando os possíveis delinquentes do grupo social[307].

---

303 Anotando as características sociais no Absolutismo, pode-se entender que "no campo político, ocorreu a formação dos Estados Nacionais, e os feudos foram substituídos pelas monarquias absolutas de direito divino, cujo apogeu ocorreu sob o reinado de LUIS XIV e sob o magistério espiritual de BOSSUET, no exemplo clássico da França, a partir da segunda metade do século XVII. JACQUES BOSSUET (1679/1709), considerado o maior teórico do absolutismo, em sua obra 'Política Segunda a Sagrada Escritura', afirmava não existir qualquer poder sem a vontade de Deus. O governo era sempre considerado legítimo, fosse justo ou injusto, pacífico ou violento; o monarca representava uma figura sagrada, porquanto delegado de uma autoridade divina" (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 45).

304 Cf. MARKY, 1995, p. 38

305 Cf. CRETELLA JR., 2000, p. 19.

306 Em inigualável advertência sobre a ostentação dos suplícios: "O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: [...] produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hieraquizar; [...] esta produção é regulada [...]; o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante [...]. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco com seu trunfo" (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad.: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 31-32).

307 Muito notada, principalmente ao longo do regime Absolutista, a desproporção entre a pena aplicada e o delito cometido, observando-se que "a gravidade dos suplícios, em nome da vingança pública, se fez sentir em vários países. [...] A punição, em termos de proporção, sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido. [...] Os suplícios, integravam o próprio cerimonial da justiça penal daquela época" (MARQUES, O., *Fundamentos da pena*, 2000, p. 47).

Pondera-se que na aplicação de tais medidas os julgadores e executores no regime do Absolutismo engenhavam os mais terríveis suplícios por determinação de leis incertas ou obscuras, aplicados pelo simples arbítrio de juízes ou soberanos[308]. Isso deflagrou convulsão por parte da sociedade de outrora.

Assim como notado nos tempos do Brasil Colônia, a Igreja influenciava o poder absolutista. Como detinha o maior emprego e domínio da escrita, a Igreja tornou-se uma importante aliada para a monarquia. Do Absolutismo se observa uma estruturação do direito processual através do disciplinamento de regras específicas e procedimentos inovadores para a época[309].

Conquistaram terreno os sistemas calcados no direito normatizado apagando os resquícios da utilização de usos e costumes. Dessa forma, boa parte da Europa adotou modelos jurídicos que utilizavam regras autônomas, concebidas para os habitantes de um determinado território ou membros de um determinado grupamento social.

A autonomia para a elaboração de regras locais ainda era uma utopia. Entrava em reta descendente a monarquia absolutista[310], influenciada principalmente pelos doutrinadores do direito natural[311]. Fortes reações ao poder do monarca começaram a eclodir na Europa e também no Brasil, reunindo principalmente políticos,

---

308 "Chegamos desse modo a absoluto e iníquo automatismo na apreciação das provas, em que nada importava a opinião do juiz. Mesmo que este se achasse convencido da inocência do réu, era obrigado a condená-lo, se estivessem presentes as provas teoricamente reputadas por isso suficientes" (GONZAGA, 1993, p. 31).

309 Nessa época "todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. [...] Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. [...] A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo" (FOUCAULT, 2004, p. 32-33).

310 "Toda formação política que acabara por transformar o Estado Moderno, após a Revolução Francesa, em um Estado de Direito principia sua configuração nos dois grandes eventos que introduzem o mundo no Estado Contemporâneo, a saber: a Independência Americana e a Revolução Francesa. [...] Por outro lado, a Revolução Francesa abre uma nova era para o Estado Moderno, ingressando a Europa na luta por juridicizar os direitos de governantes e governados em nível de faculdades e obrigações" (BASTOS, 1988, v. I, p. 95-96).

311 Principalmente os antecessores de CESARE BECCARIA (1738-1794). Nisso, há de se constatar as seguintes citações: "GRÓCIO, falecido em 1645; HOBBES, em 1679; ESPINOSA, em 1677; PUFFENDORF, em 1694; LOCKE, em 1704; THOMAS, em 1728; VICO, em 1744; WOLF, 1754; MONTESQUIEU, em 1755; e ainda ROUSSEAU em 1778; VOLTAIRE, (f. em 1778), D'ALAMBERT (f. em 1783) e CONDORCET (f. em 1794); constituindo uma corrente do pensamento intelectual visando derrubar a muralha da tirania das razões de Estado e teoria do direito divino" (ALTAVILA, 1995, p. 203).

sociólogos e filósofos preocupados com a insegurança jurídica do Estado. Desenhou-se um novo momento na justiça penal.

2.3 As Ordenações Afonsinas

Conforme aludido, os registros demonstram que a gênese do direito português pode ser vislumbrada por volta do ano 1096, quando o Conde D. HENRIQUE DE BORGONHA[312], pertencente à família ducal da Borgonha, recebeu das mãos de D. AFONSO VI de Leão e Castela[313], sob as bênçãos da Igreja, um território que passaria a ser dali em diante o condado de Portucale[314], situado na península Ibérica, região ocupada por alguns distintos povos[315]. A concessão recebida incluía, ainda, a autorização para legislar[316] nos territórios inerentes às citadas terras[317].

Com grande influência do sistema canônico-romanista, firmou-se o direito luso com a organização de um sistema judiciário privilegiando a provocação da justiça pública. Em matéria penal o sistema jurídico português, inicialmente, esteve

---

[312] O Conde D. HENRIQUE DE BORGONHA (1066 – 1112), ou D. HENRIQUE I de Portugal, nunca foi coroado como monarca português. Casado com a galiciana TERESA DE LEÃO (1080 – 1130) recebeu e administrou o condado de Portucale com energia e espírito construtor, desvinculando-se do Reino de Galiza. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 129-130.

[313] D. AFONSO VI de Leão e Castela (1039 – 1109) – o *bravo* – foi Rei de Leão, Toledo, Castela e Galiza. Monarca de envergadura expansionista governou com austeridade fiscal, tendo fortalecido a Igreja. Legislou em matéria mercantil e, na seara do direito privado, assegurou a propriedade como direito. Nesse sentido: Ibid., p. 128.

[314] "A morte colheu AFFONSO 6.º em 1109; mas já a esse tempo a parte da península que nos interessa, a antiga *Lusitania*, pouco a pouco chrismada *Portu-Cale* ou *Portugal* estava sendo regida directamente por D. HENRIQUE, cavalheiro francez" (MARTINS JUNIOR, 1941, p. 69, grifo do autor).

[315] Povos que habitaram a Península Ibérica onde se desenvolveu a nação portuguesa até os domínios romanos podem ser agrupados nos seguintes: os Tartésios, os Iberos, os Celtas, os Celtíberos e os Franco-pirenaicos. Nesse sentido: CRUZ, Guilherme Braga da. *História do direito Português*. Coimbra: s.e., 1955, p. 84-85.

Também há menções acerca dos povos estrangeiros que estabeleceram na península suas colônias, quais sejam: "a) os *Fenícios*; b) os *Gregos*; c) os *Cartagineses*" (PIERANGELLI, 1983, p. 22, grifo do autor).

[316] "Também a cidade de Guimarãis, de algum modo, experimentou as conseqüências do desagrado de AFONSO VI, pois seu histórico mosteiro, fundado por D. MUMADONA, foi transformado; a povoação ou burgo, que aí existia, recebeu foral do conde D. HENRIQUE, o que era modo de o substituir com novos moradores, organizados com outro espírito e novas leis; enfim, a dinastia dos seus gloriosos condes, que com poder e nome encheram as terras portucalenses, durante mais de um século, desapareceram da cena da história" (AZEVEDO, Luiz Gonzaga de. *História de Portugal*. Lisboa: Edições *Bíblion*, 1935, p. 14-15).

[317] Cf. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomáthico, 1870, p. 10-15.

limitado à regulamentação de normas para punição de escravos, refugiados e membros residentes nas colônias, vez que a índole colonizadora fizera jus às características deste povo[318].

Nessa época o processo penal possuía contornos bem definidos. A ação penal podia ser proposta a partir do flagrante delito – *cum rancura* – ou sem o flagrante – *sine rancura*. Da instrução criminal foram abolidos os juízos de Deus como métodos de obtenção da verdade. Os depoimentos eram públicos e as partes tinham liberdade para fazer suas alegações[319].

A coluna vertebral do antigo direito português foi influenciada pela metodologia dos dogmas eclesiásticos. Nela o magistrado detinha o poder instrutório, investigava livremente os fatos, produzia as provas, analisava a admissibilidade acusatória e, ao final, após a apresentação dos memorandos pelas partes, sentenciava[320].

O direito português utilizou o procedimento da *inquisitio*[321], assim como a Igreja, para pesquisar os delitos e invocar o depoimento das testemunhas. Nesse período, a Igreja rogou-se competente para o julgamento de todos os delitos que tinham liame direto ou indireto com o que se considerava ser a fé católica, instituindo-se a justiça eclesiástica[322].

---

318 "A partir do século XIII teve lugar em Portugal a recepção do direito romano e do direito canônico. O direito lusitano, que se formou, foi, em grande parte, o produto da imistão dessas duas correntes: sagrou dois tipos de processo, o *acusatório* e o *inquisitório*. [...] Era então o processo criminal ordenado segundo o princípio de que podia ser iniciado, instruído e julgado pelo próprio juiz" (BUZAID, 1972, v. I, p. 224-225, grifo do autor).

319 Com a respectiva concessão estava organizado o "govêrno do território onde veiu a fundar-se o reino de Portugal, quando AFONSO VI de Leão determinou alterá-lo, nos últimos anos do século XI" (ALMEIDA, 1922, t. I, p. 125-128).

320 Cf. BARROS, 1969, v. I, p. 51.

321 O processo inquisitório encontrava-se dividido em duas fases, quais sejam: a-) a inquisição geral, destinada à busca do esclarecimento dos fatos visando à acusação do réu e b-) a inquisição especial, que tinha por base os fatos e as provas já colhidas ou o estado de flagrância do acusado. Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale italiano*. Turim: UTET, 1931, p. 33.

322 O Poder Eclesiástico influenciou muito Portugal. Em 1211 D. AFONSO II ordenou que se observasse mais a aplicabilidade das regras de direito canônico do que propriamente as de direito comum. E pacificou o entendimento de que em casos de dúvida fundada, prevaleceriam sempre as normas eclesiásticas sobre as de direito comum. Várias são as razões históricas que definiram essa dependência. Portanto, nota-se que Portugal surgiu como um país dependente dos domínios da Igreja. Nesse sentido: ALMEIDA, 1922, t. I, p. 202.

Isso provocou muitos conflitos de competência entre o juízo eclesiástico e o secular, este que tinha na devassa um elemento para a formação da culpa do acusado[323]. O processo eclesiástico foi predominantemente escrito, utilizava-se das ordálias como meio de obtenção da verdade. A denúncia trazia ao juízo a acusação contra o indivíduo e era analisada secretamente[324].

Uma grande proposta de reunião das leis do reino português foi ordenada por D. JOÃO I[325] a uma comissão de letrados presidida por JOÃO MENDES[326], com vistas a identificar a legislação vigente para uniformizar a sua aplicabilidade. Esse aspecto foi sendo paulatinamente resolvido com a publicidade que o reino passou a dar à legislação, numa clara tentativa de instrumentalizar o direito em sua aplicação[327].

O resultado desse trabalho de reunião da legislação vigente somente foi materializado em 1446, no governo do Rei D. AFONSO V[328], no qual houve o encerramento do esboço do projeto de codificação, para ser finalmente publicado

---

323 A adoção da devassa em terras portuguesas tem por origem o início da monarquia, uma vez que "os magistrados maiores, como os corregedores e adelantados, eram incumbidos de expurgar as províncias de homens fascínorosos, e a esse fim eram muitas vezes mandadas alçadas de justiça" (SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Lisboa: Impressão Régia, 1831, p. 18).

324 Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 36-37.

325 D. JOÃO I (1357 – 1433) – o *grande* ou o *de boa memória* – monarca de elevada cultura e indulgente. Proporcionou o franco desenvolvimento econômico e social português, não tomando parte em conflitos internacionais. Outrossim, realizou importantes incursões marítimas para expandir seus domínios. Nesse sentido: ALMEIDA, Fortunato de. *História de Portugal – desde a aclamação de D. JOÃO I (1385) até á morte do Cardeal Rei D. Henrique (1580)*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1924, t. II, p. 7-27.

326 "Aí se referem os pedidos insistentes, formulados em Cortes, no sentido de ser elaborada uma colectânea do direito vigente que evitasse as incertezas derivadas da grande dispersão e confusão das normas, com graves prejuízos para a vida jurídica e a administração da justiça. D. JOÃO I atendeu essas representações e encarregou JOÃO MENDES, corregedor da Corte, de preparar a obra pretendida" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 273).

327 "A fim de melhor habilitar os magistrados a conhecerem e julgarem os pleitos judiciais e as partes a defenderem os seus direitos, D. JOÃO I remeteu á câmara de Lisboa, com a carta régia de 18 de Abril de 1426, um exemplar do Código de JUSTINIANO, com as glosas de ACÚRSIO e os comentários de BÁRTOLO. [...] Para facilitar a interpretação a quem não tivesse perfeito conhecimento da língua latina, cada lei, glossa e comentário era acompanhado de tradução" (ALMEIDA, Fortunato de. *História de Portugal – Instituições políticas e sociais de 1385 a 1580*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1925, t. III, p. 9-10).

328 D. AFONSO V (1432 – 1481) – o *africano* – empreendeu severas incursões pelo continente africano com vistas à expansão territorial portuguesa. Por conta disso, ausentou-se muito da administração do reino e pouco contribuiu para o desenvolvimento comercial da nação. Apreciador das Artes, D. AFONSO V ficou marcado por ser o responsável pelo término e publicação da primeira compilação jurídica oficial do século XV – as Ordenações Afonsinas. Nesse sentido: ALMEIDA, 1924, t. II, p. 61-137.

No reinado de D. AFONSO V surgiram os "*forais* e, em conseqüência, as Justiças Senhoriais; eles vão fortalecer o vínculo nacional e dar lugar ao nascimento do Reino de Portugal" (MALCHER, 1980, v. I, p. 35, grifo do autor).

no ano de 1447, vigorando por todo o território de Portugal, inclusive com aplicação nas áreas colonizadas[329].

Empregou-se para a elaboração dessa codificação o estilo compilatório, transcrevendo-se na íntegra as fontes anteriores para declarar, posteriormente, os termos em que esses preceitos eram acolhidos, modificados ou subtraídos[330]. Dessa forma, tornou-se à época um diploma completo e único, no qual constava uma vasta coleção do direito vigente, mas que estava disperso pelos domínios lusos[331]. O principal mote dessa estrutura legislativa residia na disciplina de temas de grande envergadura da administração estatal. Foi cunhado com a insígnia de Ordenações Afonsinas[332].

Divididas em cinco livros[333] as Ordenações Afonsinas seguiram a doutrina estabelecida no *Corpus Juris* e a metodologia disposta no regramento do Papa GREGÓRIO IX[334]. Sua base remonta ao Direito Romano de Justiniano e ao Direito

---

[329] "Com effeito, o Rei encarregou esta obra ao doutor JOÃO MENDES, cavalheiro, e seu corregedor da Côrte; por cuja morte, no reinado de D. DUARTE, succedeu na mesma tarefa o doutor RUY FERNANDES, do seu conselho. Foi concluida e publicada em 1446 em nome de D. AFONSO V, sendo regente o infante D. PEDRO [...], conhecida pelo nome de Ordenações Affonsinas" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 103).

"Estima-se que a determinação real para a elaboração da compilação ocorreu após o ano de 1404, portanto, após a morte de JOÃO DAS REGRAS [...]. O trabalho ficou concluído em 28 de julho de 1446, na Vila da Arruda. Determinou-se, então, que uma junta revisasse o trabalho executado, recaindo a nomeação no Dr. LOPO VASQUES [...]. Algumas alterações foram introduzidas e as Ordenações, com o nome de Afonsinas, vieram a público provavelmente no mesmo ano de 1446 ou no ano seguinte, por ordem do Infante D. PEDRO, em nome de D. AFONSO V" (PIERANGELLI, 1983, p. 55).

[330] "Quanto à técnica legislativa, empregou-se, via de regra, o chamado *estilo compilatório*. [...] Contudo, nem sempre se adoptou esse sistema. Designadamente, em quase todo o Livro I, utilizou-se o *estilo decretório* ou *legislativo*, que consiste na formulação directa das normas sem referência às suas eventuais fontes precedentes" (COSTA, 2002, p. 276-277, grifo do autor).

[331] As Ordenações Afonsinas foram concebidas numa época em que o Infante D. PEDRO (1439 – 1448) lutava contra o uso de prerrogativas pessoais por força de sua autoridade. Era notória, à época, a aplicação do poder decisório desvinculado da legislação, simplesmente pautado em motivação de foro íntimo. Com isso era comum outorgar favores e privilégios, anulando concessões anteriores. Talvez um dos grandes méritos de tais Ordenações foi no sentido de derrogar práticas administrativas, usos e costumes, além de legislações esparsas que não atendiam aos interesses da coletividade. Nesse sentido, ver CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 532-535.

[332] "Nesse primeiro código, o processo criminal era considerado entre as matérias que envolviam pecados, o que ressalta a influência do Direito Canônico" (BARROS, 1969, v. I, p. 57).

[333] As Ordenações Afonsinas eram integradas por cinco livros com a seguinte temática: Livro I, Direito Administrativo; Livro II, Direito Constitucional; Livro III, Direito Processual Civil; Livro IV, Direito Civil e Livro V, Direito Criminal e Processo Criminal.

[334] O Papa GREGÓRIO IX (1160 – 1241) foi um grande estudioso das letras jurídicas tendo realizado, nesse sentido, cursos em Paris e Bolonha. Foi um dos organizadores e fundadores da Santa Inquisição, com fins de realizar a repressão de heresias contra a doutrina eclesiástica. Nesse sentido: ALMEIDA, 1925, t. III, p. 134-161.

Canônico, ambos amparados por usos e costumes, além dos forais[335]. Por conta disso apresentava imperfeições técnicas além de contemplar um grande número de delitos de índole religiosa para os quais eram cominadas penas severas, fruto da influência da Santa Sé na administração da justiça, fato que perdurou por um longo período.

No atinente ao processo criminal, disposto no Livro V, ao longo de 121 (cento e vinte e um) títulos, as Ordenações Afonsinas mantiveram, sob a inspiração do Direito Canônico, o procedimento inquisitorial[336], acolhendo três institutos: a acusação, a denúncia e a inquirição[337]. A acusação tinha início pelo denominado auto de querela[338]. A denúncia, por seu turno, precedia uma forma de delação direta do acusado, mantida em segredo. Finalmente, a inquirição, um procedimento tomado de ofício no caso de devassa[339].

Destarte, é de se notar que em tais Ordenações se seguiu um procedimento probatório híbrido com a manutenção das práticas romanas de investigação das provas. As inquirições utilizadas pelos eclesiásticos e alguns costumes das civilizações da Antiguidade foram uns dos parâmetros caracterizadores da aplicação do processo criminal de então.

---

335 Cf. THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 70-73.
"Aos foraes portuguezes podem considerar-se como verdadeiras cartas de *communas* [...] attribue, como se vê, aos foraes um caracter de legislação communal imposta e obtida pela burguesia triumphante aos dominadores da epocha" (MARTINS JUNIOR, 1941, p. 75, grifo do autor).

336 Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 89.

337 Comentando o conteúdo do Livro V: "Os defeitos dos Codigos criminaes da meia idade se acham neste de mistura com as disposições de Direito Romano e Canonico. [...] Para cohibir o arbitrio dos juizes, foram declarados subisidiarios o Direito Romano e o Direito Canonico. Este, o canônico, devia ser applicado nos casos que involvessem peccado; e aquelle, nos outro: distincção, porém, difficil na pratica, que fez a jurisprudencia dos Casuistas; e que concorreu, sobretudo, para a extraordinaria influencia do Clero. Na falta destes, e como em terceiro grão, foram mandadas seguir as glossas e opiniões de Accursio; e depois deste as de Bartolo; no conflicto destes, ou absoluta falta de textos, devia o Juiz consultar o governo. [...] a ordem do processo ordinario, nos outros casos, era a do Direito Canonico, isto é: 1.º Tres modos de proceder: a accusação, a denuncia, a inquirição [...]; 2.º Lavrado o *auto de querela*, com as formalidades do juramento e nomeação de duas ou tres testemunhas, ou feita a *denuncia*, ou encerrada a *inquirição*, tinha lugar a *citação*; 3.º Seguia-se o interrogatorio do réo [...]; 4.º Terminadas as inquirições, dava-se ao réo termo para defeza" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. II, p. 106-107, grifo do autor).

338 Sobre o método empregado nas Ordenações Afonsinas (1446): "[...] admitiram não só o meio de acusação do direito romano e as querelas, provindas dos antigos costumes, mas também as inquirições-devassas do direito canônico, predominante no processo criminal por envolver pecado. [...] Tanto os tabeliães como os juízes deviam fazer o quereloso jurar que '*não há maliciosamente a querela, porque é verdade e assim o entende provar*'" (ALMEIDA, 1973, p. 54-55, grifo do autor).

339 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 117-122.

Após a ocorrência de uma das três modalidades processuais citadas, o acusado recebia a citação para ser interrogado. Na forma pela qual o interrogatório estava disciplinado nas Ordenações Afonsinas, o acusado podia negar ou confessar o fato que lhe era atribuído e exigir que as testemunhas da devassa fossem ouvidas pelo magistrado em sua presença[340] para que, na sequência, fosse julgado[341].

A chegada dos portugueses em terras brasileiras, em 22 de abril de 1500, fez com que se considerasse no Brasil o ordenamento jurídico luso vigente e que tivesse aqui aplicação imediata. Vigorava em Portugal, nesse momento, as Ordenações Afonsinas[342] e alguma legislação extravagante, as quais eram aplicadas na invocação da justiça[343]. De qualquer forma, pelas próprias peculiaridades que circunscreviam o Brasil, não havia como invocar para a aplicação todos os diplomas legais que faziam parte do ordenamento jurídico português[344].

A enorme movimentação dos trabalhos de colonização das terras brasileiras fez com que a efetiva aplicação dos preceitos estabelecidos nas Ordenações

---

340 No atinente a oitiva das testemunhas pelo magistrado, após o interrogatório e na presença do réu, a pedido, tal ato recebia a alcunha de *recollectio* ou *recolatio* e, ainda, a *confrontatio*, sendo que na sequência era oportunizada à defesa o termo que se denominava "*ad allegandum quidquid vult ne condemnetur, et ad omnes suas defensiones faciendas*" (ALMEIDA, 1973, p. 54-55).
Ainda: "Si confessava, o juiz julgava segundo o merecimento do feito; si negava, vinha o accusador com artigos, o réo com artigos contrarios ou defeza" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. II, p. 107).

341 "É importante assinalar que as Ordenações Afonsinas apresentam um flagrante combate à vingança privada, que, aliás, era a tônica das legislações a partir do século XIII [...] em favor do publicismo da justiça penal. É o que se pode observar de todo o livro V, Título IV" (PIERANGELLI, 1983, p. 57).

342 "O Código Afonsino, – diz ainda MENDES DE ALMEIDA – 'como código completo, dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado, foi evidentemente o primeiro que se publicou na Europa e assinala uma época importante'. Por mais de meio século essas Ordenações manuscritas regularam as relações jurídicas de Portugal; porém elas não poderiam ser consultadas naquela fase esplendorosa de D. MANUEL, em que o seu embaixador TRISTÃO DA CUNHA, 'toucado, quase vestido de pérolas', entrou no Vaticano, acompanhado de Doutores portugueses que 'respondiam no mais escultural latim às saudações dos cardiais', para proclamar com orgulho: – 'El Rey nosso Senhor He oje o mais nomeado Príncipe que ha no mundo e o melhor quysto asy do Papa como dos Cardeaes, como de toda a outra gente'" (ALTAVILA, 1995, p. 226).

343 A justiça era dividida entre as altas e as baixas justiças, de modo que "os Reis tinham o poder de *Alta Justiça*, que era tambem exercido, não só pelos *senhores* como pelos Juizes de eleição dos povos. [...] As *Baixas Justiças*, que deviam impôr as penas de prisão e outras, tinham, por isso, a obrigação de construir cadèas" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 114, grifo do autor).

344 Destarte, "durante toda a época colonial, podem e devem ser distintas e agrupadas em duas classes principais: as *leis gerais*, que promulgadas para vigorarem na metropole, isto é, dentro do territorio do reino de Portugal, estenderam a sua eficácia até dentro do territorio da colonia; e as *leis especiais*, que eram as decretadas para vigorarem só e exclusivamente dentro do territorio da colonia" (TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro – Ensaio (Época Colonial*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, v. I, p. 46, grifo do autor).

Afonsinas fosse retardada[345]. Dessa forma, pouco ou quase nada da legislação pode ser introduzido ou invocado em querelas ou processos criminais.

2.4 As Ordenações Manuelinas

Quando os trabalhos iniciais de colonização se estabilizaram, Portugal já estava sob a égide de outra legislação. Outro compêndio legislativo, ora desenvolvido sob as ordens de D. MANUEL I[346], sucessor de D. JOÃO II[347], havia sido elaborado, inicialmente, com o fito de realizar uma ampla reforma na estrutura judiciária existente[348].

Com a descoberta da imprensa e o pleno domínio da escrita, a Corte portuguesa entendeu por bem ordenar a realização de trabalhos buscando a correção e atualização das normas legislativas, porque boa parte destas encontrava-se esparsa[349]. Isso fez com que, em 1505, se desencadeassem esforços nesse sentido, resultando numa primeira versão do trabalho em 1514[350].

---

345 Cf. BARROS, 1969, v. I, p. 57-60.

346 D. MANUEL I (1469 – 1521) – o *venturoso* ou o *afortunado* – foi o primeiro monarca a assumir o título de Rei de Portugal e dos Algarves. Realizou um governo de centralização e domínio absoluto, tornando-se um líder expansionista para fazer de Portugal um dos maiores impérios de então. No plano jurídico fomentou uma importante reforma nos tribunais além de modernizar o sistema tributário. Aumentou o poder da Igreja e patrocinou a propagação da doutrina eclesiástica nos novos domínios portugueses. Nesse sentido: ALMEIDA, 1924, t. II, p. 203-300.

347 D. JOÃO II (1455 – 1495) – o *príncipe perfeito* –, austero e vingador, empreendeu um grande poder expansionista ao longo do Atlântico. No seu governo foi assinado o Tratado de Tordesilhas, entre Portugal e Castela, em 07 de junho de 1494, dividindo o *Novo Mundo* em duas possessões de domínio: uma portuguesa e outra espanhola. Nesse sentido: Ibid., p. 138-193.

348 Talvez pela vaidade sempre destacada ou, ainda, pela vontade extrema de marcar seu governo com um marco legislativo, D. MANUEL I envidou forças para ordenar a realização de uma legislação que pudesse atualizar o direito vigente e compilar usos e costumes esparsos. Sua preocupação de fundo era resguardar o desempenho administrativo, judiciário e fiscal do governo português. Nesse sentido: DIAS, José Alves. *Portugal: do Renascimento à crise dinástica*. In: Nova História de Portugal. Lisboa: Presença, 1998, v. 5, p. 710-719.

349 Sobre a comissão designada para os trabalhos, "assim, em 1505, o Chanceler-Mor Doutor RUY BOTTO é encarregado da revisão do código vigorante, juntamente com o Licenciado RUY DA GRÃA e o Bacharel JOÃO COTRIM" (ALTAVILA, 1995, p. 226-227).

350 A primeira versão das Ordenações Manuelinas, em 1512-1513, foi uma arrancada decisiva para se ter uma primeira compilação escrita com normas gerais de direito, sendo o primeiro documento a ter ampla divulgação pela imprensa da época. Nesse sentido: BARBAS-HOMEM, António Pedro. *As Ordenações Manuelinas: significado no processo de construção do Estado*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 285-320.

O texto da revisão inicial das Ordenações Afonsinas, até então existentes, não caiu nas graças dos representantes da Monarquia e os trabalhos foram retomados para que os desideratos reais fossem atingidos[351]. Destarte, a versão definitiva foi promulgada em 1521, representando um novo diploma legislativo sob a chancela de Ordenações Manuelinas[352], substituindo por completo o texto inicial de 1514, o qual não fora chancelado por D. MANUEL I[353].

Tal ordenamento teve o fito de codificar a legislação que estava dispersa em vários diplomas e aplicar usos e costumes relativos às atribuições das autoridades e disciplinamento sobre normas processuais. Em relação às Ordenações anteriores – Afonsinas – foi utilizada uma nova técnica de redação, mais concisa e objetiva, tendo sido realizadas pontuais modificações de conteúdo, embora ficasse mantida a divisão temática em cinco livros, os quais foram sistematicamente redigidos no estilo decretatório[354].

Disciplinado no Livro V, o processo criminal previa que as ações criminais tinham início por meio das querelas juradas, das denúncias ou simplesmente por meio das inquirições devassas. Como a escrita já era uma realidade, tais atos eram levados a cabo pelos inquiridores e oficiais de justiça, assim como pelos tabeliães, estes que tinham autorização do Corregedor de Justiça para desempenhar papel de inquiridores, ouvindo os acusados e testemunhas[355].

---

[351] Com respeito aos motivos que levaram D. MANUEL I a determinar a reforma da compilação existente, pode-se enumerar os que se seguem: "a) a descoberta da imprensa [...]; b) a legislação posterior, constituída de uma multidão de leis extravagantes; c) modernização do estilo, evitando-se, assim, a transcrição fastidiosa das leis antigas, muitas das quais já revogadas ou em desuso; d) o desejo do monarca em ingressar na história por meio de uma obra legislativa de vulto, ele que já ostentava a glória indelével do descobrimento do Brasil e do caminho marítimo para as Índias" (PIERANGELLI, 1983, p. 58).

[352] Uma análise mais depurada do momento aponta que D. MANOEL I promulgou as Ordenações Manuelinas em 1521 após um trabalho de nova compilação do direito consuetudinário, comum e com nítida influência da cultura jurídica romana. Nesse sentido: SOUZA, 1831, p. 18-30.

"Quando se fala nas Ordenações Manuelinas, a referência que se faz é às Ordenações publicadas a 11 de março de 1521, justamente aquelas que tiveram aplicação por grande parte do século e que foram impressas por JACOBO CROMBERGER" (PIERANGELLI, 1983, p. 59).

[353] Tendo por base as incumbências reais "JOÃO DE KEMPS concluía o trabalho de impressão das *Ordenações Manuelinas*, que deveriam representar condignos espécimes da arte tipográfica, seguindo-se as edições de 1514, 1521, 1526, até à de D. SEBASTIÃO, em 1565" (ALTAVILA, 1995, p. 227, grifo do autor).

[354] "Mantém-se a estrutura básica de cinco livros, integrados por títulos e parágrafos. Conserva-se, paralelamente, a distribuição das matérias, embora as Ordenações Manuelinas ofereçam consideráveis diferenças de conteúdo, quando comparadas com as Ordenações Afonsinas" (COSTA, 2002, p. 283-284).

[355] Cf. ROCHA, 1887, p. 75-80.

Por intermédio das Ordenações Manuelinas se renovou o apelo às práticas canônicas, estabelecendo-se uma aplicação processual inspirada no direito eclesiástico. Nesse momento surge a figura do Promotor de Justiça[356], como o encarregado pela jurisdição Real de organizar a investigação e apresentar a denúncia contra o acusado da prática de um crime.

A ação criminal passou a ser disciplinada de modo mais adequado com o estabelecimento de formalidades para o recebimento das querelas[357], tais como, a exigência de juramento daquele que propunha a querela e a confirmação através de uma testemunha de credibilidade e proba.

A querela constituía um poderoso instrumento do processo criminal[358]. Sempre que havia alguma, nos casos de crimes de maior gravidade, iniciava-se o processo criminal com a prisão imediata do acusado[359]. A prisão, no entanto, era inicialmente evitada para os crimes de menor gravidade, no qual eram exigidas provas sumárias das alegações num prazo de vinte dias.

Nos termos do controle da admissibilidade das acusações formuladas, ínsita no bojo das Ordenações Manuelinas, estava prevista a pronúncia. Este ato processual era da competência do magistrado que analisava a devassa ou querela e

---

356 O Promotor de Justiça "deve ser letrado e bem entendido, para saber espertar e alegar as causas e razões, que pêra lume e clareza da justiça e pera inteira conservaçom della convem: ao qual mandamos que, com grande cuidado e diligencia, requeira todas as causas que pertencerem á justiça, e conservaçom de nossa jurisdiçom. E defendemos e mandamos que, em nenhuma cidade, Villa ou lugar de nossos reynos e senhorios nom aja promotor da justiça" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 119).

357 Sabe-se que processos criminais, estes já "não se iniciavam por *clamores* e sim por *querelas juradas*, por *denuncias*, ou por *inquirições devassas*. A escripta estava muito espalhada e os tabelliães, inquiridores e outros officiaes de justiça foram outros tantos auxiliares da jurisdicção real" (Ibid., p. 119, grifo do autor).

Ainda sobre a *querela*, pode-se atestar que era a "delação que alguém fazia no juízo competente, de um fato delituoso, ou no interesse público, ou, ainda, como ofendido, do que se lavrava o auto de querela. [...] As querelas deviam ser dadas dentro de um ano do fato criminoso [...]. As querelas deviam ser impetradas pessoalmente, não sendo admitida a *querela* por procurador" (PIERANGELLI, 1983, p. 65, grifo do autor).

358 "A acusação era *pública* quando intentada por qualquer pessoa do povo, e *particular*, quando intentada pelo ofendido. Entretanto, pressupunha, nos dois casos, apresentação preliminar de *querela*, *sumário de querela* com audiência de três ou quatro testemunhas e pronúncia. [...] Quase todos os casos de querela, eram também casos de *devassa*" (MARQUES, 1980, v. I, p. 113, grifo do autor).

359 Após as Ordenações Filipinas, em 1603, para que a prisão fosse levada a cabo, no caso das querelas, seria obrigatório o sumário conhecimento de três ou quatro testemunhas para que o ato fosse firmado de presunção de veracidade e a constrição fosse empreendida. Admite-se ser essa providência a gênese do atual sumário de culpa do Processo Penal brasileiro. Nesse sentido: PIERANGELLI, 1983, p. 60.

encerrava a formação da culpa do acusado. Sendo pronunciado, o réu encontrava-se submetido aos patamares da acusação para ser encaminhado a julgamento[360].

A pronúncia poderia ser prolatada de duas maneiras. A primeira, obrigando o réu à prisão, no caso dos crimes para os quais era prevista a pena corporal e que houvesse fundada suspeita de fuga do réu, temor que se alastrava por todos os domínios lusos.

A segunda forma de pronunciar o acusado, concedendo o livramento, ocorria nos casos muito específicos determinados pela legislação, como quando o queixoso não provasse a querela em vinte dias; no caso de estupro em que o réu prestava caução; nos delitos leves não apenados com castigos corporais ou, ainda, quando o réu, após ser absolvido, fosse acusado por terceiro interessado e que do processo não havia participado[361].

Em terras brasileiras as Ordenações Manuelinas sofreram muita resistência por parte dos donatários que invocavam sempre o poder que lhes era ofertado pelas Cartas de Doação, que regulamentavam o funcionamento da justiça no Brasil Colônia, e que atribuíam à figura do ouvidor-geral a incumbência de administrar a aplicação da justiça em terras nacionais. Demonstravam, com esse comportamento, uma resistência inicial à intervenção em sua jurisdição.

No entanto, principalmente no que toca ao processo criminal, as Ordenações Manuelinas pavimentaram em grande parte o lastro para o assentamento das Ordenações seguintes – as Filipinas – estas que, embora tivessem como propósito a renovação do arcabouço legislativo português, em quase nada contribuíram com os padrões jurídicos até então conhecidos[362].

---

[360] Acerca da reforma da justiça, em 1613, estabeleceu-se que o procedimento criminal tinha início pela acusação que, independentemente do crime ser público ou particular, carecia, dentre outros, da pronúncia, esta que se pautava no corpo de delito e nos indícios. Nesse sentido: ALMEIDA, 1973, p. 56.

[361] Cf. SOUZA, 1831, p. 56-57.

[362] "Felizmente os Filipes que dominaram a nação portuguesa deixaram traços vivos no corpo legal do reino, uma vez que se impunha trabalho de monda no joio da *Legislação Extravagante* que vicejara juntamente com o trigo" (ALTAVILA, 1995, p. 227, grifo do autor).

2.5 As Ordenações Filipinas

Ao suceder a D. MANUEL I, D. JOÃO III[363] herdou um vasto império. Em especial, preocupou-se muito com o domínio luso na jovem colônia brasileira. Isso fez com que a dividisse em capitanias-donatárias (conhecidas como capitanias-hereditárias)[364], centralizando a administração e a justiça numa única circunscrição, começando, assim, a colonização do Brasil[365]. Estabeleceu um período de transição com a ocorrência de isoladas reformas na legislação lusa.

Na alçada do processo criminal, a Lei de 05 de julho de 1526 estabeleceu um novo procedimento para as ações criminais no que toca ao recebimento da denúncia, a qual passaria a ser lida em audiência para apreciação das questões formais e materiais pelo magistrado. Ademais alterou alguns ritos e previsões recursais[366]. Criou o cargo de ouvidor-geral com atribuições específicas na seara judicial[367].

Imbuído na missão de organizar os domínios lusos e vislumbrando a desorganização e brevidade das leis advindas após as Ordenações Manuelinas, em

---

[363] D. JOÃO III (1502 – 1557) – o *piedoso* – enaltecia o espírito de bondade demonstrando vasta cultura recebida na educação escolástica. Estudioso do direito privado e das ciências exatas proporcionou atenção à expansão marítima do reino. Iniciou a colonização brasileira e firmou importante parceria comercial com a Inglaterra. Fiel aos preceitos da Igreja, D. JOÃO III abraçou a causa da Santa Inquisição. Nesse sentido: ALMEIDA, 1924, t. II, p. 301-369.

[364] Destacando a importância de D. JOÃO III na colônia recém-descoberta: "foi o verdadeiro criador do Brasil, que rapidamente se tornou o elemento fundamental do império português, assim o sendo até o início do século XIX" (BRAGA, Paulo Drumond. *D. João III*. Lisboa: Hugin Editores, 2002, p. 145).

[365] "A colonização do Brasil começou efetivamente pela organização das *capitanias hereditárias*, sistema que constituiu na divisão do território colonial em doze porções irregulares, todas confrontando com o oceano e sua doação a particulares (escolhidos entre a melhor gente), que estivessem decididos a morar no Brasil e fossem suficientemente ricos para colonizá-lo e defendê-lo" (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69, grifo do autor).

[366] Alvará de 05 de março de 1557, por ordem de D. JOÃO III, estabeleceu o recurso de apelação com a competência de análise a cargo do respectivo Capitão da terra em que ocorreu o evento.

[367] Várias eram as atribuições do ouvidor-geral, dentre as quais se destacam: "conhecer, por acção nova, nos lugares de sua jurisdicção onde estivessem, e cinco leguas ao redor, de todas as causas civeis e crimes, e de sentenciar os feitos finalmente [...]; conheciam, em gráo de appellação, das sentenças dos ouvidores das capitanias do seu districto e dos juizes ordinários das villas, lugares e povoações de sua ouvidoria [...]. Nos casos em que coubesse pena de morte ou cortamento de membro [...] podiam condemnar, segundo lhes parecesse por direto, sem appellação nem aggravo" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 135-136). Cf. COSTA, 2002, p. 285-286.

1568, D. SEBASTIÃO[368] sucedeu seu avô, D. JOÃO III, no trono português, tendo por conselheiro seu tio-avô o cardeal D. HENRIQUE de Évora[369]. Um dos atos marcantes do seu governo foi a ordem expedida no sentido de que toda essa legislação fosse reunida num único compêndio denominado de Código Sebastiânico[370].

O trabalho final do referido diploma, elaborado por uma comissão de estudiosos da Corte, presidida por D. DUARTE NUNES DO LIÃO, apesar de ser fiel ao sistema vigente e de publicar novas regras para o processo judicial, distribuídas em seis partes[371], não logrou o êxito almejado, não inovou substancialmente em matéria de processo criminal e, portanto, coexistiu ao lado das Ordenações Manuelinas.

FELIPE II de Valladolid ascendeu ao trono espanhol em 1556 e ao trono português em 1580, como FELIPE I[372]. Com a educação humanista recebida, além do vasto império herdado, ordenou que fosse realizado um agrupamento e revisão das Ordenações do Rei D. MANUEL I e da legislação posterior, arregimentando usos e costumes locais, mercantis e de aplicação do processo.

Isso ocorreu por causa da dificuldade que os magistrados possuíam para fazer valer uma legislação que ainda era, em boa parte, desconhecida por estar fora

---

368 D. SEBASTIÃO I (1554 – 1578) – o *desejado* –, a exemplo do seu pai, foi educado na fé jesuítica. Durante o seu curto reinado viu a Igreja ser fortalecida. Por conta disso, boa parte da legislação produzida nesse período teve a grande influência do Direito Eclesiástico, prosseguindo na consolidação da Santa Inquisição como uma forma de tentar conter o avanço dos protestantes. Nesse sentido: ALMEIDA, 1924, t. II, p. 372-429.

369 O Cardeal D. HENRIQUE de Évora (1512 – 1580) – o *casto* – teve um reinado curto, de 1 ano e 5 meses. Patriota, seu governo foi praticamente o governo da Igreja, esta que não o permitiu constituir família devido aos votos sacerdotais que carregava. Nesse sentido: Ibid., p. 430-460.

370 "Acresce que os princípios canônicos do Concílio de Trento haviam sido adotados por D. SEBASTIÃO e a sua funda penetração no Direito português traziam em conseqüência o relegamento dos postulados romanos que prestigiavam a autoridade intocável da realeza. Reacendia-se, então, a justa legal entre o espírito do Direito Romano e os Cânones da Idade Média" (ALTAVILA, 1995, p. 227).

371 Reconhece-se que a legislação sebastiânica estava "dividida em seis partes e nela uma das leis mais importantes foi incluída: a *Ordem do Juízo*, na qual estava estabelecida a ordem que os processo deviam seguir, em Juízo" (PIERANGELLI, 1983, p. 61, grifo do autor).

372 FELIPE I (1527 – 1598), devido suas origens castelhanas, não se propôs a realizar interferências significativas na política interna de Portugal. Afastou a Igreja dos assuntos de Estado, impôs um rigoroso controle fiscal e coordenou uma ampla produção legislativa em vários temas de direito público. Nesse sentido: ALMEIDA, Fortunato de. *História de Portugal –1580 a 1816*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1926, t. IV, p. 37-63.

dos livros das Ordenações, acarretando sensíveis prejuízos na aplicação da justiça[373]. Ao fundo, FELIPE I, de origem espanhola, preocupava-se em mostrar ao povo português o respeito que nutria pelo direito luso e o quanto este era importante para o seu povo[374].

Tal empenho resultou nas denominadas Ordenações Filipinas[375], sancionadas em 1595[376] e impressas para publicação em 1603[377], após a morte de D. FELIPE I, no governo de seu sucessor D. FELIPE II[378]. Tal compilação teve sua estrutura principal pautada no método e na forma adotada pelas antecessoras – Ordenações Manuelinas – sendo-lhes acrescida a coletânea de leis extravagantes.

Apesar de modernizar o estilo e a linguagem, sofreu pouca influência da legislação espanhola, inovando para os padrões da época[379]. Fundamentalmente esses aspectos fizeram com que aflorassem críticas pela falta de originalidade do conteúdo prescrito, pelo excesso de contradições e pela ausência de objetividade que

---

373 "Por conseguinte: a causa preponderante da recompilação filipina foi a boêmia judiciária das leis, que andavão de fora dos cinco livros espalhados, em modo que os julgadores não tinham dellas notícias" (ALTAVILA, 1995, p. 228).

374 Cf. CRUZ, 1955, p. 394-396.

375 Dessa forma "caindo Portugal sob o domínio da Espanha, após a morte do Rei-Cardeal D. HENRIQUE (1580-1640), ocorre em 1603, sob o reinado de FILIPE II, a promulgação das Ordenações Filipinas (equivalendo à reprodução quase integral das Ordenações Manuelinas); em 1643, após a Restauração em Portugal, elas foram confirmadas por D. JOÃO IV, e vigoraram em Portugal até 1868, e no Brasil, até 31 de dezembro de 1916, como fonte subsidiária do direito pátrio, visto que a 1º de janeiro de 1917 entrou em execução o nosso Código Civil, revogando-as expressamente, em seu art. 1.807" (SOARES, 1977, p. 83-84).

376 "A empreitada ficou concluída em 1595 e uma lei de junho desse mesmo ano determinou a sua observância. Motivos obscuros, entretanto, obstacularam a sua aplicação. Com a morte de D. FELIPE I (de Portugal), ocorrida em 1598, o diploma foi submetido a uma revisão por uma comissão especialmente designada [...]. As Ordenações Filipinas só foram definitivamente promulgadas no reinado de D. FELIPE II (III, de Espanha), entrando em vigor por lei de 11 de janeiro de 1603" (PIERANGELLI, 1983, P. 62).

377 "Em Portugal, que tinha conhecido publicações ordenadas das suas leis nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, estas últimas em 1603, a ideia de codificação desenvolveu-se já na segunda metade do séc. XVIII, sob a influência do iluminismo e, sobretudo, nos anos 1820-1830, sob a influência liberal e individualista" (GILISSEN, 1995, p. 457).

378 O madrilenho D. FELIPE II (1578 – 1621) – o *pio* – fez publicar as Ordenações Filipinas, cuja vigência data a partir de 1603, uma codificação legislativa cuja estrutura básica era respaldada pelas Ordenações Manuelinas, sua antecessora direta. Tal codificação teve vigência não somente para o território português, como também para seus domínios além-mar. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 66-97.

379 "A sua linguagem pitoresca, as suas matérias por vezes esquisitas e sobre as quais se distendem os seus cinco livros, a sinceridade da declaração de que 'somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, he outorgado per Direito, que julgue segundo a sua consciência', enquanto que 'ha de se advertir que os Ministros hão de julgar segundo as Leyes do Reyno, não obstante a praxe em contrário' – tudo isso se encaixa com exatidão no seu tempo, como se fosse uma tela de colorido intenso, porém proporcionado às coisas e aos seres retratados" (ALTAVILA, 1995, p. 229).

tanto se esperava do texto então publicado, revelando-se mais um agrupamento de normas jurídicas sem sistematização lógica[380].

Preservando o caráter das ordenações antecessoras de combater a justiça privada, as Ordenações Filipinas continham no corpo do Livro V as leis penais e as referentes ao processo criminal[381]. Em relação ao direito penal, foi ampliado o catálogo dos crimes, prevendo penas mais cruéis (inclusive a pena de morte executada muitas vezes por meio de enforcamento e cremação de pessoas vivas). Resultou na utilização de um sistema penal punitivo que reduzia muitas possibilidades de defesa.

Em relação ao processo criminal as Ordenações Filipinas seguiram a mesma orientação adotada pelas antecessoras e desde logo foram aplicadas no Brasil[382]. Havia separação nos juízos cível e criminal, utilizando-se para o processo criminal as normas e procedimentos cabíveis no processo civil ordinário com as modificações pertinentes.

As demandas criminais, por seu turno, dividiam-se quanto ao crime cometido – público ou particular[383]. Quando se referiam a crimes particulares, as ações tinham início com a acusação formulada pela vítima em forma de querela, devendo seguir-se a inquirição do acusado a produção da prova e a pronúncia a cargo do

---

380 "As Ordenações Philippinas, são compiladas, em geral, segundo o methodo, o espirito e as materias das Manoelinas, com o accrescimo das leis posteriores, principalmente as das colleção de DUARTE NUNES DO LIÃO" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 120-121).

381 "Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de um sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas sobretudo nas tristemente famosas inquisições devassas" (MARQUES, 1965, v. I, p. 90).

382 "Embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das capitanias hereditárias e dos primeiros governos gerais [...] no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às *Cartas de Doação*, com força semelhante à dos *forais*, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das capitanias hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários. Aquelas legislações vigorariam, portanto, restritamente" (PIERANGELLI, 1983, p. 63, grifo do autor).

383 Cf. SOUZA, 1831, p. 16-20.

A acusação no âmbito dos crimes particulares dependia da querela, da inquirição sumária, do corpo de delito e da pronúncia. Para os crimes públicos era necessário haver querela ou denúncia, o pagamento de custas, a emenda e a satisfação, o corpo de delito e a pronúncia ou a devassa, além da inquirição judicial das testemunhas na presença do réu. Nesse sentido: ALMEIDA, 1973, p. 55-57.

magistrado. O juramento do acusador era também uma formalidade essencial para esse procedimento.

Quanto aos crimes públicos, a acusação poderia ser feita por qualquer pessoa do povo que tivesse notícia do crime. E tal se dava por meio de querela ou denúncia[384], às quais desdobrava o procedimento de satisfação do prejuízo, a produção da prova e a pronúncia do acusado.

A ação criminal também podia ser iniciada por intermédio da devassa, a qual era dividida em geral – no caso da incerteza quanto ao delito – ou especial – no caso da certeza do delito e da incerteza quanto à sua autoria[385]. Como corolário das devassas, as provas foram entendidas em dois grupos: um, destinado à fase instrutória (corpo de delito e os indícios)[386]; outro, destinado ao julgamento em si (a confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos)[387].

As devassas representavam inquirições realizadas sem a citação da parte, com a finalidade de informar acerca dos delitos. Para que fossem consideradas judiciais, era necessário que as testemunhas fossem arguidas novamente em juízo. As

---

[384] Nessa fase do processo criminal, tinha-se por certo que "a *querela* era a delação que alguém fazia, em juízo competente, de um facto criminoso, ou no interesse publico, ou como offendido, lavrando-se disso o competente auto. [...] A *denuncia* só podia ter lugar nos casos de devassa ou naquelles em que a Lei expressamente a facultava [...] a única solemnidade da denuncia era o juramento" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 128-129, grifo do autor).
Ainda quanto à denúncia, tinham-na como a "comunicação feita à justiça do cometimento de um crime público, para que o juiz procedesse de ofício. Assemelhava-se ao que, hoje, denominamos de *notitia criminis*. Os denunciantes faziam a comunicação ao juiz acerca da existência de um crime, ou de quem fosse o seu autor, *mas sem querer tomar parte ativa no procedimento*. [...] A *denúncia* só tinha lugar nos delitos que admitiam a devassa ou naqueles em que a lei expressamente a facultava" (PIERANGELLI, 1983, p. 67-68, grifo do autor).

[385] No tocante às *devassas*, pode-se dizer que eram "inquirições para informação dos delitos. Havia devassas gerais e devassas especiais: as gerais, sobre delitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir os seus cargos [...]. As devassas gerais deviam terminar dentro de 30 dias depois de começadas; as especiais deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar dentro de 30 dias. [...] Pela lei de 12 de novembro de 1821, sob influência das idéias liberais que avassalavam a Europa, as cortes portuguesas extinguiram as devassas gerais" (SOARES, 1977, p. 84-87).

[386] No procedimento criminal "separavam-se ainda as provas e os indícios em gerais, porque válidos para qualquer crime, e especiais, porque somente eficazes quanto a certos crimes" (GONZAGA, 1993, p. 30).

[387] Tormentos "eram perguntas feitas pelo juiz ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade mediante tortura ('*tratos do corpo*')" (PIERANGELLI, 1983, p. 69, grifo do autor).
Tormentos eram "admitidos como meio de prova, observadas certas regras como: não se podia dar tormento a fidalgo, cavaleiro, doutor em cânones, lei ou medicina" (SOARES, 1977, p. 84).

devassas eram da competência dos juízes[388], os quais ouviam as testemunhas e passavam à fase da pronúncia[389].

O processo criminal fundamentava-se no procedimento inquisitorial[390]. O magistrado compunha parte ativa na produção e colheita do arcabouço probatório. A tortura, como parte do sistema da prova legal[391], era proposta contra o acusado tendo como meta obter sua confissão acerca da imputação que contra ele pesava. O abandono do regime de provas que utilizava a gradação (provas plenas e semiplenas) somente ocorrera por volta de 1867[392].

Em toda e qualquer modalidade de delito, poder-se-ia arrolar e colher depoimentos de novas testemunhas, sendo vedada a participação de acusado e acusador em tal feito. Todas as provas colhidas serviam de base para a formação da convicção do julgador, o que lhe permitia grande liberdade[393].

As Ordenações Filipinas disciplinaram de modo mais específico as provas e ainda regulamentaram o juramento do réu, que era feito sobre os Evangelhos. Para que uma querela resultasse na prisão do acusado seria necessário aguardar o conhecimento do sumário da culpa por parte do magistrado, bem como, seria necessária a tomada do depoimento de três ou quatro testemunhas que confirmassem o teor da acusação.

---

388 As "inquirições para a informação dos delitos e que se classificavam em *devassas gerais* e *devassas especiais*" (PIERANGELLI, 1983, p. 65, grifo do autor).
"As Ordenações Filipinas, em seu livro V, título XVII, § 12, cuidavam das *devassas*, que eram a inquirição para informação dos delitos. [...] pela lei de 12 de novembro de 1821, as Côrtes Portuguesas extinguiram tôdas as devassas gerais" (BARROS, 1969, v. I, p. 58-62, grifo do autor).

389 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 126-127.

390 "No processo crime, em contrapartida, é maior a influência do modelo inquisitório, podendo o juiz tomar parte activa na averiguação da verdade [...]; embora também fosse regra estabelecida de que não poderia julgar pela sua própria ciência [...]; os tormentos eram admitidos, desde que houvesse indício forte de culpabilidade" (GILISSEN, 1995, p. 721).

391 "Dominava o sistema da prova legal, isto é, o juiz deveria julgar pelo alegado e provado, ainda que a consciência lhe ditasse o contrário" (BARROS, 1969, v. I, p. 60).
"Dominava o sistema da prova legal, devendo portanto o juiz decidir de acordo com o alegado e provado, embora outra coisa lhe ditasse a consciência" (MARQUES, 1965, v. I, p. 93).

392 "Em alguns sistemas legais [...] a questão podia ser repetida indefinidamente, seus únicos limites estando na obstinação do juiz e na força de resistência do paciente. Geralmente, porém, era estabelecido um número máximo, que costumava ser de quatro sessões [...]. Equivalentemente dispunham as Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal desde 1603" (GONZAGA, 1993, p. 33).

393 Cf. ALMEIDA, 1973, p. 57.

De acordo com o predisposto no texto das Ordenações Filipinas, uma vez comprovada a existência do fato e havendo indícios suficientes da autoria, após substancial apoio em testemunhas, o acusado era pronunciado[394]. Ao fazê-lo, o magistrado não somente admitia os termos em que a acusação tinha sido formulada como, também, encaminhava o réu a julgamento.

Segundo o procedimento adotado no texto das referidas Ordenações, a pronúncia[395] firmava as questões constantes da acusação formulada contra o indivíduo e, como corolário lógico, submetia a julgamento o acusado da prática delituosa[396].

Especificamente para a pronúncia[397], requeria-se a produção das provas do corpo de delito e os indícios, sendo que para julgamento seria necessária a confissão do acusado, juntamente com os instrumentos do crime, as testemunhas e os tormentos[398]. Caso o réu estivesse aprisionado o magistrado antes de proferir a pronúncia interrogava-o novamente. Com esse expediente e mais as garantias

---

394 "A pronúncia é a sentença do juiz que declara o réu suspeito do delito que faz objeto da devassa ou da querela contra ele dada, e o põe no número dos culpados" (SOUZA, 1831, p. 56).

395 A pronúncia nas Ordenações Filipinas era a "*nominis delatio* do processo romano, isto é, a fórmula pela qual o acusador nomeava o acusado, qualificava o crime e estabelecia as questões do processo, foi pouco a pouco ficando a cargo do juiz, até se transformar na *pronuntiatio* ou *sentença de pronúncia sobre a devassa ou sobre a querela, pela qual o juiz declarava o nome do réu, o crime e o modo do livramento*. Essa *pronuntiato de reo capiendo*, a que se refere a Ord. Fil. Liv. V, tít. 117, § 12, sujeitava, nos termos dos §§ 18 e 19, o querelado à acusação e principiara a ser posta em prática pelas Ordenações Manuelinas" (ALMEIDA, 1973, p. 56, grifo do autor).

396 "Uma vez existente o crime e descoberto o seu autor, vinha a pronúncia, se da devassa resultasse 'prova suficiente para a prisão do réu'. Seguia-se o processo de acusação e julgamento, o procedimento dos recursos" (MARQUES, 1965, v. I, p. 92).

397 "A pronúncia tinha por base o *corpo de delito* e os *indícios de autoria*. A confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos fundamentavam o julgamento. [...] a pronúncia era a sentença do juiz que declarava o réu suspeito do delito, que o tornava objeto da *devassa ou da querela* contra ele dada e que o colocava no número dos culpados" (PIERANGELLI, 1983, p. 64, grifo do autor).

398 Surgindo nos tempos dos Visigodos e reaparecendo depois, a partir do século XIV, e de uso exclusivo dos magistrados por sua natureza grave, os tormentos "eram perguntas judiciaes feitas ao réo de crimes graves, afim de compellil-o a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. Ao proprio trato chama-se tambem tortura; e esta expressão é a mais vulgar. Este barbaro meio de prova já era usado pelos Romanos, que em differentes titulos do Digesto e do Codigo o consagram denominando-o *quaestio*" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 130).

Tormentos "eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. A isto também se denominava tortura, expressão mais vulgarizada nos tempos idos. O processo secreto desenvolveu de tais formas o uso da tortura em conseqüência do preconceito que levou a jurisprudência a formular, como regra essencial, a necessidade de confissão do acusado. O juiz habituara-se a fundar tôda a instrução nas contínuas perguntas ao réu, buscando todos os meios de extorquir tal confissão, o que o impelia a uma habilidade sem escrúpulos [...]; e, se ainda assim, nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos" (BARROS, v. I, 1969, p. 60).

tomadas a fim de resguardar os danos causados pelo acusado, dava-se início ao julgamento.

Referidas Ordenações foram empregadas no Brasil[399] por mais de dois séculos, harmonizando-se à realidade de então[400]. Nesse ínterim seguiram inquérito e processo criminal sob a forma de sigilo absoluto, utilizando-se da tortura como um meio de obter a confissão do acusado. Praticamente no final da vigência de tais Ordenações, houve um abrandamento do uso da tortura para algumas classes de pessoas.

2.6 A sistemática jurídica na transição para o direito nacional

A queda dos Felipes foi registrada no ano de 1640 quando intensas manifestações afloraram no sentido de encerrar o domínio castelhano sobre Portugal. Para unificar o sentimento ferido do povo dominado, agregar novamente os valores nacionais e trazer novamente a segurança jurídica para os domínios portugueses foi aclamado, em 1640, D. JOÃO IV como Rei de Portugal[401].

Letrado e estudioso dos problemas da administração na Corte e nas colônias, promulgou um grande aparato legislativo. Ao perceber o constante desconforto da sociedade pelo fato de terem sido as Ordenações Filipinas concebidas por FELIPE I, de ascendência espanhola, D. JOÃO IV decidiu legitimá-las, fato este que ocorreu

---

399 Assim "subiu ao trono de Portugal FILIPE II, de Castela, em cujo reinado foram promulgadas as Ordenações Filipinas, no ano de 1603, que guardaram o método, o espírito e as matérias das Ordenações Manoelinas, com acréscimo das leis posteriores. É esta a primeira legislação processual vigorante no Brasil, visto que a sua colonização foi muito posterior ao descobrimento" (BARROS, v. I, 1969, p. 58).

400 "Os seus efeitos sobre o organismo do Brasil-Colônia ou 1.º Império não foram impeditivos ou contrariantes de nossa formação jurídica, mesmo porque ainda iniciamos, em estado de adolescentes, a elaboração da jurisprudência nacional. Não se poderia exigir das Ordenações mais do que em realidade elas foram: obra multissecular de um povo tão orgulhoso de suas legislações que as vinculou historicamente aos nomes dos seus outorgantes reais" (ALTAVILA, 1995, p. 229).

401 D. JOÃO IV (1604 – 1656) – o *restaurador* – reinou por 16 anos, restaurando a independência portuguesa. Era letrado, músico e tinha profundos conhecimentos em teologia. No âmbito jurídico promulgou um vasto rol de leis para suprir carências das metrópoles e das colônias. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 149-153.

através da publicação de 29 de janeiro de 1643. Dessa forma, foi ratificada a aplicação das Ordenações Filipinas[402].

Com as dificuldades havidas para manter a independência portuguesa e também devido às graves crises administrativas, fiscais e políticas da época, os monarcas que sucederam D. JOÃO IV[403] não se empenharam em alterar o direito vigente[404]. Assim, foram mantidas as Ordenações Filipinas, a Carta Régia de 1745[405] e as regras gerais de aplicação do Direito Romano até a época em que novo movimento reformador da legislação ocorreu em Portugal[406].

D. JOSÉ I[407] ascendeu ao trono português em 1750. Seu primeiro-ministro SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO – o MARQUÊS DE POMBAL[408] – influenciado pelo Iluminismo e tendo à frente uma grave crise administrativa,

---

[402] "Com a restauração da monarquia portuguesa, em 1640, subiu ao trono D. João IV. Este, em 29 de janeiro de 1643, revalidou e confirmou as Ordenações Filipinas, determinando uma nova publicação [...]. A realidade social havia determinado, entretanto, a edição de novas leis, que, em pouco tempo, viriam formar uma respeitável massa legislativa. São as chamadas *leis extravagantes* ou *leis especiais*. [...] As chamadas *leis extravagantes*, ou *especiais*, abrangiam as cartas régias, as cartas de lei ou cartas patentes, e, ao lado destas, os alvarás, os decretos, as resoluções, as portarias e avisos" (PIERANGELLI, 1983, p. 69, grifo do autor). Nesse sentido: MARQUES, 1965, v. I, p. 90.

[403] Dos tempos de aclamação da dinastia de Bragança, com D. JOÃO IV, até o período das reformas de D. JOSÉ I, sucederam a este os seguintes monarcas: D. AFONSO VI (1643 – 1683) – o *vitorioso* –, D. PEDRO II (1648 – 1706) – o *pacífico* – e D. JOÃO V (1689 – 1750) – o *magnânimo*. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 203-244.

[404] Após assinar tratado de Utrecht (11 de abril de 1713) com a França, D. JOÃO V fez publicar o Alvará de 24 de julho de 1713, o qual continha novas regras para expedientes forenses. Nesse sentido: Ibid., p. 263-265.

[405] Dois importantes fatos de destaque ocorreram no Reinado de D. JOÃO V. O primeiro foi a publicação da Carta Régia, em 20 de janeiro de 1745, redigida pelo Ministro ALEXANDRE DE GUSMÃO (1695 – 1753), brasileiro nascido em Santos, com regras de aplicação do processo. O segundo evento de ressonância, ocorrido em 1712, foi a declaração de independência do Poder Judiciário frente aos governadores gerais. Nesse sentido conferir as lições de ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 137.

[406] "Outros diplomas abrangidos na designação genérica de leis eram as *cartas régias* [...]. Denominavam-se *resoluções* os diplomas que o monarca respondia às consultas que os tribunais lhe apresentavam, normalmente acompanhadas dos pareceres de juízes respectivos. [...] Recebiam o nome de *provisões* os diplomas que os tribunais expediam em nome e por determinação do monarca. Cabiam, pois, no conceito amplo da lei" (COSTA, 2002, p. 297-298, grifo do autor).

[407] D. JOSÉ I (1714 – 1777) – o *reformador* – reinou Portugal por 27 anos. Criou várias instituições de cunho econômico e educativo alavancando a nação portuguesa ao *status* de berço cultural por excelência. No seu governo atravessou várias crises econômicas e diplomáticas. Manteve-se rompido com a Igreja por vários anos. Esforçou-se para gerenciar um novo sistema de finanças para as colônias portuguesas. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 292-426.

[408] O MARQUÊS DE POMBAL (1699 – 1782) foi um dos grandes responsáveis pela aproximação de Portugal com os demais países europeus, com fins de aprimorar as bases econômicas e administrativas lusas. Nesse sentido: AZEVEDO, João Lucio de. *O Marquês de Pombal e a sua época*. 2. ed. com emendas. Rio de Janeiro: Annuario do Brasil, 1922, p. 317-343.
Cf. DOMINGUES, Mario. *O Marquês de Pombal: o homem e a sua época*. Lisboa: Romano Torres, 1955, p. 25-32.

econômica e social, empreendeu uma grande reforma legislativa, religiosa e fiscal, extinguindo o regime das capitanias hereditárias, todos os benefícios concedidos aos donatários[409] no Brasil e expulsando os jesuítas de Portugal e das colônias[410].

Nessa época a função jurisdicional era desempenhada por vários órgãos que exerciam uma delegação do Poder Real. Logo, não havia um Poder Judiciário estruturado da forma como se conhece hodiernamente. No entanto, é possível identificar naquele momento a atuação dos seguintes órgãos: os *tribunais da relação* (órgãos responsáveis pela análise recursal das decisões judiciais); os *ouvidores de comarcas* (magistrados togados nomeados pelo rei por um período de 3 (três) anos); os *juízes ordinários* (juízes locais) e os *juízes de fora* (juízes externos à localidade e nomeados pelo rei por um período de 3 (três) anos[411].

A grande atividade reformadora levada a cabo pelo MARQUÊS DE POMBAL deixou como legado as primeiras compilações do direito civil, concebidas para substituir o então direito eclesiástico. Destaque para o tratamento jurídico de temas como a posse civil do herdeiro e sucessão testamentária. No âmbito da matéria penal registra-se uma elevação na quantidade e rigor das penas para os crimes contra a paz social e a liberdade sexual da mulher[412].

Sucedeu D. JOSÉ I a sua filha, D. MARIA I[413]. Muito piedosa e enferma mentalmente nas duas últimas décadas de vida, foi pressionada a afastar o MARQUÊS

---

[409] O Brasil tinha sido dividido em 12 capitanias hereditárias em 1534. A cada donatário a Corte portuguesa concedeu privilégios "entre os quaes jurisdicção no civel e crime, limitada apenas em alguns casos. [...] Em 1549, vendo D. JOÃO III que este systema de colonisação não dava os resultados esperados, creou um governo geral para o Brazil, com um *governador geral*, chefe do governo e centro administrativo; um *provedor geral*, dirigindo a fazenda; um *capitão-mór da costa*, encarregado da defeza do littoral, e mais tarde, um *alcaide-mór*, tendo o commando das armas; e um *ouvidor geral*, presidindo a justiça. A esse governo cuja sede era na cidade de S. Salvador da Bahia, como o ponto mais central da costa, ficaram sujeitas todas as capitanias" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 134-135, grifo do autor).

[410] Cf. FRASCHINI NETO, M. *O Marquês de Pombal e o Brasil: contribuições às comemorações do 2.° Centenário da morte do Marquês de Pombal*. Lisboa: Tipografia Minerva do Comércio, 1981, p. 10-16.

[411] Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 44.

[412] Leis de 19 de junho de 1755 e de 29 de novembro de 1755.

[413] D. MARIA I (1734 – 1816) – a *louca* – foi a primeira rainha portuguesa a exercer de fato a monarquia. Muito devota, ergueu templos para a Igreja e abraçou a causa eclesiástica com fervor. Com a saúde mental abalada passou os últimos 24 anos de sua vida impulsionando as obras sociais. Ainda quando monarca, teve grande destaque por abrigar perseguidos políticos de outras nações. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 427-472.

DE POMBAL da Corte. Dessa forma, suspendeu a vigência de boa parte da legislação concebida no governo anterior como forma de reafirmação do poder e de retaliação aos opositores.

Nessa empreitada a rainha ordenou a formação de uma comissão de letrados com a principal incumbência de avaliar o corpo legislativo que estava em vigor para que atualizações fossem produzidas[414]. Esse movimento reformador alterou, em destaque, o procedimento referente ao sistema probatório no processo penal, principalmente no que tange à produção de provas testemunhais e escritas no processo penal aqui aplicado[415]. Nesse momento já estava em ebulição os ideais do Iluminismo, estes que inspiraram boa parte da codificação posterior na Europa e nas colônias.

Com a saúde abalada cedeu o posto ao seu filho, o príncipe-regente D. JOÃO VI[416]. Nesse período ocorreram substanciosas transformações na Europa, principalmente aquelas oriundas da Revolução Francesa, do bloqueio continental e da guerra entre Portugal e Espanha. Em seu reinado a Corte portuguesa foi transferida para o Brasil[417], em 1808[418], quando começou a fase monárquica e o primeiro Império[419].

---

414 Destarte, o decreto de 31 de março de 1778 criou a junta revisional, cabendo a "PASCOAL DE MELO E FREIRE, a confecção do trabalho sôbre direito público e criminal, obra que terminou em 1789. [...] Com a vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos *Direitos do Homem*, intensifica-se a propagação dos ideais humanitários da Justiça Penal, e já se preparavam reformas nesse sentido, quando a invasão napoleônica fêz tudo abortar" (MARQUES, 1965, v. I, p. 95, grifo do autor).

415 Alvará de 30 de outubro de 1793.

416 D. JOÃO VI (1767 – 1826) – o *clemente* – foi monarca de Portugal desde 1816, primou pelo desenvolvimento das instituições governamentais. No Brasil fundou a Academia Militar da Marinha Mercante, construiu hospitais militares, liberou a atividade industrial brasileira, instituiu o Banco do Brasil, criou o Jardim Botânico e a Biblioteca Real no Rio de Janeiro, além da Academia de Belas Artes. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 512-514.

417 "Chegando ao Brazil, D. JOÃO VI creou o Supremo Conselho Militar e de Justiça, o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciencia e Ordens, o lugar de Juiz conservador da Nação Britanica, a Intendencia Geral de Policia [...]. Foram ainda creados em 1808 lugares de juizes privativos do crime no Rio de Janeiro [...]. Assim, em 16 de dezembro de 1815, quando foi solemnemente declarada a elevação do Brazil á categoria de Reino, já estava de facto estabelecida a mais completa autonomia das justiças" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 139-141).

418 Espanha e França, em 27 de outubro de 1807, celebraram o tratado de Fontainebleau, dividindo Portugal. Na tentativa de não ser aprisionado pelas tropas de NAPOLEÃO BONAPARTE que lutavam contra os ingleses, D. JOÃO VI transfere a Corte portuguesa para o Brasil, chegando à Bahia em 18 de janeiro de 1808. Nesse sentido: ALMEIDA, 1926, t. IV, p. 467-512.

419 "Em 1815, o Brasil é elevado, pela lei de 16 de dezembro, à categoria de *Reino Unido* a Portugal, pondo em conseqüência fim ao Sistema Colonial, e monopólio da Metrópole" (SILVA, 2005, p. 72, grifo do autor).

2.7 A fase do Brasil colonial e sua independência

A fonte direta e remota do Direito Processual Penal brasileiro, quase que na totalidade, foi a legislação portuguesa[420], de cunho estritamente inquisitorial à época, reflexo de um sistema jurídico europeu pavimentado em bases sólidas decorrentes notadamente do século XVI[421].

As Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, não chegaram a vigorar no Brasil-Colônia, uma vez que no reinado de D. MANOEL I houve a edição das Ordenações Manuelinas, estas que formalmente tiveram aplicação juntamente com o Código Sebastiânico à época das Capitanias Hereditárias e dos primeiros governos gerais. Como anotado alhures, as Ordenações Filipinas tiveram maior aplicação no Brasil, principalmente com a criação do Tribunal de Relação da Bahia[422].

Conforme estabelecido, o sistema abrigado no bojo das Ordenações Filipinas, como primeiro encarte de um pensamento processual vigente em terras brasileiras, preconizava, em sua essência, o modelo inquisitório, observando-se traços dos padrões acusatórios quando era permitido a qualquer do povo, ao próprio ofendido ou, ainda, ao Ministério Público apresentar a acusação em juízo[423].

Outro ponto decorrente do sistema fixado nas referendadas Ordenações Filipinas era o que dizia respeito aos meios de obtenção de prova. Em seu bojo permitia-se a utilização da tortura como meio de prova, sendo registradas várias

---

420 "Nosso direito nasceu das instituições lusitanas, cujas raízes se prendem aos primeiros tempos da monarquia portuguesa" (ALMEIDA, 1973, p. 46).

421 "Devemos buscar as origens do nosso judiciário no sistema vigente em Portugal no período imediatamente anterior ao descobrimento" (MALCHER, 1980, v. I, p. 38).

422 "Das Ordenações do Reino, foram as Filipinas as que tiveram uma maior aplicação no Brasil, principalmente após a criação do Tribunal de Relação da Bahia. [...] a sua execução atingiu o ano de 1832, eis que por Lei de 29 de novembro desse mesmo ano, foi promulgado o Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Sua aplicação, porém, estava limitada aos pontos em que não tivessem sido revogados pela Constituição de 1824 e pelas leis anteriores e posteriores à sua promulgação ou pelas leis seguintes à Constituição de 1824 e pelas leis anteriores até a entrada em vigor do Código de Processo. Após a nossa independência, a aplicação das Ordenações Filipinas foi determinada pela Lei de 20 de outubro de 1823" (PIERANGELLI, 1983, p. 70).

423 Cf. FEU ROSA, Antônio José Miguel. *Processo Penal*. Brasília: Consulex, 1999, p. 29.

modalidades para a aplicação daquela, além é claro de algumas penas degradantes. Esse meio de prova foi extirpado da legislação em solo brasileiro somente no período da independência nacional, a partir das destacadas influências proporcionadas pelos movimentos revolucionários europeus[424].

Com a aplicação em terras brasileiras dos procedimentos estabelecidos pelas Ordenações Filipinas para o processo criminal, para qualquer tipo de delito, após a investigação de suas circunstâncias e agrupados os pressupostos de autoria e materialidade, seguia-se a pronúncia como uma decisão que, acatando a acusação formulada, sujeitava o acusado a julgamento. Estabelecia-se, no âmbito das Ordenações, um controle na admissibilidade acusatória.

O livre arbítrio de vários juízes criminais e, principalmente, o abuso de autoridade de alguns governantes levaram D. PEDRO I[425], em 23 de maio de 1821, a expedir em terras brasileiras decreto regulamentador da matéria de processo criminal[426], admitindo o direito de a defesa intervir em determinados atos instrutórios e de tomar ciência quanto ao interrogatório do acusado, exceto em casos de urgência, assegurando, ainda, a liberdade como regra e a prisão como medida excepcional, devendo ser precisamente fundamentada pelo magistrado e, também, legitimando a prisão em flagrante por qualquer um do povo[427].

Em linhas gerais, tal decreto inovou no sentido do direito probatório, uma vez que declarou que todas as provas produzidas no processo seriam públicas, facilitando a manifestação da defesa. Procurou humanizar o sentido do cárcere,

---

[424] Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 192-193.

[425] D. PEDRO I (1798 – 1834) – o *libertador* ou o *Rei-soldado* – educado em letras, conhecedor de vários idiomas, músico e religioso, foi um monarca de hábitos simples. Austero na administração, agiu com vigor no âmbito legislativo, renovando o sistema jurídico nacional. Em seu reinado o Brasil ganhou a sua primeira Constituição, em 1824. Nesse sentido: ARMITAGE, John. *História do Brasil: desde o período da chegada da família de Bragança, em 1808, ate a abdicação de D. PEDRO I, em 1831, compilada à vista dos documentos públicos e outras fontes originais formando uma continuação da história do Brasil*. São Paulo: USP, 1981, p. 25-52.

[426] "Ora, um esboço de legislação processual, em materia criminal, foi tentado durante o primeiro império; mas tratava-se, evidentemente, de leis avulsas, destituidas de sistematica, nem conexas. A Constituição consignára normas fundamentais para a nova organização da justiça e do processo" (TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro – Ensaio (Época Imperial*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947, v. II, t. I, p. 231).

[427] Cf. GRINOVER, 1982, p. 41.

impedindo o confinamento de seres humanos em lugares insalubres e hostis, abolindo o uso de algemas, correntes e outros dispositivos violadores da integridade física e moral dos presos que ainda não tivessem sido julgados e condenados com sentença da qual não coubesse mais nenhum recurso[428].

D. PEDRO I havia convocado por Decreto, em 03 de junho de 1822, uma Assembleia Constituinte para o Reino do Brasil, como forma de demonstrar resistência às pressões exercidas pela Corte portuguesa. Era considerada penosa a tarefa de construir uma unidade de poder segundo os princípios que resguardassem as liberdades individuais[429] sem, no entanto, ferir os ideais absolutistas[430].

A partir daí se desencadeou um grande movimento reformador legislativo, sob as luzes do poder centralizador monárquico. Ao mesmo tempo tornaram-se um grande contratempo para o Império as manifestações públicas de oposicionistas, principalmente as veiculadas através da imprensa. Em decorrência direta do temor advindo da proliferação das manifestações oposicionistas, D. PEDRO I por Decreto, em 18 de junho de 1822[431], criou o júri no Brasil[432], instituto com gênese nas primeiras épocas da humanidade, havendo destacados traços dessa instituição no processo penal acusatório romano[433].

---

428 Cf. ALMEIDA, 1973, p. 58.

429 "Nas vésperas da Independência, por reflexo do movimento liberal europeu, a legislação portuguesa aplicável ao Brasil passa a estabelecer garantias para o acusado, abolindo-se a tortura a certas penas infamantes. Tais reformas, porém, não eram satisfatórias para o novo país de após 1822, que queria reagir firmemente contra as leis propiciadoras do arbítrio" (GRECO FILHO, 2009, p. 67).

430 Cf. SILVA, 2005, p. 74.
Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 36-47.

431 O Decreto de 18 de junho de 1822 – *crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa* – levou a assinatura de JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA (1763 – 1838), Ministro do Reino e dos Negócios Estrangeiros do Brasil.

432 Ao instituir o júri, D. PEDRO I, sob o fundamento de procurar "ligar a bondade, a justiça e a salvação publica, sem offender á liberdade bem entendida da imprensa, que desejo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito á '*causa sagrada da liberdade brazilica*', creava um tribunal de juizes de facto composto de vinte e quatro cidadãos, 'homens bons, honrados, intelligentes e *patriotas*', nomeados pelo Corregedor do Crime da Corte e Casa, que por esse Decreto era nomeado juiz de direito nas causas de abuso de liberdade de imprensa" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 144, grifo do autor).

433 O júri é considerado como um "'vetusto instituto de inspiração mosaica, e que encontra sua origem, nos moldes atuais, nas *quaestiones perpetuae* do processo penal acusatório romano'; e, outrossim, 'sempre se apresentou, em nosso direito positivo, como órgão competente para o julgamento de causas penais especificadas, atribuído não a profissionais da toga, mas aos cidadãos comuns, aos pares do acusado'" (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102).

O Decreto de 1822 determinava que vinte e quatro pessoas deveriam compor, em cada caso, o Conselho de Sentença como jurados. Com as recusas dos réus, oito juízes de fato[434] seriam suficientes para integrarem o conselho de julgamento[435]. Este conselho tinha a competência para o julgamento dos delitos de abuso da liberdade de imprensa[436], competência essa mantida no Decreto de 22 de novembro de 1823[437].

Quanto à instituição do júri, cumpre destacar em sua historicidade a existência de três modelos, quais sejam: o júri romano, o júri medieval e o júri inglês[438]. Grande parte dos países ocidentais adotou o modelo do júri inglês, a partir de uma experiência bem sucedida na França[439]. Essa foi a vertente pela qual o Brasil também se orientou, mesmo sob intensas críticas quanto à adoção dessa instituição secular no ordenamento pátrio[440].

O Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves[441] assistiu a Proclamação da Independência do Brasil ocorrer no dia 7 de setembro de 1822. Tal se deu pelas

---

434 Cf. TUCCI, 1999, p. 31.

435 E mais, o júri brasileiro "elevado à categoria de ramo do Poder Judiciário, pela Constituição de 25 de março de 1824, teve esse tribunal atribuições amplíssimas no Código do Processo Criminal, superiores ao grau de desenvolvimento da nação que se constituia" (MARQUES, José Frederico. *O Juri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 31).

436 "Esse Júri era composto de 24 'Juízes de Fato', cidadãos escolhidos 'dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas', cabendo sua *nomeação* ao Corregedor e Ouvidores do crime, 'nos casos ocorrentes e a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de tais delitos'. Da sentença do Júri só cabia apelação para o Príncipe" (MARQUES, 1963, v. I, p. 15, grifo do autor).
O júri instituído no Brasil para julgar os crimes de abuso de imprensa reuniu-se "pela primeira vez, a 25 de junho de 1825, no Rio de Janeiro, para julgar o crime de injúrias expressas" (FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 12).

437 Cf. p. WHITAKER, Firmino. *Jury*. 4. ed. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1923, p. 13.

438 Cf. FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle*. Trad.: Leon Terrier. Paris: Felix Alcan, 1905, p. 533-534.

439 Cf. DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 705-715.

440 "LOUBET, em seu trabalho *A Justiça Criminal*, apontando as causas que têm produzido a decadencia e a desmoralização do Jury, quando classificou-as em numero de cinco: *a*) a organização defeituosa da lista de jurados; *b*) a influencia indébita e perniciosa da imprensa; *c*) o modo espectaculoso dos debates; *c*) as doutrinas modernas da psychiatria sobre a responsabilidade actual das recusas, – procura sanal-as, mas infelizmente é impossivel de prompto cuidarmos disso em nosso meio. A sua existencia é uma affronta á sociedade, verdadeiro embuste social; de um tribunal de repressão, tornou-se um factor energico de criminalidade" (BASTOS, José Tavares. *O Jury na Republica*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1909, t. I, p. 10-11).

441 "Embora somente a partir de 16 de dezembro de 1815, o Brasil tenha sido elevado a categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, em conseqüência do Tratado de Viena de 8 de abril de 1815 onde as quatro potências reconheceram a D. JOÃO o título de Príncipe-Regente do Reino de Portugal e do Reino do Brasil, já a partir da chegada ao Rio de Janeiro da Família Real portuguesa, as instituições judiciárias começaram a tomar nova feição" (MALCHER, 1980, v. I, p. 45).

mãos do então príncipe regente D. PEDRO I (1798 – 1834) – o *libertador*[442]. Sua aclamação como Imperador do Brasil ocorreu em 12 de outubro de 1822, contando com o apoio popular apesar da existência de focos de resistência. Nesse momento já havia um sistema judiciário estabelecido por todo o território nacional[443].

2.8 O júri e o Código do Processo Criminal de Primeira Instância

Com a Proclamação da Independência do Brasil e sob os conflitos emergentes entre radicais e conservadores, deu-se em 03 de maio de 1823 a abertura definitiva da Assembleia Constituinte, a qual tinha como móvel principal ditar os parâmetros de uma nova ordem político-institucional ao Estado brasileiro. Finalmente, em 25 de março de 1824, foi outorgada[444] a Constituição Política do Império do Brazil.

Essa Carta Política apresentava um teor extremamente dogmático e analítico, abrigando princípios do liberalismo e submetendo a Igreja aos ditames do Estado[445]. Teve uma particular importância no que diz respeito à inclusão de um rol detalhado de direitos e garantias individuais no bojo do seu último artigo, tornando-se, dessa

---

[442] "Quando, em abril de 1821, D. JOÃO VI foi para Portugal, deixando no Brazil o Principe D. PEDRO DE ALCANTARA como Regente, póde-se diezer que este Principe resolvêra continuar esse movimento de separação, que principiando assim pela separação das justiças, terminou pela independencia política" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 141).

[443] "Proclamada a independência e organizado constitucionalmente o país, passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, tôdas as idéias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo" (MARQUES, 1965, p. 96).

[444] Quanto à origem das Constituições, estas podem ser "*promulgadas*, também denominadas *democráticas* ou *populares*, as Constituições que derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração (exemplo: Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988) e Constituições *outorgadas* as elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época (exemplo: Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e DC n. 01/1969). Existem, ainda, as chamadas Constituições cesaristas, que são aquelas que, não obstante outorgadas, dependem da ratificação popular por meio de referendo" (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39, grifo do autor).

[445] Acerca da Constituição de 1824, pode-se caracterizá-la como "uma edificação possante, sólida, maciça, magnificamente estruturada, constringindo rijamente nas suas malhas resistentes todos os centros provinciais e todos os nódulos de atividade política do país: *nada escapa, nem o mais remoto povoado do interior, à sua compreensão poderosa*" (VIANNA, Francisco José Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 258-259, grifo do autor).

forma, uma das primeiras constituições do mundo a fazê-lo expressamente[446]. Com isso inaugurou-se o período de reação às leis opressoras da monarquia portuguesa[447].

Os fundamentos de sua declaração de direitos individuais e garantias permaneceram nas constituições brasileiras que se sucederam[448]. Ao lado desses direitos fundamentais também foi reconhecido um sistema de garantias da magistratura, representando um plano de segurança para o povo contra as ingerências de autoridades políticas nas questões afetas ao judiciário.

Com a Constituição do Império o Poder Legislativo havia organizado a justiça estabelecendo novas regras para o processo, em estrita concordância com os princípios constitucionais então estabelecidos[449], alçando o júri a um ramo do *Poder Judicial*[450], este previsto no Título 6.º da citada Carta Magna. Ainda nesse Título se preconizava acerca dos juízes e tribunais de justiça.

Em especial esse Título assegurava aos jurados, juntamente com juízes, a composição do Poder Judicial[451], competindo àqueles a análise dos fatos e a estes a aplicação da lei[452], configurando um sistema misto de julgamento[453]. A Carta Política de 1824 previa, também, que após a elaboração da pronúncia todos os atos

---

446 O artigo 179 preconizava no seu *caput* a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo como base, para tanto, a liberdade, a igualdade, a segurança individual e a propriedade. As garantias eram arroladas ao longo dos seus trinta e cinco incisos.
No teor do artigo 179 da Constituição do Império "vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século" (MARQUES, 1965, v. I, p. 96).

447 Cf. GRINOVER, 1982, p. 41.

448 Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

449 "No Brasil, na época colonial, em matéria processual vigoraram, como não podia deixar de ser, as Ordenações do Reino, porque Brasil e Portugal formavam um Estado único. Mesmo com a independência, continuaram a vigorar as mesmas Ordenações, que eram as Filipinas, as quais regulavam o Processo Penal no livro V" (GRECO FILHO, 2009, p. 66).

450 "Os constituintes de 1823 haviam tentado estabelecer o júri expressamente como uma garantia dos direitos individuais. O instituto fora, porém, adotado pela Constituição do Império, de 1824, como um órgão, simplesmente, do Poder Judiciário" (ALMEIDA, 1975, p. 143).

451 Artigo 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

452 Artigo 152. Os Jurados pronunciam sôbre o facto, e os Juizes applicam a lei.

453 Cf. MALCHER, 1980, v. I, p. 47.

processuais seriam públicos, incluindo a oitiva de testemunhas, uma forma de assegurar a ampla participação da defesa nos atos procedimentais[454].

Ademais, ao elevar o Tribunal do Júri à condição de órgão do Poder Judiciário, a Constituição Imperial conferiu-lhe a competência não só para o julgamento das causas criminais como também das causas cíveis[455]. Em relação a estas especificamente, observou-se que a complexidade dos temas e o aprofundado conhecimento exigido da legislação civilista, fez com que não vingasse a atuação dos jurados leigos na seara da jurisdição civil[456].

A Lei de 15 de outubro de 1827 criou os cargos de juiz de paz, aos quais competia o conhecimento das demandas cíveis, as atribuições da polícia administrativa e da polícia judiciária, além da competência para as causas criminais. O referido diploma tratou ainda de variados temas do processo criminal da época[457].

Com o advento das novas regras constitucionais, a Lei de 30 de agosto de 1828 abordou o tema referente à forma pela qual se processaria a prisão por crimes sem culpa formada, anteriores à pronúncia, portanto, nos casos de flagrante delito e de crimes cujas penas previstas fossem prisão perpétua, pena de morte natural ou galés por toda a vida. Era assegurado ao preso, nessas condições, ser mantido separado dos presos pronunciados e que seu nome fosse lançado no livro dos presos somente após a pronúncia efetivada[458].

---

454 Artigo 159. Nas causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já.

455 "A Carta Constitucional do Imperio depois o elevou a um dos ramos do Poder Judiciario, dando-lhe attribuições para, em materia de facto, decidir tanto as questões criminaes, como as civis. Não exerceu, porém, o jury poder algum nos processos civis" (WHITAKER, 1923, p. 13).

456 "É que os legisladores, que procuravam regulamentar o preceito constitucional, viram que Juízes do povo não podiam julgar as questões civis, em sua maioria, complexas e difíceis e que exigiam o conhecimento da lei e do direito" (NORONHA, 1969, p. 260).

Os jurados eram "retirados das mais variadas atividades. Nem todos da mesma compreensão. Inteligentes e argutos uns, tardos no raciocínio outros. O argumento que impressiona a um, passa despercebido a outro" (MELLO, J. Soares de. *O Juri e a limitação dos debates*. São Paulo: [s.n.], 1941, p. 7)

457 Cf. TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 232.

458 Artigo 3.º, Lei de 30 de agosto de 1828. Os que em qualquer destes casos forem recolhidos á cadêa, antes da culpa formada, serão conservados em custodia, havendo para isso commodidade, em lugar separado dos réos já pronunciados, fazendo-se os respectivos assentos em livro privativo; e só serão lançados no livro dos presos depois da pronuncia, e em virtude de ordem do juiz competente, de que tambem se lhes dará copia, si a pedirem.

A Lei de 23 de setembro de 1828 regulamentou a formalidade de vários atos no processo criminal. Por sua determinação, passou-se a exigir que a acusação fosse formulada por escrito, permitindo-se a contrariedade do réu nos mesmos termos. Também dispôs a necessidade do preparo do processo pelo juiz relator, quando dos julgamentos nas juntas criminais[459].

Em 22 de setembro de 1829 foi publicada a legislação que determinava que os juízes observassem a aplicabilidade da ação cível correspondente ao dano decorrente do crime pelo qual o réu foi pronunciado, mas que até a oportunidade não havia sido julgado criminalmente por se encontrar foragido. O móvel dessa legislação repousava no sentido de não julgar o réu à revelia, mesmo pesando contra ele uma decisão de pronúncia[460].

Nessa época os julgamentos realizados pelo júri começaram a registrar inconvenientes por conta dos abusos cometidos por grande parte das pessoas que serviam como jurados e que atuavam de modo irresponsável na avaliação das provas apresentadas, desleixados na análise da formação da culpa, negligentes quanto aos fatos debatidos no plenário e volúveis pela pressão dos políticos que tinham interesse no conteúdo decisório[461].

Esses e outros contratempos aceleraram os debates no intuito de haver uma legislação disciplinando o júri. Isso ocorreu quando a regulamentação da matéria sobre o abuso da liberdade da imprensa foi publicada no âmbito da Lei de 20 de

---

459 Cf. TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 232.

460 Com as devidas referências de ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 159.

461 "Abstracção feita de sua independencia em face do governo, os jurados, têm, sob todos os aspectos, as qualidades que o juiz não deve ter. Ignorantes do direito, que só o estudo ensina; destituidos do senso da legalidade, que só a profissão dá; privados do sentimento da responsabilidade, que só a funcção produz; da independencia de juízo, que só a pratica póde formar; destituidos de todas essas qualidades, chegam ao seu banco, partilhando já talvez a opinião do publico ou da imprensa; fáceis de se emocionar, deixando-se fascinar pela arte do defensor, que sabe onde apoiar sua alavanca – sobre seu coração, sua humanidade, seus preconceitos, seus interesses, sua opinião politica; accessiveis, na occasião do voto, a toda influencia de uma opinião contraria á sua, mas apresentada com autoridade, e que, entretanto, abandonados a si mesmos, teriam repellido, e lançando sobre ella a responsabilidade do resultado e, de resto, as melhores pessôas do mundo; mas, para dizê-lo ainda, os guardas civis da justiça, de que um pelotão não vale um só soldado verdadeiro. [...] À cegueira instintiva do julgamento dos jurados ajunta-se sua irresponsabilidade" (REZENDE, 1939, v. I, p. 622-637).

setembro de 1830[462]. Em seu Título IV estava previsto o Júri de Acusação[463], corpo a ser formado por doze jurados[464] com a atribuição para a análise da viabilidade acusatória formulada contra o réu[465], após proferirem juramento[466] nesse sentido.

O Título V do mesmo estatuto disciplinava as regras para o Júri de Julgação[467]. Com as mesmas regras incidentes para a composição do corpo de jurados e para o juramento destes, o Conselho de Sentença confrontava as provas apresentadas pela acusação, realizada por um Promotor Público[468], e defesa ante a denúncia para, ao final, tomar a decisão, por maioria absoluta, com base nos quesitos formulados[469].

Após a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830[470], houve um desencadeamento na produção legislativa no âmbito do Direito Judiciário[471], principalmente no que tange ao tema das prisões, além dos vários aspectos do procedimento criminal. Isso se deu num claro movimento de reação à legislação

---

462 A Lei de 20 de setembro de 1830, *Sobre o abuso da liberdade da imprensa*, estava dividida em 6 Títulos e foi publicada no dia 28 de setembro do mesmo ano de sua edição.

463 O Título IV, *Do Jury de Accusação*, era composto pelos artigos 20 a 23.

464 O teor do artigo 20 previa que o Júri de Acusação seria formado por doze jurados, no caso do julgamento ser realizado nas capitais das províncias, ou por dez jurados, para as demais localidades. Ainda previa que as cédulas com o nome dos jurados seriam retiradas por um menino de uma urna.

465 No contexto do artigo 21 a obrigatoriedade ao presidente do júri para que, em voz alta, indagasse aos juízes de fato nos seguintes termos: *o Jury achou, ou não achou, materia para accusação?* Se por maioria absoluta de votos a resposta fosse afirmativa, a acusação estaria aceita e declarada em sentença pelo presidente do júri (artigo 23) e o réu seria encaminhado a julgamento em plenário do júri.

466 A fórmula do juramento, constante do corpo da lei, era do seguinte teor: *Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa, haver-me com franqueza e verdade, só tendo diante de meus olhos Deus, e a Lei, e proferir o meu voto sagrado a minha consciencia*.

467 O Título V – *Do Jury de Julgação* – estava composto pelos artigos 24 a 36.

468 O Código do Processo Criminal, Lei de 29 de novembro de 1832, na Parte Primeira (*Da Organização Judiciária*), Título I (*De varias disposições preliminares, e das pessoas encarregadas da Administração da Justiça Criminal, nos Juízos de Primeira Instancia*), Capítulo III (*Das pessoas encarregadas da Administração da Justiça nos termos*), Secção III (*Dos Promotores Públicos*), na redação dos artigos 36 a 38, especificava os requisitos, as atribuições e a substituição para os Promotores Públicos.

469 O artigo 32 estabelecia a seguinte ordem de quesitação: *1.º Se no impresso (ou naquillo que fizer o objecto da denuncia) houve abuso? 2.º Se o accusado é criminoso? 3.º Se está comprehendido no artigo da Lei em que foi denunciado, ou em outro, e em qual? 4.º Em que gráo de pena tem incorrido? 5.º Se houve reincidencia (se disso tratar). 6.º Se ha lugar á indemnização?*

470 Lei de 16 de dezembro de 1831, composta de 313 artigos em sua redação original.

471 "O Direito Judiciario, considerado como um ramo da sciencia juridica, nada mais é do que a demonstração dos principios e regras da actividade do Poder Judiciario. O Direito Judiciario, pois, abrange principios, como sciencia, e leis, como legislação; abrange principios e leis da organisação judiciaria, principios e leis sobre as acções, principios e leis sobre as provas, principios e leis propriamente do processo. [...] O Direito Judiciario, no organismo geral da sciencia juridica, está ligado aos outros ramos do Direito" (ALMEIDA JÚNIOR, 1918, p. 21).

portuguesa[472] que era considerada severa e não atendia aos reclames dos ideais do Iluminismo, movimento com reflexos mundiais.

Entrando em vigor o Código Criminal impunha-se a necessidade de haver um diploma legislativo voltado à regulamentação do processo criminal, uma vez que nesta matéria a legislação era esparsa e desconexa. Não eram suficientes as leis de 6 de junho de 1831 – que ampliava a competência dos juízes de paz – e de 26 de outubro de 1831 – que indicava ser atribuição de um juiz a organização do processo na fase instrutória, a sustentação da pronúncia e a condução até o final[473].

Destarte, em 29 de novembro de 1832 foi publicado o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, estruturado em duas partes e um Título único[474]. Tal diploma alterou significativamente a sistemática do procedimento penal brasileiro[475], tornando-se a primeira codificação de processo criminal genuinamente brasileira, pavimentada nos ideais do liberalismo[476] e fruto da cultura jurídica que caracterizava a a intelectualidade da época, sendo considerado como *formoso monumento de saber jurídico e de espírito liberal*[477].

No corpo final dessa codificação, quase nada foi contemplado da legislação até então vigente. Preconizou-se um sistema de garantias ao acusado e determinou que a acusação ficasse exclusivamente a cargo de um promotor que era escolhido de uma votação em lista tríplice proposta pela Câmara Municipal. Por outro lado, não se preocupou tanto o legislador em dotar a máquina estatal de meios mais apropriados para a persecução criminal.

---

472 Com a Independência do Brasil, o processo penal nacional vivenciou "um período de reação às leis opressoras e monstruosas da monarquia portuguêsa, e do qual o Cód. de Processo Criminal, de 1823, constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação" (MARQUES, 1965, v. I, p. 96).

473 Cf. TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 287-288.

474 O Código do Processo Criminal do Império, com 355 artigos, dividia-se na seguinte estrutura: Parte Primeira – *Da Organização Judiciária*; Parte Segunda – *Da fórma do processo*; Título Único – *Disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil* (esta contendo outros 27 artigos).

475 Destacando os aplausos e críticas ao Código de Processo Criminal do Império, "ainda tratasse com promiscuidade da organização jurídica, em sua primeira parte, o que lhe valeu sérias críticas, notadamente no que tange à regulamentação do júri, não se lhe pode negar as qualidades de um verdadeiro monumento legislativo, para a época em que foi promulgado" (BARROS, 1969, v. I, p. 65).

476 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 168.

477 Cf. TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 288.

Adotou o sistema processual misto ou eclético[478] em detrimento ao sistema inquisitorial puro que vigorava desde as Ordenações do Reino. Como corolário direto desse sistema, observou-se que a formação da culpa estava orientada pela forma inquisitorial[479] ao passo que as provas, o exercício da defesa e o julgamento seguiam o método acusatório[480].

Alterando as formas do procedimento criminal, a referida codificação processual aboliu as devassas gerais e especiais, as querelas e as denúncias. No que tange às querelas especificamente, estas passaram a se denominar *queixas*[481]. Em decorrência disso o processo criminal passou a ser instaurado por meio de queixa ou denúncia, permanecendo o procedimento *ex officio* para os casos em que fosse viável a denúncia[482].

Em regra, o processo criminal obedecia a uma estrutura comum na fase instrutória, independente do tipo de procedimento, diferenciando-se na fase do julgamento. Ainda, manteve-se a obrigatoriedade da motivação da sentença judicial[483], forma que se entendia perfeitamente harmônica com os ideais e

---

478 "O sistema processual inglês era o *acusatório* [...]. O sistema processual francês, pelo contrario, era o *inquisitório* [...]. O legislador brasileiro, entretanto, influenciado pelo pensamento filosofico do seculo XVIII, valeu-se de um *sistema mixto* ou *ecletico*" (TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 291, grifo do autor).
Por tal, a "adoção do procedimento acusatório não exclui o poder inquisitório do juiz, que continua amplo na busca da verdade material [...], permanecendo, inclusive, quando é possível às partes instruir o juízo por meio de produção de provas e das alegações finais" (PIERANGELLI, 1983, p. 102-103).
Em via paralela, pode-se assegurar que no Código de Processo Criminal de 1832 "dominava um espírito antiinquisitorial e liberal" (GRECO FILHO, 2009, p. 67).
Em via oblíqua: "o legislador da monarquia subordinou, em 1832, o processo criminal brasileiro sobretudo à regra da inquisitoriedade" (ALMEIDA, 1973, p. 123).

479 Toma-se por base a formação da culpa preliminar como "procedimento anterior à pronúncia, mas que compreende não só o sumário de inquirição de testemunhas, como também os atos do corpo do delito: abrange, antes de o juiz declarar procedente ou improcedente a queixa ou denúncia ou procedimento *ex officio*, tudo quanto é feito para estabelecer a existência do crime e veementes indícios da autoria. *Esse procedimento de formação da culpa foi, no regime do código do processo, submetido ao princípio inquisitório*" (Ibid., p. 125-126, grifo do autor).

480 Com a Proclamação da Independência do Brasil definiram-se os "preceitos garantidores dum processo criminal bem diverso do sistema inquisitivo, que vigorava na época da colônia, sob a égide do Livro V das Ordenações Filipinas" (SOARES, 1977, p. 89).

481 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 168.

482 Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 97.

483 A obrigatoriedade de motivar as sentenças judiciais "é uma tradição profundamente enraizada no direito luso-brasileiro, prevista expressamente em nossos ordenamentos desde o Código Filipino [...]. Após a independência do Brasil, a obrigatoriedade continuou a ser expressamente prevista em nosso ordenamento por meio de uma portaria de 31 de março de 1824 [...] o mesmo princípio inspirou o art. 232 do Regulamento n. 737, de 1850" (PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 13).

sentimentos públicos. Essa determinação foi seguida desde a adoção das Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, parágrafo 7º., inciso V)[484].

Na disciplina do júri, o código manteve a estrutura prevista na Lei de 20 de setembro de 1830, a qual estabelecia a competência daquele órgão para o julgamento dos crimes de abuso da liberdade de imprensa. Quanto ao procedimento em si, inspirado nos sistemas jurídicos da França e Inglaterra[485], confirmou dois conselhos de jurados[486].

Pela sistemática então adotada, o primeiro conselho – *Jury de Accusação*[487] – era composto por vinte e três jurados[488] e detinha a responsabilidade da análise da viabilidade da acusação formulada contra o réu quando da formação da culpa. Com isso, esse primeiro colegiado, após analisar os termos em que era arrimada a acusação, declarava se havia motivo suficiente para a mesma.

O segundo colegiado – *Jury de Julgação*[489] – era composto por doze jurados e tinha por tarefa a análise do mérito da causa[490]. Uma vez que o réu tinha sido pronunciado pelo primeiro conselho, nos termos em que pesava contra ele a

---

484 Cf. SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937, p. 12-13.

485 "O nosso Codigo do Processo consagrou os dous jurys, dando ao *grande jury* o nome de *Jury de accusação* e ao *pequeno jury* o nome de *Jury de sentença*; entretanto, não seguiu completamente o systema inglez, isto é, não admitiu que a queixa ou denuncia pudesse ser directamente apresentada ao *Jury de accusação*" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 222, grifo do autor).
O Código do Processo Criminal do Império "imitando as leis inglêsas, norte-americanas e francesas, deu ao Júri atribuições amplíssimas, superiores ao grau de desenvolvimento da nação, que se constituía, esquecendo-se, assim, o legislador de que as instituições judiciárias, segundo observa MITTERMAIER, para que tenham êxito, também exigem cultura, terreno e clima apropriados" (MARQUES, 1963, v. I, p. 16).

486 "O jury era constituido em dous conselhos: o primeiro, para declarar si havia motivo para a accusação; o segundo, que era o jury de sentença" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 168).
Cf. TUCCI, 1999, p. 31.

487 De acordo com a estrutura do Código, em sua Parte Segunda (*Da fórma do processo*), Título IV (*Do processo ordinario*), Capítulo I (*Da accusação*), Seção Terceira (*Da formação do 1.º Conselho de Jurados, ou Jury de accusação*), no corpo dos artigos 238 a 241 estava prevista a constituição do primeiro Conselho de jurados, formado para a análise da admissibilidade da pronúncia elaborada pelo juiz de paz.

488 Composição do conselho prevista na redação do artigo 238 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância.

489 Na estrutura do Código, em sua Parte Segunda (*Da fórma do processo*), Título IV (*Do processo ordinario*), Capítulo I (*Do 2.º Conselho de Jurados, ou Jury de Sentença*), ao longo dos artigos 254 a 274 estava prevista a constituição do segundo Conselho de Jurados, com vistas à análise do mérito da causa propriamente dita.

490 Composição do conselho prevista na redação do artigo 259 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância.

acusação, a análise desse segundo conselho se inscrevia no mérito da causa, sendo, portanto, chancelado também como *júri de sentença*[491].

Com efeito, o código deixava a análise quanto ao recebimento da denúncia ou queixa a cargo do juiz de paz[492], o qual realizava um primeiro momento de controle da admissibilidade acusatória para, mais tarde, concluir a formação da culpa através do despacho de pronúncia[493]. Essa atividade do juiz de paz não seguia fórmulas substanciais ou rigorosas, fazendo com que sua atuação, nesse contexto, pautasse por certa discricionariedade[494].

Se houvesse falhas na formação de culpa, o magistrado presidente do júri, que não era juiz de paz, as sanava antes de submeter a pronúncia à análise do Júri de Acusação[495]. Conforme alhures mencionado, este conselho era o responsável somente para confirmar ou reformar a pronúncia ou impronúncia do acusado. De posse dos autos para análise, os jurados eram encaminhados enfim para a sala secreta para responderem a seguinte indagação posta pelo juiz presidente: "*Ha neste processo sufficiente esclarecimento sobre o crime, e seu autor, para proceder á accusação?*"[496].

A decisão positiva a essa indagação assegurava em ata a expressão "*o Jury achou materia para accusação*"[497] e o processo devia ser encaminhado para a análise pelo segundo conselho – *Jury de Julgação*, quanto ao mérito da causa propriamente dita.

---

491 Cf. TRÍPOLI, 1947, v. II, t. I, p. 307.

492 No Capítulo II (*Das pessoas encarregadas da Administração da Justiça Criminal em cada districto*), Seção Primeira (*Dos Juizes de Paz*), artigo 12, estava prevista a competência dos juízes de paz. Na redação do seu §4.º previa sua competência para "proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinqüentes".

493 Na Parte Segunda (*Da fórma do processo*), Título II (*Do processo summario*), Capítulo IV (*Da formação da culpa*), no corpo do artigo 144 prescreve o Código que: "se pela inquirição das testemunhas, interrogatório ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denúncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento".

494 Cf. ALMEIDA, 1973, p. 127-128.

495 Na Parte Segunda (*Da fórma do processo*), Título IV (*Do processo ordinario*), Capítulo I (*Da accusação*), Seção Terceira (*Da formação do 1.º Conselho de Jurados, ou Jury de accusação*), no corpo do artigo 238, a redação do Código previa que seriam sorteadas vinte e três cédulas para a composição do primeiro Conselho de jurados.

Dessa forma "o juiz de direito, antes do julgamento propriamente dito, era, pois, incumbido de zelar pela observância das formalidades substanciais do procedimento. [...] Era, assim, juiz de fato para fundamento da sentença, mas também juiz da organização do processo" (ALMEIDA, 1973, p. 130).

496 Na disciplina disposta no artigo 244 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância.

497 Na disciplina disposta no artigo 244 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância.

Ao contrário, se os jurados negassem a assertiva posta seria dada uma ordem pelo juiz presidente para que fossem convocados o queixoso ou denunciante ou promotor, o réu e as testemunhas para que ratificassem ou não os termos da denúncia[498].

Reunido o segundo conselho – *Jury de Julgação* – o réu devia ser interrogado. Em sequência, seriam lidas as peças dos autos de formação da culpa e ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa. Sucediam os debates das partes. Em ato contínuo, o juiz presidente resumia as sustentações da acusação e da defesa e entregava por escrito aos jurados as questões a serem respondidas[499] na sala secreta. As sentenças proferidas nesse julgamento desafiavam o recurso de apelação[500].

Do exposto é de se notar que o Código do Processo Criminal atrelou a decisão de pronúncia ao procedimento exclusivo do júri[501]. E assim o fazendo disciplinou que o controle da admissibilidade acusatória fosse realizado em duas oportunidades. A primeira a cargo do juiz de paz quando da formação da culpa, enquanto que a segunda ocorreria no momento da análise dos jurados de acusação acerca da decisão de pronúncia.

Em derradeiro cumpre registrar que o modelo inglês que inspirou o legislador brasileiro a disciplinar o júri no bojo do Código do Processo Criminal não foi adotado em sua totalidade vez que, pelo sistema britânico, a denúncia ou queixa era apresentada diretamente ao júri de acusação, enquanto que na sistemática da referida codificação tal se dava perante o juiz de paz que analisava o conteúdo

---

498 Ordem prevista no corpo do artigo 245 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância.

499 A ordem das questões a serem respondidas pelo segundo conselho, de acordo com a previsão estampada no artigo 269 é a seguinte: *1.º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação? 2.º Se o accusado é criminoso? 3.º Em que grão de culpa tem incorrido? 4.º Se houve reincidência (se disso se tratar)? 5.º Se ha lugar á indemnização?*

500 Recurso previsto no teor do artigo 301 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância. O recurso de apelação poderia fundamentado "exclusivamente na inobservância de formalidades processuais (art. 301). Provido, formava-se novo processo na sessão subseqüente, com outros jurados" (ALMEIDA, 1973, p. 129).

501 Acerca do sistema adotado no Código do Processo Criminal "dominava-o o princípio da inquisitoriedade da jurisdição criminal. A formação da culpa era obra do juiz de paz e do júri de acusação. Depois de confirmada a pronúncia, admitida a intervenção das partes, constituía mero auxílio aos interessados do júri, e não vínculo imposto à ampla liberdade dos jurados no fundarem o próprio juízo tão-só nos dados da verdade criminal" (Ibid., p. 130-131).

acusatório para remeter, após a formação da culpa, os autos com a pronúncia para o conselho de acusação[502].

2.9 As reformas do júri no Brasil Império

A instituição do júri no Brasil pavimentou uma base democrática que, desde cedo, sofreu severas críticas. Talvez a mais ácida tenha ocorrido pelo fato de que a sociedade brasileira da época não tivesse preparo suficiente para assimilar a forma de julgamento no qual os juízes da causa fossem pessoas leigas, desprovidas de conhecimento jurídico[503].

O advento do Código do Processo Criminal em si representou uma substancial alteração no pensamento jurídico, o qual na época das Ordenações era conservador, rude e reservava menor atenção aos direitos do acusado[504]. Após 1830 emergiram diversos levantes revolucionários que, por si só, geraram a reação da monarquia conservadora[505].

O panorama que vigorou no Brasil até 1841, importante época para a manutenção e o desenvolvimento do ordenamento jurídico nacional, evidenciou a produção legislativa com acentuado teor anti-inquisitorial, afastando o processo

---

[502] Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 222-223.

[503] "As condições sociais do Brasil nessa época não eram propícias ao bom funcionamento do júri. A lei tinha, na prática, de ser frustrada: o legislador não levara em linha de conta a instrução e a moralidade do país; tratara de aplicar uma teoria e, em lugar de o fazer por parte, praticara-a logo em toda a sua generalidade. O instituto, que muitos filósofos e publicistas do século elogiavam, sofreu, por isso, em nosso meio, críticas razoáveis, no parlamento, nas assembléias provinciais, no foro" (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 138).

[504] "Fôra grande o salto do Livro V das Ordenações do Reino, para o liberalíssimo regime do Código de Processo Criminal, o que levou o próprio autor dêste – o Senador ALVES BRANCO, – em setembro de 1835, a propor reforma parcial da legislação em vigor, sobretudo em relação aos juízes de paz e ao Júri" (MARQUES, 1963, v. I, p. 18).

[505] O Senador ALVES BRANCO, autor do Código do Processo Criminal, na Sessão do dia 9 de setembro de 1835, assinalava que a saída provável para a falta de segurança pública e os desvios da aplicação da justiça seria uma ampla revisão da legislação criminal e de processo. Em relação ao júri sua proposta era de extinção do conselho de acusação e da escolha dos jurados mediante um critério econômico, uma vez que os mais abastados deveriam ser intelectualmente mais preparados para o exercício da função. Nesse sentido: ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 169-170.

penal dos laivos absolutistas, estes que notadamente ainda eram identificados no âmbito de boa parte da legislação européia[506].

E isso se deu com a edição da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841[507], a qual alterava o Código do Processo Criminal e, em especial, a organização judiciária[508] e o júri[509], pontos considerados frágeis em sua disciplina[510]. Com o advento da citada lei tem início a sistemática almejando a redução da ampla competência ofertada ao júri[511].

A referida lei de 03 de dezembro[512], em mais um ato de reação monárquico-conservadora, introduziu o *policialismo judiciário* no Brasil[513]. Criou o cargo de Chefe de Polícia, para atuar no município da Corte e em cada província, e os cargos de Delegados e Subdelegados distritais[514]. Competia aos Chefes de Polícia e aos Delegados as atribuições conferidas aos juízes de paz pelo Código do Processo Criminal, dentre outras[515]. Infere-se daí a competência judicial que seria exercida, juntamente com as atribuições repressivas, pelas autoridades policiais[516].

---

506 Cf. GRINOVER, 1982, p. 41.

507 A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 – *Reformando o Código do Processo Criminal* – continha 124 artigos divididos no Título I – *Disposições Criminaes* – e Título II – *Disposições Civis* – e foi publicada em 11 de dezembro de 1841 e regulada pelo Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842.

508 A Lei n. 261/1841 e o Decreto n. 120/1842 "poucas alterações trouxeram ao regime inquisitório do Código de Processo. Suas inovações foram sobretudo de organização judiciária e política do país, tendentes a garantir a força do poder nacional contra as exageradas prerrogativas dos elementos regionais" (ALMEIDA, 1973, p. 131).

509 "A despeito das transformações operadas pela Lei n. 261, referida, não sofreu a instituição do Júri modificações nos seus caracteres intrínsecos" (MARQUES, 1963, v. I, p. 19).
Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 136.

510 Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 97.

511 "Essa instituição, ante a qual recuou a própria reação de 1841, atravessando incólume a história imperial e a ditadura revolucionária, não encontrou nos legisladores republicanos a veneração, a que aliás tinha mais direito neste regime do que no outro, cuja constituição era, a êste respeito, mais suscetível de brecha" (BARBOSA, 1950, p. 58).

512 Acerca dos objetivos estabelecidos na lei de 3 de dezembro é certo que "seu policialismo exagerado, foi além do que realmente exigia a situação do país, fortalecendo, com isto, o reacionarismo político. Sob o aspecto puramente processual, no entanto, não apresenta, a malsinada lei, qualquer espírito de odioso antiliberalismo" (MARQUES, 1965, v. I, p. 98).

513 Cf. GRINOVER, 1982, p. 41.

514 O Título I (*Disposições Criminaes*), Capítulo I (*Da policia*), estabelecia a criação de tais cargos na redação ofertada ao artigo 1.º. O artigo 2.º disciplinava que ao cargo de Chefe de Polícia somente poderiam concorrer Desembargadores e Juízes de Direito, enquanto que aos cargos de Delegado e Subdelegados poderiam ser aceitos quaisquer juízes e cidadãos.

515 Na disciplina disposta no artigo 4.º, § 1.º da Lei n. 261/1841.

516 Acerca das alterações propostas pela Lei n. 261/1841, é certo que a mesma "restringiu todas attribuições dos Juizes de Paz conferindo ás autoridades policiaes funcções não só policiaes, como judiciarias" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 183).

A atividade investigatória continuava a cargo dessas autoridades, as quais tomavam todas as providências necessárias no sentido de obter a materialidade e autoria delitiva para a formação da culpa[517] para, dependendo da complexidade do caso, facultativamente[518], pronunciar o indiciado[519]. Nota-se, especificamente, o alargamento quanto à competência para a sentença de pronúncia[520], com a edição da citada legislação reformadora[521].

Ainda no âmbito da Lei de 03 de dezembro, operou o Regulamento n. 120, editado em 31 de janeiro de 1842[522], mantendo a atribuição aos Subdelegados e Delegados de Polícia para a pronúncia do acusado[523] e acrescentando outra referente à obrigatoriedade de remeter os autos com o acusado pronunciado ao juízo municipal[524], este que realizaria o controle da admissibilidade acusatória procedida pela autoridade policial, sustentando ou revogando a pronúncia[525].

Dessa forma, com a edição do supracitado diploma regulamentador do juízo instrutório se aplicava a seguinte regra: quando a pronúncia fosse realizada pelo Chefe de Polícia ou pelo juiz municipal os seus efeitos eram automaticamente

---

517 A formação da culpa estava prevista ao longo da disciplina dos artigos 47 a 53, insertos no Título I (*Disposições Criminaes*), Capítulo VIII (*Da formação da culpa*).

518 Na disciplina disposta no artigo 4.º, § 9.º, da Lei n. 261/1841

519 Artigo 49 da Lei n. 261/1841. Os Delegados, e Subdelegados, que tiverem pronunciado, ou não pronunciado algum réo, remetterãõ o processo ao Juiz Municipal para sustentar, ou revogar a pronuncia, ou despronuncia; no caso de não pronuncia, e de estar o réo preso, não será solto antes da decisão do Juiz Municipal.

520 Artigo 54 da Lei n. 261/1841. As sentenças de pronuncia nos crimes individuaes proferidas pelos Chefes de Policia, Juizes Municipaes, e as dos Delegados e Subdelegados, que forem confirmadas pelos Juizes Municipaes, sujeitão os réos á accusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na fórma indicada no art. 254 e seguintes do Codigo do Processo Criminal.

521 Quanto às modificações introduzidas pela Lei n. 261/1841, tem-se por certo que a mesma "extinguiu o Júri de acusação, e a formação da culpa e a sentença de pronúncia foram atribuídas às autoridades policiais já referidas e aos juízes municipais, dependendo a pronúncia dos delegados e subdelegados de confirmação dos juízes municipais" (MARQUES, 1963, v. I, p. 18).

522 O Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842, foi editado para regulamentar a execução das partes policial e criminal previstas na Lei n. 261/1841.

523 A formação da culpa quando o réu fosse delegado, subdelegado ou outro funcionário da polícia, competia ao Chefe de Polícia, na constância do artigo 198, inciso 5.º, do Regulamento n. 120/1842.
As atribuições criminais afetas a delegados e subdelegados estavam compreendidas no âmbito do artigo 212, do Regulamento n 120/1842.

524 Cf. RAMALHO, Joaquim Ignácio (Barão de Ramalho). *Elementos do processo criminal: para uso das faculdades de direito do Imperio*. São Paulo: Dous de Dezembro, 1856, p. 68-69.

525 A pronúncia estava disciplinada na locução do artigo 285 do Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842. Tal diploma inseriu-a no contexto do Capítulo IX – *Da pronuncia, de sua sustentação, e da ratificação do processo da formação da culpa* – ao longo dos artigos 285 a 296.

produzidos[526], ao passo que, a pronúncia quando elaborada pelos delegados ou subdelegados ficava vinculada à ratificação ou revogação pelo juiz municipal, este que realizava o expediente de depuração da decisão da autoridade policial[527].

Desempenhando esse papel, o juiz municipal realizava as funções de controle da admissibilidade da acusação antes designadas ao júri de acusação[528]. Sua manifestação, nesse sentido, se dava em despacho *ex officio*[529]. Também ficou resguardada a ele a competência para a formação da culpa e, originariamente, pronunciar o acusado.

A citada legislação inovou também no sentido de abolir as Juntas de Paz e o primeiro Conselho de Jurados[530] – *Jury de Accusação* – regulamentado pelo Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Com isso, novas e maiores atribuições foram concedidas aos juízes de direito[531]. Permaneceu, portanto, somente o segundo Conselho de Jurados – *Jury de Julgação* – composto de quarenta e oito membros[532].

A atribuição de organização da lista contendo o nome dos jurados passou para o Delegado de Polícia, o qual fazia remessa dela para o Juiz de Direito. Uma junta, composta do próprio Juiz de Direito, do promotor e do presidente da Câmara Municipal, realizava a lista geral dos jurados[533]. A convocação do júri era, então, realizada pelo magistrado.

As modificações operadas no âmbito da Lei n. 261/1841 foram, de certo modo, complementadas por dois decretos imperiais, quais sejam: Decreto n. 562, de

---

526 Artigo 94 da Lei n. 261/1841. A pronuncia não suspende o exercicio dos direitos politicos, senão depois de sustentada competentemente.
Vide, ainda, o artigo 54 da Lei n. 261/1841.

527 Na disciplina disposta no artigo 49 da Lei n. 261/1841.

528 Cf. ALMEIDA, 1973, p. 132.

529 Na disciplina disposta no artigo 17, § 3.º, da Lei n. 261/1841.

530 Artigo 95 da Lei n. 261/1841. Ficão abolidas as Juntas de Paz, e o 1º Conselho dos Jurados. As suas attribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiaes creadas por esta Lei, e na forma por ella determinada.

531 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 183.

532 Artigo 107 da Lei n. 261/1841. O Conselho de Jurados constará de quarenta e oito membros, e tantos serão os sorteados na fórma do art. 320 do Codigo do Processo; todavia poderá haver sessão, uma vez que compareção trinta e seis membros.

533 Na disciplina disposta no artigo 29 da Lei n. 261/1841.

02 de julho de 1850[534] e Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850[535]. Ambos alteraram a competência do júri no Brasil.

O Decreto n. 562/1850 estabelecia que determinados crimes[536] deveriam ser, a partir de então, processados pelos juízes municipais e julgados pelos Juízes de Direito. Logo, a competência para a pronúncia nesses casos seria do juiz municipal exclusivamente e o julgamento dos mesmos não ocorreria mais em Plenário do Júri, mas seria analisado o mérito por um Juiz de Direito, subtraindo assim a competência do Tribunal Popular para determinados crimes[537].

Por seu turno, o Decreto n. 707/1850 regulamentava o procedimento que deveria ser observado no caso dos crimes ditados no Decreto n. 562/1850. Disciplinou que da pronúncia ou impronúncia o juiz municipal deveria recorrer de ofício para o Juiz de Direito, o qual analisaria o aspecto formal, existência de nulidades, e material da decisão que julgava a admissibilidade acusatória[538]. O Juiz de Direito poderia empreender qualquer diligência necessária para sanar a pronúncia ou impronúncia[539].

Nos casos em que o próprio magistrado fosse responsável pela pronúncia, após proferi-la, encaminhava os autos ao Promotor Público para as providências no sentido de elaboração do libelo-crime[540], para posterior julgamento, atendendo ao princípio da titularidade da ação penal. O movimento reformador, no entanto, ainda enfrentaria uma nova fase[541]. Políticos incomodados com as atribuições das

---

534 Decreto n. 562, de 2 de julho de 1850 – *Marca os crimes que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos Juizes de Direito* – assinado pelo Ministro EUSEBIO DE QUEIROZ COITINHO MATTOSO.

535 Decreto n. 707, de 9 de outubro de 1850 – *Regula o modo por que devem ser processados pelos Juizes Municipaes, e julgados pelos de Direito os crimes de que trata a Lei N. 562 de 2 de julho deste anno* – assinado pelo Ministro EUSEBIO DE QUEIROZ COITINHO MATTOSO.

536 O Decreto n. 562/1850, nos parágrafos do seu artigo 1.º e no corpo do artigo 2.º, retirava da competência do júri os seguintes crimes: moeda falsa, roubo e homicídio cometidos nos municípios de fronteira do Império, resistência, tirada de presos e banca-rota.

537 Na disciplina disposta no artigo 1.º do Decreto n. 562/1850.

538 Na disciplina disposta no artigo 2.º do Decreto n. 707/1850.

539 Na disciplina disposta nos artigo 3.º e 4.º do Decreto n. 707/1850.

540 Na disciplina disposta no artigo 5.º do Decreto n. 707/1850.

541 "Apesar do caráter autoritarista de que vinha revestida, a lei de 3 de dezembro não conseguiu atender aos reclamos da defesa social na luta contra o crime e a impunidade dos delinqüentes" (MARQUES, 1965, v. I, p. 99-100).

autoridades policiais, as quais acumulavam competência judicial, e o enfraquecimento dos Juízes de Direito, iniciaram, a partir de 1845, debates no sentido de reformar a Lei n. 261/1841, quando vários projetos foram apresentados[542].

Em decorrência disso, a nova reforma surgiu com o Decreto n. 2.033, de 20 de setembro de 1871[543], regulamentado pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871[544], separando a competência para o exercício das atividades policiais – atividade investigatória – e judiciais – atividade acusatória judicial[545]. Novamente a organização judiciária e o júri foram alterados nessa reforma que perdurou até o período republicano[546].

Aludido decreto imperial manteve a divisão territorial brasileira em distritos de Relação, comarcas, termos e distritos de paz, dividindo as comarcas em gerais e especiais[547]. Foram suprimidas das atribuições das autoridades policiais a formação da culpa e a pronúncia nos crimes comuns[548], exceto nos casos de crime que por sua peculiaridade fossem considerados de *excepcional gravidade* ou quando houvesse no crime envolvimento de pessoa influente na sociedade[549]. Conseguintemente, tornou-se a pronúncia um ato eminentemente de cunho judicial.

---

[542] O projeto do Ministro Sinimbú, em 1862, foi a base inspiradora para a Lei n. 2033/1871. Nesse sentido: ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 185.
Acerca dessa nova reforma, a qual representou "uma reação de liberalismo contra as disposições da lei de 3 de dezembro e seu primeiro ato foi determinar que, nas Capitais que fossem sede de Relação e nas comarcas de um só termo a ela ligadas por tão fácil comunicação que no mesmo dia se pudesse ir e voltar, a jurisdição de primeira instância passasse a ser exclusivamente exercida pelos juízes de direito" (ALMEIDA, 1973, p. 134).

[543] Decreto n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 – *Altera differentes disposições da Legislação Judiciaria*.
Cf. PIERANGELLI, 1983, p. 150.

[544] Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871 – *Regula a execução da Lei n. 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou differentes disposições da Legislação Judiciaria*.

[545] Na disciplina disposta no artigo 9.º, da Lei n. 2.033/1871.
Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 67.

[546] A reforma realizada em 1871 "além de pôr côbro ao policialismo reacionário da lei de 3 de dezembro, serparando *Justiça* e *Polícia*, ainda trouxe algumas inovações que até hoje perduram, como *v. gratia*, a criação do 'inquérito policial', uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual, apesar de críticas infundadas contra êle feita ou pela demagogia forense, ou pelo juízo apressado de alguns que não conhecem bem o problema da investidura criminal" (MARQUES, 1965, v. I, p. 101, grifo do autor).

[547] Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 19.

[548] Na disciplina disposta no artigo 10, § 1.º, do Decreto n. 2.033/1871. No mesmo sentido: artigo 10, § 1.º, do Decreto n. 4.824/1871.

[549] Na disciplina disposta no parágrafo único do artigo 9.º, do Decreto n. 2.033/1871.

Como decorrência desses dois citados diplomas priorizou-se a instrução contraditória, encerrando a aplicação inquisitorial das Ordenações do Reino[550]. Também se observou que a formação da culpa e a pronúncia regressaram para a competência dos Juízes de Direito das comarcas especiais[551].

Quando a pronúncia fosse realizada pelos juízes municipais, seria obrigatória a remessa do recurso necessário para o magistrado – juiz de direito – competente. Esse procedimento servia como uma forma de fazer valer o mecanismo de controle interno da decisão do juiz local, este mais suscetível às pressões[552].

A competência do júri para os julgamentos dos crimes que o Decreto n. 562/1850 havia suprimido, foi restabelecida[553]. Também, pela primeira vez permitiu-se ao magistrado responsável pela formação da culpa absolver sumariamente o acusado, evitando com isso sua remessa para o julgamento pelo Tribunal do Júri[554].

Ainda no âmbito de alterações relacionadas ao júri, cumpre destacar o Decreto n. 4.992, de 03 de julho de 1872[555], o qual disciplinou a presidência do júri. A nova disciplina foi no sentido de que o júri nas comarcas especiais seria presidido por um desembargador da Relação do distrito, de acordo com o critério de antiguidade. No mais, não foram alteradas as regras então vigentes para a pronúncia.

Em síntese apertada percebe-se que o processo criminal no período do Brasil Império teve como singular característica a existência de duas fases muito distintas. A primeira dessas fases consubstanciava a formação da culpa, a qual tinha como marco derradeiro a pronúncia do acusado. O julgamento do mérito da causa pelo Tribunal Popular era a tônica da segunda fase do processo criminal.

---

[550] Cf. SILVA, Adhemar Raymundo da. *Estudos de Direito Processual Penal*. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 10-11.
[551] Na disciplina disposta no artigo 13, § 1.º, do Decreto n. 4.824/1871.
[552] Na disciplina disposta no artigo 17, § 2.º, do Decreto n. 4.824/1871
[553] Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 19-20.
[554] Na disciplina disposta no artigo 20 do Decreto n. 2.033/1871.
[555] Decreto n. 4.992, de 3 de julho de 1872 – *Altera algumas disposições do Decreto n. 4.824, de 22de novembro de 1871, na parte relativa á presidencia do Jury nas comarcas especiaes*.

2.10 O júri na fase republicana

Em 15 de novembro de 1889 na Praça da Aclamação, no Rio de Janeiro – então capital do Império do Brasil – um grupo de militares do Exército brasileiro liderados pelo comandante Marechal DEODORO DA FONSECA[556] aplicou o golpe de Estado que depôs o imperador D. PEDRO II[557].

Estava assim proclamada a República Brasileira, chancelando-se o fim do período monárquico no Brasil. Um nova fase havia por começar, um novo modelo de Estado urgia em brotar com os augúrios do recém-instalado regime republicano no país. Ainda, em 15 de novembro de 1889 o jurista RUY BARBOSA[558] assinou o primeiro decreto do novo regime instituindo um governo provisório[559] e o Brasil iniciava a fase da Primeira República[560].

---

[556] O alagoano MANUEL DEODORO DA FONSECA (1827 – 1892) foi Marechal do Exército brasileiro, membro da maçonaria brasileira, político combativo e primeiro Presidente do Brasil. Na noite de 15 de novembro de 1889 constituiu-se o Governo Provisório da República recém-proclamada. Exerceu a presidência até 23 de novembro de 1891, quando foi substituído na presidência por outro alagoano, o Marechal FLORIANO VIEIRA PEIXOTO (1839 – 1895) – o *Marechal de Ferro*. Nesse sentido: FONCECA, Walter. *Fonseca, uma Família e uma História*. [S.l.]: Fonseca, 1982, p. 5-35.

[557] D. PEDRO II (1825 – 1891) – o *magnânimo* – foi o segundo e último Imperador do Brasil. Educado em várias ciências, foi um devotado político e estudioso da estratégia militar, além de abolicionista. Em seu governo foi publicado o Código do Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29 de novembro de 1832), um diploma que suscitou um novo pensamento na cultura jurídica, rompendo com a sistemática adotada pelas Ordenações portuguesas. Nesse sentido: RANGEL, Alberto. *A educação do príncipe: esboço histórico e crítico sobre o ensino de D. PEDRO II*. Rio de Janeiro: Agir, 1945, p. 13-58.

[558] RUY BARBOSA DE OLIVEIRA (1849 – 1923) além de notável jurista foi político, diplomata, escritor, tradutor e jornalista baiano. Nesse sentido: LACOMBE, Américo Jacobina. *A sombra de RUI BARBOSA*. São Paulo: Nacional, 1978, p. 9-28.

[559] Do Governo Provisório da República, organizado na noite de 15 de novembro de 1889, além do presidente Marechal DEODORO, integravam, dentre outros, como ministros: QUINTINO ANTÔNIO FERREIRA DE SOUSA BOCAIÚVA (1836 – 1912), BENJAMIN CONSTANT BOTELHO DE MAGALHÃES (1836 – 1891), RUY BARBOSA (1849 – 1923) e MANUEL FERRAZ DE CAMPOS SALES (1841 – 1913). Nesse sentido: SENNA, Ernesto, *Deodoro Subsídios para a História*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913, p. 11-29.
Cf. MAGALHÃES JÚNIOR, Roberto *Deodoro: A Espada Contra o Império*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 15-35.

[560] A Primeira República, também chancelada de *República Velha* (em oposição à *República Nova* – período iniciado com a Era Vargas), *República dos Bacharéis* (todos os presidentes civis dessa época foram bacharéis em Direito), *República Maçônica* (vários presidentes da época eram maçons), teve início com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. Historicamente o estudo desse período se dá em dois momentos: a *República da Espada* (1889 a 1894) – quando predominou o contexto militar e o temor de regresso ao regime monárquico – e a *República Oligárquica* (1895 a 1930) – com predominância da política dos governadores ou Presidentes dos Estados. A República Velha viu se sucederem no poder quinze presidentes civis e uma Junta Militar Provisória. Nesse sentido: CASTRO, Sertório de. *A república que a revolução destruiu*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos & Cia, 1932, p. 9-28.
Cf. KOIFMAN, Jorge. *Presidentes do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2001, p. 5-42.

No específico contexto do Tribunal do Júri, o movimento reformador proporcionado pela Lei n. 261/1841, pelo Regulamento n. 120/1842 e pela Lei n. 2.033/1871, deram o alicerce e a forma procedimental a essa instituição secular no finam da fase do Brasil imperial. Nesse contexto inseria-se o júri quando do advento da primeira Constituição da República, em 1891[561].

2.10.1 Da República Velha

Instalada a República Velha, o governo de transição empreendeu meios ditatoriais e fez publicar uma série de decretos para estabelecer uma nova estrutura social no país. Nesse contexto, em 11 de outubro de 1890, foi publicado o Decreto n. 847, instituindo o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil[562]. Tal diploma não caiu nas graças dos políticos e, desde o início de sua vigência, foi alvo de ácidas críticas[563].

Ainda no referido governo foi publicado o Decreto n. 848, em 11 de outubro de 1890[564], sistematizando a Justiça Federal no Brasil e seus órgãos[565]. O citado decreto previu o júri federal[566] destinado ao julgamento dos crimes sujeitos à jurisdição federal[567].

---

561 Cf. WHITAKER, 1923, p. 14.
"Proclamada a República, o legislador constituinte, com muito idealismo e pouco senso da realidade, deu ao Brasil, país de analfabetos, uma das constituições mais liberais do mundo. Vestiu-o de casaca e cartola: esqueceu-se de que permanecia descalço" (AZEVEDO, 1958, p. 184).

562 O Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 – *Promulga o Codigo Penal* –, continha 412 artigos dispostos na seguinte estrutura: Livro I (*Dos crimes e das penas*), contendo 6 Títulos; Livro II (*Dos crimes em especie*), contendo 13 Títulos; Livro III (*Das contravenções em especie*), contendo 13 Capítulos e Livro IV (*Disposições Geraes*), contendo as rubricas do Marechal DEODORO e do Ministro CAMPOS SALLES.

563 Cf. SIQUEIRA, 1937, p. 13.

564 O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 – *Organiza a Justiça Federal* –, continha 387 artigos dispostos em duas partes. Assinam tal diploma o Marechal DEODORO e o Ministro CAMPOS SALLES.

565 "A organisação judiciaria criminal da justiça federal é esta: juizes de secção, que são juizes de direito e jurados, que são juizes de facto; Supremo Tribunal Federal para recursos, appellações, revisões e *habeas corpus*; ministerio publico, composto de um procurador geral da Republica e de um procurador em cada secção; secretarios, escrivães e officiaes" (ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 210).

566 O júri federal estava previsto no Decreto n. 848/1890, Parte I, Título II, Capítulo IX (*Do jury federal*), ao longo dos artigos 40 a 44.

567 "Estavam afastados da competência do Júri os processos e julgamentos de crimes políticos" (MARQUES, 1963, v. I, p. 20).

O juiz da seção deveria ser o presidente do júri, o qual era composto por doze jurados, sorteados de uma lista de trinta e seis nomes[568]. As decisões dos jurados seriam tomadas pela maioria de votos, sendo que o empate nestes favorecia o acusado[569], desafiando o recurso de apelação[570].

O Decreto n. 848/1890 previa regras específicas para o processo criminal[571], estabelecendo aos juízes federais, após o recebimento da queixa ou denúncia, a competência por sua condução[572]. Ao final da instrução criminal, caso o crime estivesse plenamente provado e houvesse indícios suficientes da autoria, o juiz federal deveria pronunciar o acusado[573], sendo que esse despacho desafiava recurso ao Supremo Tribunal Federal[574]. Após a pronúncia o réu era encaminhado a julgamento pelo plenário.

No fecundo ano legislativo de 1890 começaram os debates visando à elaboração de uma nova Carta Política para o país. E, em 24 de fevereiro de 1891, foi decretada e promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil[575], formal[576] e inovadora aos padrões da época[577], com larga inspiração nos

---

568 Na disciplina disposta no artigo 41, do Decreto n. 848/1890.

569 Na disciplina disposta no artigo 42, do Decreto n. 848/1890.

570 Orientando pela *appellação voluntaria*, a redação ofertada ao artigo 43, do Decreto n. 848/1890.

571 Matéria estabelecida no Decreto n. 848/1890, em sua Segunda Parte, Título III (*Do processo federal*), Capítulo XI (*Do processo criminal*) ao longo dos artigos 50 a 96.

572 Na disciplina disposta no artigo 50, do Decreto n. 848/1890.

573 Artigo 63 do Decreto n. 848/1890. Si das peças do processo resultar pleno conhecimento do delicto e indícios vehementes, que devam convencer o juiz de quem seja o delinquente, assim o declarará aquelle em seu despacho, pronunciando o réo especificamente e obrigando-o á prisão, nos casos em que esta tem logar e sempre a livramento, arbitrada a fiança, si for caso della.

574 Na disciplina disposta no artigo 65, do Decreto n. 848/1890.

575 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, continha 91 artigos, sendo estruturada na seguinte ordem: Título I (*Da organização federal*); Título II (*Dos Estados*); Título III (*Do município*); Título IV (*Dos cidadãos brazileiros*) e Título V (*Disposições Geraes*). O presidente do Congresso à época da promulgação da Carta era PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS (1841 – 1902), advogado paulista.

576 Há de se notar que a Constituição de 1891 "constituíra-se formoso arcabouço formal. [...] Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida" (SILVA, 2005, p. 79).

577 Dentre suas principais características, podem ser destacadas: a descentralização dos poderes, fato que proporcionou maior autonomia aos municípios e às antigas províncias (as quais passaram a ser denominadas de *Estados*); adotou o modelo federalista estadunidense, permitindo que cada Estado se organizasse de acordo com suas metas, respeitando a peculiaridade existente, desde que não contradissessem a Constituição; consagrou a existência de apenas três poderes independentes entre si (Executivo, Legislativo e Judiciário); adotou o regime presidencialista como modelo para o governo brasileiro; realizou a separação entre Igreja e Estado, admitindo ser o Brasil um Estado laico; o instituto do *habeas corpus* ganhou a amplitude de garantia constitucional.

ideais norte-americanos, instituiu a federação e estruturou os Poderes da República, revigorando várias garantias processuais[578].

Ao passo em que instituiu o sistema federativo, o texto constitucional cindiu a unicidade do direito processual nacional, uma vez que proporcionou a cada unidade federativa a competência para legislar sobre processo civil e criminal[579], além da organização das próprias justiças[580]. O reflexo disso foi a orientação de parte dos códigos estaduais[581] por princípios diversos[582], enquanto que a grande parte se manteve fiel aos postulados adotados na legislação federal[583].

Após várias discussões no sentido de sua supressão ou alteração procedimental, o júri foi preservado através de uma sucinta redação ofertada pela Constituição da República de 1891[584], permanecendo como uma instituição essencial à nova organização política do Brasil[585], além de configurar uma das garantias fundamentais[586]. Contudo, apesar da redação da Carta Política de 1891 utilizar a locução *é mantida a instituição do júri*, este não recebera o mesmo tratamento outorgado pela Constituição de 1824[587].

---

578 Na linha desse pensamento, o registro de que uma vez "promulgada a Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, ficaram revigoradas as garantias processuais existentes" (SOARES, 1977, p. 91).

579 Critério da exclusão de competências do âmbito do Congresso Nacional.
Artigo 34 da Constituição da República de 1891. Compete privativamente ao Congresso Nacional:
[...] 23. Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal; [...].

580 "O golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistema, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal" (MARQUES, 1965, v. I, p. 102).

581 Constatou-se que foram "postos em vigor vários Códigos estaduais, mas em 1934 a Constituição reunificou a competência da União para legislar sobre processo. Após alguns projetos e a Lei n. 167/38 sobre o júri, em 03 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal ainda em vigor" (GRECO FILHO, 2009, p. 67).

582 "O regime pluralista de leis processuais, em que vivemos na República durante meio século, trouxe, como conseqüência, a multiplicidade de leis estaduais sôbre a organização, competência e julgamento pelo Tribunal do Júri. [...] o Tribunal do Júri regulado pelas diversas e variadas leis estaduais, e daí a diversidade de competência do Júri de um Estado para outro" (FRANCO, 1956a, p. 29-32).

583 Cf. GRINOVER, 1982, p. 41.

584 De acordo com a Constituição da República de 1891, no seu Título IV (*Dos cidadãos brazileiros*), Seção II (*Declaração de direitos*).
Artigo 72. A Constituição assegura a brazileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes.
[...] § 31. É mantida a instituição do Jury.

585 Cf. BARROS, 1969, v. I, p. 67.

586 Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. I, p. 205.

587 Cf. BARBOSA, 1950, p. 51-55.

Essa brevidade na disposição constitucional sobre o júri[588] gerou muitas discussões acerca do procedimento que deveria ser adotado, da forma pela qual seria disciplinado na prática e, o ponto mais sensível, qual a sua competência, uma vez que pela quebra da unidade processual cada Estado-membro possuía autonomia ampla para legislar quanto à temática de processo e organização judiciária.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à época sopesou todas as divergências existentes e firmou o posicionamento de que o intuito de fundo da Carta Magna de 1891 foi a de conservar a instituição do júri como um direito constitucional, não podendo aquele ser excluído do sistema jurídico pátrio. Em via paralela, a mesma Corte permitiu que as legislações estaduais alterassem a organização, competência e atribuições do júri.

A matéria do júri federal recebeu nova regulamentação com a edição da Lei n. 221, em 20 de novembro de 1894[589], a qual alterou o citado Decreto n. 848/1890. O novo diploma disciplinou regras para o júri federal[590], tornando o corpo de jurados federais menos dependente daquele formado pelos jurados estaduais da comarca[591] e agilizando a formação das listas com os nomes dos jurados. Estabeleceu, também, o rol de crimes que deveriam ser julgados pelo júri federal[592]. Nada disciplinou acerca da pronúncia.

---

588 "O Preceito da Constituição Republicana é laconico. [...] Ha quem sustente que o legislador constituinte da Republica, com esse preceito, se referiu apenas ao jury federal, pois sendo a legislação sobre o jury matéria de processo e organisação judiciária, e sendo certo que aos Estados compete a formação do direito adjectivo, não podia elle estabelecer preceitos que fossem ferir a autonomia que a federação creava; e que, portanto, os Estados podem acceitar, modificar ou repudiar a instituição, livremente, quanto á forma, processo e competencia. [...] Outras duas interpretações têm sido dadas ao referido preceito. Quer uma que o jury actual seja continuação do antigo, sem qualquer modificação [...]. Quer outra que se distinga a parte material da formal, constituindo aquella o direito que a Constituição mantem e que por isso não póde ser supprimido ou restringido, e esta a fórma do exercicio, desse direito que póde ser modificada e alterada conforme os costumes e adeantamento do povo" (WHITAKER, 1923, p. 15-16).

589 A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 – *Completa a organisação da justiça federal da Republica* – foi sistematizada 89 artigos dispostos em 4 Títulos. Levou a assinatura do Presidente do Senado MANOEL VICTORINO PEREIRA (1853 – 1902), médico baiano.

590 Na Lei n. 221/1894, ao longo da redação ofertada aos artigos 20 e 21, dispostos no Capítulo II (*Do jury federal*), do Título II.

591 Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 20.
Artigo 11 da Lei n. 221/1894. A lista dos jurados de cada uma das capitães servirá de base para a composição do jury federal, devendo ser remetida uma cópia authentica ao juiz seccional pelo presidente do jury local.

592 O rol dos crimes da alçada do júri federal estava nos 12 incisos do artigo 20, da Lei n. 221/1894.

Nova disciplina no âmbito do júri se deu com a edição da Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898[593]. Esse diploma alterou a competência do júri, exlcuindo de sua alçada determinados crimes[594]. Na fase de formação da culpa até a pronúncia atuava o substituto do juiz da seção.

Pronunciando ou não o acusado, os autos seriam remetidos ao juiz da seção, o qual confirmaria ou não tal julgamento, cabendo dessa última decisão o recurso para o Supremo Tribunal Federal[595]. De resto seguiam as regras gerais do Código de Processo Criminal.

As reformas ganharam uma consolidação com a edição do Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898[596], a qual constituiu por um considerável período o Código de Processo Civil e Criminal da Justiça Federal[597]. Reconheceu o Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário[598].

Atribuiu ao juiz da seção a responsabilidade pela formação da culpa e pela pronúncia, nos casos dos crimes da alçada do júri federal[599]. Não poderia mais o juiz substituto proferir sentença de mérito, interlocutória com força de definitiva ou despacho de pronúncia, exceto quando a substituição fosse plena em um ou mais feitos, ou seja, no caso de impedimento do juiz efetivo[600].

---

593 A Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898 – *Providencia sobre o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e outros, qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247, 250 e 265 do Codigo Penal* – foi estruturada em 15 artigos e teve a assinatura de PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS.

594 Artigo 1.º da Lei n. 515/1898. Fica competindo ao juiz de secção no Districto Federal e nos Estados da União o julgamento dos crimes de moeda falsa, contrabando, peculato, falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e cupons de juros dos titulos da divida publica da União, qualificados nos arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247 e 265 do Codigo Penal e do uso de qualquer destes papeis e titulos falsificados, qualificados no art. 250 do mesmo Codigo.

595 Na disciplina disposta no artigo 2.º, da Lei n. 515/1898.

596 Decreto n. 3.084, de 05 de novembro de 1898 – *Approva a Consolidação das Leis referentes á Justiça Federal* – com a assinatura de PRUDENTE JOSÉ DE MORAES BARROS, estava organizado no seguinte eixo: Parte Primeira (*Organisação e funcções da Justiça Federal*) – do artigo 1.º ao 281; Parte Segunda (*Processo Criminal*) – do artigo 1.º ao 437; Parte Terceira (*Processo Civil*) – do artigo 1.º ao 844; Parte Quarta (*Processo Commercial*) – do artigo 1.º ao 216; Parte Quinta (*Processo nas causas civeis de ordem publica ou administrativa*) – do artigo 1.º ao 185.

597 Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 21.

598 Na disciplina disposta no artigo 1.º, do Decreto n. 3.084/1898.

599 Na disciplina disposta no artigo 60, do Decreto n. 3.084/1898.

600 Na disciplina disposta nos artigos 68 e 69, do Decreto n. 3.084/1898.

O Decreto n. 3.084/1898 ordenou a composição do júri federal[601] com doze jurados sorteados dentre 48 pessoas[602], arrolando todos os crimes de sua alçada[603]. Previa que o despacho de pronúncia[604] teria como efeitos principais a sujeição do acusado ao julgamento pelo júri e sua prisão, quando dos crimes inafiançáveis, suspendendo-o de suas atribuições funcionais, se funcionários públicos.

A interposição de recurso atacando a pronúncia, não tinha o condão de suspender todos seus efeitos, evitando apenas o julgamento do acusado pelo júri. Percebe-se aqui uma contradição com os ideais liberais, vez que com essa medida antecipavam-se os efeitos de uma provável condenação futura para o âmbito da pronúncia[605].

Em 27 de dezembro de 1923 foi editado o Decreto n. 4.780[606], o qual declarou a incompetência do júri para o julgamento de determinados crimes que eram cometidos contra o patrimônio do Estado brasileiro. Dessa forma, restou para a alçada do júri os crimes que a legislação não havia subtraído de sua competência[607] e destinado ao juiz singular[608].

O supracitado diploma, em sua porção processual, confirmou a competência do substituto do juiz da seção para o procedimento de formação da culpa e para o despacho de pronúncia do acusado, devendo remeter os autos para o juízo da seção para a confirmação ou não do referido despacho[609], renovando, nesse ponto a disciplina da Lei n. 515/1898.

---

601 A matéria referente ao júri estava disposta na Parte Primeira (*Organisação e funcções da Justiça Federal*), Capítulo IX (*Jury Federal*), ao longo dos artigos 80 a 91.

602 Na disciplina disposta no artigo 80, do Decreto n. 3.084/1898.

603 Na disciplina disposta no artigo 83, do Decreto n. 3.084/1898.

604 A Parte Segunda do Decreto n. 3.084/1898, que tratava do processo criminal, Título IV (*Processo ordinario*), disciplinava regras para a pronúncia em dois segmentos, quais sejam: Capítulo I (*Formação da culpa*) e Capítulo II (*Dos effeitos da pronuncia*).

605 Na disciplina disposta nos artigos 193 e 195, do Decreto n. 3.084/1898.

606 O Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923 – *Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, e dá outras providencias* – estava estruturado em 56 artigos. Recebeu a chancela do então Presidente da República e advogado mineiro ARTHUR DA SILVA BERNARDES (1875 – 1955).

607 Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 21.

608 Na disciplina disposta no artigo 40, § 2.º, do Decreto n. 4.780/1923.

609 Na disciplina disposta no artigo 41, do Decreto n. 4.780/1923.

2.10.2 Da transição ao Estado Novo

O fim da Primeira República Brasileira ocorreu com a Revolução de 1930[610], que depôs o então presidente WASHINGTON LUÍS[611]. Foi gerada uma instabilidade política no Brasil e o Estado de São Paulo, em resposta aos rumos tomados pela Revolução de 1930, iniciou outro levante – a Revolução Constitucionalista de 1932[612].

Após o movimento armado de 1932 e o movimento de redemocratização da nação foi instalada uma nova Assembleia Nacional Constituinte. No afã de substituir a já obsoleta Constituição de 1891 e estatuir uma República federalista com um poder central fortalecido, tendo à mente os modelos estabelecidos pela constiuição alemã de 1919 (*República de Weimar*)[613] e espanhola de 1931, foi promulgada em 16 de julho de 1934 a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil[614], que confirmou GETÚLIO VARGAS[615] na Presidência do país.

---

[610] A Revolução de 1930, também denominada de Golpe de 1930, revestiu-se de um movimento armado, comandado por Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que visava à tomada do governo, tendo galgado êxito em 24 de outubro de 1930, com a deposição do presidente WASHINGTON LUÍS. Nesse sentido: CÂNDIDO, Antônio. *A Revolução de 1930 e a cultura*. São Paulo: Cebrap, 1984, p. 11-32.

[611] O advogado e historiador carioca WASHINGTON LUÍS PEREIRA DE SOUSA (1869 – 1957) foi o décimo terceiro presidente do Brasil e o último da chamada República Velha. Nesse sentido: VALLE, Freitas. *Ensino publico no governo WASHINGTON LUÍS: seguindo-se a lei da reforma e o seu regimento*. São Paulo: Casa Garraux, 1924, p. 5-25.

[612] Ocorrida entre os meses de julho e outubro de 1932, a também conhecida *Guerra Paulista* inseriu-se no contexto como um movimento armado, liderada pelo Estado de São Paulo com o intuito duplo: retomar o Governo Provisório e promulgar uma nova Carta Política para o Brasil. As forças paulistas se renderam em 02 de outubro de 1932, iniciando um movimento de redemocratização.
Cf. CALDEIRA, Jorge. *Viagem pela História do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 10-55.
Cf. SILVA, 2005, p. 81.

[613] A *Weimar Republik* foi estabelecida na Alemanha logo após a Primeira Grande Guerra Mundial, a 11 de agosto de 1919, permanecendo até sua dissolução em 23 de março de 1933.

[614] Estruturada em 187 artigos, dispostos nos seguintes patamares: Título I (*Da organização federal)*; Título II (*Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*); Título III (*Da Declaração dos Direito*); Título IV (*Da ordem econômica e social*); Título V (*Da família, da educação e da cultura*); Título VI (*Da segurança nacional*); Título VII (*Dos funcionários públicos*) e Título VIII (*Disposições Gerais*), além das Disposições Transitórias. Assinou a Carta o presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o juiz e senador mineiro ANTÔNIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA (1870 – 1946).

[615] O advogado gaúcho GETÚLIO DORNELES VARGAS (1882 – 1954) presidiu o Brasil em duas oportunidades. A primeira em três fases: no Governo Provisório (1930 – 1934), no Governo Constitucional (1934 – a 1937) e no Estado Novo (1937 – 1945). Na segunda oportunidade foi eleito por voto direto para a presidência do Brasil (1941 – 1945). Em sua gestão, dentre outros, foram concebidos o Código Penal (Decreto–Lei n. 2.848/1940), o Código de Processo Penal (Decreto–Lei n. 3.689/1941) e a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto–Lei n. 5.452/1943). Nesse sentido: CANUTTI, Wanda A. *Getúlio Vargas em Dois Mundos*. 6. ed. Capivari/SP: Opinião, 1999, p. 9-40.

Mesclando princípios liberais, autoritários e corporativistas, a Carta de 1934 reformou profundamente o sistema de organização da República Velha. Inovadora para sua época[616], previu a criação da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, confirmou direitos democráticos como o acesso da população ao processo político, estatuiu regras para o combate ao trabalho infantil e municiou os Estados com maior autonomia em relação à União, num claro movimento de descentralização da atividade estatal.

A Constituição de 1934 restaurou o regime da unidade do processo ao disciplinar a competência privativa da União para legislar sobre direito processual[617]. Em decorrência disso, foi estabelecida uma comissão para elaborar o projeto de um novo estatuto de processo penal[618].

Em relação ao júri, a nova Carta Política excluiu seu caráter expresso de direito individual, suprimindo-o do âmbito da declaração dos direitos e garantias individuais. Todavia deslocou-o, sob críticas[619], para a preceituação relativa ao Capítulo IV – *Do Poder Judiciário* –, do Título I – *Da organização federal*. Ampliando a redação anterior manteve a instituição do júri, confiando a organização e atribuições deste ao legislador[620].

---

616 Toma-se por base que "o matiz dominante dessa Constituição foi o caráter democrático com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo, na esfera governamental" (BASTOS, 1988, v. 1, p. 302).

617 Na disciplina disposta no artigo 5.º, inciso XIX, alínea *a*, da Constituição de 1934.
Com a primeira Constituição da República "distribui-se a competência para legislar sobre processo para os Estados, atrasando portanto uma reforma processual penal profunda. Foram postos em vigor vários Códigos estaduais, mas em 1934 a Constituição reunificou a competência da União para legislar sobre processo" (GRECO FILHO, 2009, p. 67).

618 Comissão instalada para apresentar o projeto do novo Código de Processo Penal ficou a cargo dos juristas BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e GAMA CERQUEIRA, cuja Exposição de Motivos foi preparada por VICENTE RÁO. O projeto não foi encampado devido ao golpe de Estado ocorrido em 10 de novembro de 1937.

619 Deveras, o júri "passou a ser mero aparêlho judiciário, mas de existência obrigatória no organismo, cortadas apenas as dúvidas, nos rumos já pacificados da jurisprudência, quanto à latitude reservada ao legislador ordinário para o adequar às conveniências da Justiça" (NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 513-514).

620 Na disciplina disposta no artigo 72, da Constituição de 1934.
Com relação à inovação, "considerava-se direito, e foi o direito ao Júri que se *manteve*. Hoje, só a instituição como tal, já suscetível de alterações tais que a deformem, que a reduzam ao mínimo, que vale, realmente, o art. 72? Que manteve êle? Manteve o Júri para um crime, no mínimo. Porque basta ter-se conservado para o crime de homicídio, por exemplo, para se ter mantida a instituição. Outrossim, para outro crime" (MARQUES, 1963, v. I, p. 23, grifo do autor).

A Carta Política de 1934 teve vida curta no cenário nacional. Com o constante avanço do movimento comunista o governo VARGAS, com grande apoio de segmentos da sociedade, impôs recesso ao Poder Legislativo, outorgando uma nova Constituição ao Brasil, no dia 10 de novembro de 1937[621].

Estava instaurado o Estado Novo[622], trazendo à baila o registro de um governo centralizador em que os direitos políticos e certas garantias fundamentais foram suprimidos[623]. A instituição do júri foi suprimida do corpo da Constituição de 1937[624], embora existisse na redação do artigo 183 norma autorizadora para a sua adoção[625]. Instituiu-se uma comissão com a incumbência de elaborar regras para o funcionamento do júri no Brasil[626].

A nova regulamentação legal do júri operou, sob os fundamentos político e cultural[627], com a edição do Decreto-lei n. 167, de 05 de janeiro de 1938[628],

---

621 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em novembro de 1937, estava estruturada em 187 artigos, dispostos em temáticas específicas. Sua redação foi atribuída ao jurista mineiro e Ministro da Justiça FRANCISCO LUÍS DA SILVA CAMPOS (1891 – 1968).
A Carta Política de 1937 "não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo" (SILVA, 2005, p. 83).

622 Cf. GARCIA, Nelson Jahr. *Estado Novo – Ideologia e propaganda política*. São Paulo: Loyola, 1982, p. 10-29.

623 O regime do Estado Novo adotado preocupava-se com a modernização do país. Idealizava um Estado forte, com poderes centralizados, interventor e desenvolvimentista. Assumindo essa roupagem, foi facilmente identificado como um regime próximo ao fascismo. Nesse sentido: CANUTTI, 1999, p. 15-42.

624 Em síntese "na Constituição de 1937, nada se dizia sôbre o Júri, tanto que a princípio se opinou pela sua extinção em face da nova carta política" (MARQUES, 1963, v. I, p. 24).

625 Artigo 183 da Constituição de 1937. Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.

626 Tratava-se da mesma comissão que fora instituída para apresentar o novo Código de Processo Penal, ou seja: VIEIRA BRAGA, NÉLSON HUNGRIA, NARCELIO DE QUEIRÓS, ROBERTO LIRA, FLORÊNCIO DE ABREU E CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, sob a coordenação do Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS.

627 "Os principais pretextos do Decreto-lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, para manter o júri, são dois: um político, outro cultural. [...] O júri corresponde a um interesse educacional do povo e difunde, no seio deste, a nítida noção de responsabilidade que lhe cabe como participante da atividade do Estado. Esses são os dois grandes motivos dos cuidados do governo pelo instituto moribundo" (ALMEIDA, 1975, p. 143).

628 O Decreto–Lei n.167, de 05 de janeiro de 1938 – *Regula a instituição do Juri* – encampava 107 artigos, organizados em sete capítulos e as Disposições Transitórias ao final. Recebeu a assinatura do então Presidente da República GETÚLIO DORNELES VARGAS e do Ministro da Justiça FRANCISCO CAMPOS.
"O certo é que o Decreto-lei federal n. 167, de 5 de janeiro de 1938, regulou, para todo o Brasil, a competência e o processo de julgamento pelo júri" (ALMEIDA, 1975, p. 145).
"O Decreto-lei n. 167 foi a primeira lei nacional de processo penal do Brasil republicano. Êsse diploma legislativo não só instituiu o Tribunal do Júri, omitido na carta de 1937, como também disciplinou o procedimento respectivo" (MARQUES, 1963, v. I, p. 28-29).

considerado como preceito genérico compreendido na Carta de 1937, a qual excluíra o júri do texto constitucional[629].

O Decreto-lei n. 167/1938, ao instituir a atuação do júri de modo uniforme em toda a extensão do território nacional, federalizou-o. Estabeleceu-se a composição do Tribunal do Júri com um Juiz de Direito na presidência dos trabalhos e um corpo de jurados com sete membros[630]. Com o referido decreto, valorizou-se novamente a instituição do júri no plano nacional, entendendo o seu caráter democrático[631].

A pronúncia foi enunciada como de competência do presidente do Tribunal do Júri, quando da ocorrência dos crimes previstos nas formas tentada ou consumada[632], revogando, nesse contexto, a regulamentação anterior que previa a pronúncia como despacho da competência do juiz da seção ou do seu substituto.

O texto legal anunciou a pronúncia como uma sentença que devia ser prolatada pelo juiz após o seu convencimento acerca da existência do crime e dos indícios de que o réu fosse o autor, esclarecendo os motivos do seu convencimento[633]. Da sentença de pronúncia cabia recurso, havendo efeito suspensivo somente quanto ao julgamento pelo júri[634].

---

[629] Justificativa apresentada na Exposição de Motivos do Decreto–Lei n. 167/1938 pelo Ministro FRANCISCO CAMPOS.

[630] Na disciplina disposta no artigo 2.º, do Decreto–Lei n. 167/1938.

[631] "O Brasil e seu govêrno estão de parabens pela manutenção do Tribunal do Júri, instituição cujas virtudes e vantagens sobrepujam os defeitos e desvantagens que, por acaso, possa apresentar como instituição humana que é [...] a justiça dos jurados passa ilesa através das catástrofes políticas, como se uma dessas necessidades irresistíveis de nossa natureza, agulha fiel do declínio das tempestades, não cessasse de lembrar às nações que, perdido êsse direito, com êle se perderiam todos os outros. Quando o Tribunal Popular cair, é a parede mestra da Justiça que ruirá" (FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri no Estado Novo*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939, p. 10-11).

[632] Na disciplina disposta no artigo 3.º, do Decreto–Lei n. 167/1938. A Competência do júri, a qual foi mantida até a edição do Código de Processo Penal em 1941, compreendia as seguintes modalidades delitivas: homicídio simples e qualificado; o homicídio que resultasse das condições personalíssimas do ofendido; o homicídio que resultasse porque o ofendido não observou o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado; o homicídio resultante do emprego de veneno; o homicídio ocorrido em duelo; o infanticídio simples; o homicídio para roubar não se verificando a tirada de coisa alheia; o infanticídio *honoris causa* e o induzimento ao suicídio.

[633] Na disciplina disposta no artigo 14, do Decreto–Lei n. 167/1938. O Capítulo III – *Da pronúncia e dos atos preparatórios do julgamento* – traça a forma a ser observada pelo juiz presidente do júri para a elaboração da sentença de pronúncia e os efeitos da mesma.

[634] Na disciplina disposta no artigo 19, do Decreto–Lei n. 167/1938.

O Decreto n. 167/1938 alterou substancialmente o princípio da soberania dos veredictos, uma vez que previu o recurso de apelação para quando repousasse o entendimento de ter havido injustiça na decisão dos jurados[635]. Caso o Tribunal de Apelação, analisando o mérito do recurso e as provas constantes dos autos, se convencesse da injustiça na decisão, poderia absolver o acusado ou aplicar outra pena que considerasse justa para a situação[636]. Esse mecanismo limitador da soberania do júri tornou-o um órgão auxiliar da justiça togada[637].

Com as providências adotadas pelo Decreto-lei n. 167/1938, ao regulamentar a instituição do júri no Brasil até o advento do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941), houve uma federalização do Tribunal Popular. Sua atuação passou a ser uniforme em todas as regiões do Brasil, consubstanciando verdadeiramente o primeiro traço de unidade processual efetivado na República[638].

Em 1941 foi instruída uma comissão com o fito maior de elaborar o projeto para uma nova codificação de processo penal[639]. Tratava-se de uma considerável força-tarefa visando sistematizar as regras para o processo penal brasileiro, ajustando-as de modo a tornarem-se eficientes e únicas no sistema nacional, após

---

635 "Nos meios forenses houve muita gritaria contra a inovação. Alegou-se que o Decreto–lei n. 167, o que fêz, 'regulando a instituição do Júri, foi pràticamente abolir o Júri'. Outros, embora não condenassem a reforma havida, viam nela 'a morte virtual do instituto do Tribunal dos Jurados'. E isto sem falar nos que atribuíam a lei, ao caráter antidemocrático do nôvo regime. Vozes, entretanto, não faltaram, para elogiar a inovação, nela enxergando um meio eficacíssimo de coibir os abusos do Tribunal do Júri" (MARQUES, 1963, v. I, p. 24).

"Além de limitar a competência do júri a um pequeno número de crimes, cassou-lhe, por completo, a soberania, ao permitir aos tribunais de apelação, reformar as decisões daquele tribunal, quando manifestamente contrárias às provas dos autos" (BARROS, 1969, v. I, p. 69).

636 Redação ofertada pelos artigos 92, alínea *b* e 96, do Decreto–Lei n. 167/1938.

"Os desmandos e a ineficiência cada vez mais à mostra levaram o Gôverno ditatorial a baixar o Decreto n. 167, de 5 de janeiro de 1938, que permitia aos Tribunais de Justiça a reforma pelo mérito das decisões proferidas pelo Júri. Foi medida acertada" (NORONHA, 1969, p. 261).

637 Críticas ao aspecto delimitador mostram que é a justiça togada "quem conhece do mérito dos processos, confirmando ou reformando as decisões do juri. Segue-se que menos razão existe para a malsinada limitação. Na atual organização, o juri funciona absurdamente como preparador da câmara criminal de desembargadores" (MELLO, 1941, p. 25).

638 Cf. FRANCO, 1956a, p. 22-23.

639 "O novo Código de Processo Penal, adotado pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, resultou da inteligência e cultura de seus autores, VIEIRA BRAGA, NÉLSON HUNGRIA, NARCÉLIO DE QUEIRÓS, ROBERTO LIRA, FLORÊNCIO DE ABREU E CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, sob o inspirado bafejo do então Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS, jurista de altíssima autoridade" (ALMEIDA, 1973, p. 163).

duas experiências anteriores em que houve a dissolução da unidade processual e sua posterior unificação.

Tal comissão recebeu mordazes ponderações[640] por sua composição e postura ideológica encampada[641], muito embora houvesse, no mesmo diapasão, opiniões favoráveis. O trabalho final foi publicado com a chancela de Código de Processo Penal do Brasil (Decreto–Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941)[642]. Entrou em vigor, pelas mãos do então Presidente da República GETÚLIO DORNELLES VARGAS, no dia 1º. de janeiro de 1942, momento em que grande parte da humanidade era castigada pela Segunda Grande Guerra mundial.

Devido à posição topográfica ocupada pelo Código de Processo Penal de 1941 dentro do ordenamento nacional é reservada parte do Capítulo IV do vertente trabalho para realizar sua abordagem sistematizada, assim como a regulamentação ofertada à pronúncia e ao júri no seu contexto.

2.10.3 O júri na Constituição de 1946

O Congresso Nacional estava fechado desde 1937. Na sua abertura, após oito anos, foram eleitos e empossados os parlamentares constituintes[643], os quais deram início à missão de elaboração de uma nova Carta Constitucional, tentando suplantar a Carta de 1937 que legitimou a ditadura do Estado Novo.

---

640 Cf. SOARES, 1977, p. 94.

641 "Vezo antigo e ainda muito arraigado é o de pensar que o mecanismo do *juízo penal* e do processo penal constitui assunto familiar aos cultores do Direito Penal. Confundem-se, desta forma, duas disciplinas jurídicas distintas (o *Direito Penal* e o *Direito Processual Penal*) e entrega-se – como aconteceu em 1940 e 1941 – a uma comissão de penalistas a incumbência de elaborar um estatuto de processo penal. O resultado não se podia fazer esperar e está aí, nesse monstrengo e obsoleto diploma legal, promulgado em 03 de outubro de 1941, e que tem o nome de *Código de Processo Penal*" (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 55, grifo do autor).

642 Enfim, "inspirou-se o Código, consoante orientação traçada, assim na legislação processual existente no Distrito Federal e nos diversos Estados, como no projeto de 1931, elaborado pela Comissão Legislativa nomeada pelo Govêrno Provisório, e no de 1936, êste precursor da unificação" (ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973, p. 10).

643 A Assembleia Constituinte teve seus trabalhos iniciais em 02 de fevereiro de 1946.

Entrou, assim, no contexto nacional, em 18 de setembro de 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil[644]. Avançada para a época foi tida como uma Carta democrática e liberal, consagrando liberdades expressas outrora asseguradas na Carta de 1934 e que tinham sido suprimidas quando da outorga da Carta de 1937[645]. Resguardou, assim, vários direitos fundamentais como o direito de opinião, direito à propriedade, de associação e organização, dentre outros[646].

O júri foi referendado no corpo dos direitos e garantias individuais[647], na redação ofertada ao § 28, do artigo 141[648], do texto constitucional. Movido pelos ideais democráticos, houve por bem o legislador constituinte resguardar textualmente à instituição do júri a soberania de suas decisões, reforçando a importância da participação popular nos julgamentos criminais[649]. Ademais, o legislador constituinte outorgou ao legislador ordinário a responsabilidade por estruturar juridicamente a instituição do júri, ressalvada as garantias textualmente referendadas na Carta Maior.

---

644 Essa Carta Política, ao longo dos seus 218 artigos, estava estruturada na seguinte composição: Título I (*Da Organização Federal*); Título II (*Da Justiça dos Estados*); Título III (*Do Ministério Público*); Título IV (*Da Declaração de Direitos*); Título V (*Da Ordem Econômica e Social*); Título VI (*Da Família, da Educação e da Cultura*), Título VII (*Das Forças Armadas*); Título VIII (*Dos Funcionários Públicos*) e Título IX (*Disposições Gerais*), além do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Promulgada, em 18 de janeiro de 1946, pelo Presidente da Mesa da Assembléia Constituinte, advogado e Senador mineiro FERNANDO DE MELLO VIANNA (1878 – 1954). A partir do Golpe militar de 1964 a Carta de 1946 começou a receber emendas que a desfiguraram em vários aspectos, inclusive sendo suspensa por seis meses por força do Ato Institucional n. 01 – AI-1, em 09 de abril de 1964. Foi extinta com a entrada em vigor da Carta de 1967.

645 Cf. BARROS, 1969, v. I, p. 70.
Cf. SOARES, 1977, p. 317.

646 À guisa de ilustração, alguns de seus pilares fundamentais: igualdade de todos perante a lei, a liberdade de manifestação do pensamento, a inviolabilidade do sigilo de correspondência, a liberdade de credo e de associação para fins lícitos, a inviolabilidade da casa como asilo da pessoa, extinção das penas de morte, de trabalhos cruéis e de banimento, a prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, garantia à ampla defesa do acusado e a separação dos três poderes da União.

647 Constituição de 1946, no Capítulo II (*Dos Direitos e das Garantias individuais*) do Título IV (*Da Declaração de Direitos*), na redação do seu artigo 141, § 28.

648 Artigo 141, § 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
"O art. 141, § 28, tem um sentido ultraliberal, mas sem confundir-se com o desregramento que alguns, a tôda força, querem que impere nos julgamentos do júri" (MARQUES, 1963, v. I, p. 26).

649 "Com efeito, se tomarmos o vocábulo *soberania* como poder incontrastável, sem limites e absoluto, não se compreende como o veredicto do Júri possa ser inteiramente reformado pelo Tribunal de Justiça [...]. É, pois, relativo o conceito de soberania do *veredicto*, convindo notar que, mesmo na ordem constitucional, não é pacífico, hoje, o conceito antigo de soberania como poder ilimitado, devendo ser substituído por outro superior também, mas menos perigoso e mais exato de um poder exercido no último grau, tendo-se, entretanto, em vista o interêsse geral ou o bem comum" (NORONHA, 1969, p. 261, grifo do autor).

Ao fixar o número ímpar de jurados e o sigilo nas votações, a Constituição de 1946 afastou o resultado *empate* na apuração dos votos, bem como, aniquilou a possibilidade de voto aberto e público dos jurados. Também, ao estatuir a garantia à plenitude de defesa, quis a referida Carta proibir qualquer preceito infraconstitucional que pudesse restringir a manifestação da defesa do acusado. Eliminou a possibilidade de qualquer outro órgão judiciário reformar a decisão dos jurados em grau de recurso, ao prever a soberania dos veredictos.

A competência material estabelecida ao júri, na parte final do § 28, do artigo 141, da Constituição de 1946, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida foi considerada mínima. Estava autorizado o legislador ordinário a ampliar o rol dessa competência. No entanto, deveria observar sempre as demais atribuições constitucionais da instituição.

No tocante à competência do júri na Carta de 1946 entendeu-se desde então ser ela mínima, podendo agregar o julgamento de outras formas delitivas. Ainda, a utilização da expressão *é mantida a instituição do júri* acirrou debates em torno da possibilidade de coexistir outra modalidade de júri, em específico, para incluir na alçada dessa instituição o julgamento das infrações penais cometidas contra a economia popular[650]. Tal se deu com a edição da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951[651].

No supracitado diploma legislativo o júri foi concebido na composição de um magistrado presidente e de um conselho composto por vinte jurados. Previu-se um procedimento mais simplificado do que o utilizado pelo Tribunal do Júri até

---

650 "Usando, porém, da expressão 'instituição do júri' deu margem a que se admitisse a existência de outra modalidade de júri, mantendo, aliás, com essa expressão, o júri de imprensa, também tradicional, no Brasil. [...] Assim, o júri pode julgar os delitos praticados contra a economia popular ou outros quaisquer, de mistura com os crimes contra a vida ou sozinhos. [...] Por isso, o júri de imprensa, como o de economia popular, é constitucional, desde que tenha número ímpar de membros, seja sigilosa a votação, haja plenitude de defesa e outro tribunal não quebre a soberania dos veredictos" (SOUSA NETO. *Júri de Economia Popular – comentários à Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 20-21).

651 A Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, – *Altera dispositivos da legislação vigente sôbre crimes contra a economia popular* – foi editada em 34 (trinta e quatro) artigos e recebeu a assinatura do então Presidente da República GETÚLIO DORNELES VARGAS.

então[652]. Manteve-se a fase instrutória e a fase de plenário, mas suprimiu-se do procedimento a pronúncia[653], o que mostrou a preocupação do legislador com a celeridade do rito e a simplificação dos atos de processo[654].

Ademais, cumprindo o comando constitucional do texto de 1946, entrou em vigor a Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948[655], regulamentando as questões afetas ao Tribunal do Júri no Brasil[656]. Tal diploma representou um equilibrado complemento para o texto constitucional, firmando a competência do júri[657], regulamentando pontos como o tempo dos debates entre acusação e defesa, regras para o caso da competência por conexão ou continência, consagrou o princípio da oralidade nos atos de plenário, estatuiu mecanismo para a apelação limitada, sem com isso violar a soberania das decisões do júri[658].

---

[652] Artigo 13 da Lei n. 1.521/1951. O Júri compõe de um juiz, que é o seu presidente, e de vinte jurados sorteados dentre os eleitores de cada zona eleitoral, de uma lista de cento e cinqüenta a duzentos eleitores, cinco dos quais constituirão o conselho de sentença de cada sessão de julgamento.

[653] Artigo 23 da Lei n. 1.521/1951. Nos processos da competência do Júri far-se-á a instrução contraditória, observado o disposto no Código de Processo Penal, relativamente ao processo comum (livro II, título I, capítulo I) com às seguintes modificações:

[...].

VII) São dispensadas a pronúncia e a formação do libelo.

[654] "A lei n. 1.521, disciplinando o processo, perante o Júri especial, de crime contra a economia popular, simplifica, dispensando a pronúncia (art. 23, item VII), mas mantém a fase de apreciação preliminar da espécie, pelo juiz, logo após a apresentação das alegações da defesa, e com estas duas alternativas: *a*) Poderá (n. V) absolver, desde logo, o acusado, quando estiver provado que êle não praticou o crime, fundamentando a sentença e recorrendo *ex officio*. *b*) (n. VI) Se o juiz assim não proceder, determinará, sem manifestar, entretanto, sua opinião, a remessa do processo ao presidente do Júri, ou que se faça a inclusão do processo na pauta de julgamento, se lhe couber a presidência" (ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, v. I, p. 74-77).

[655] A Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948 – *Modifica a competência do Tribunal do Júri e dá outras providências* – foi disposta em doze artigos que ofereceram textos para substituir a redação original de vários artigos do Código de Processo Penal de 1941. Essa foi publicada no Governo do Marechal cuiabano EURICO GASPAR DUTRA (1883 – 1974), levando a assinatura também do Promotor de Justiça gaúcho e então Ministro da Justiça e Negócios ADROALDO MESQUITA DA COSTA (1894 – 1985).

[656] "Segundo o critério da Constituição atual, o júri não é um órgão do Poder Judiciário, mas uma *instituição judiciária*, de jurisdição limitada a cada comarca, regida, para todo o país, sob os princípios constitucionais, pela Lei n. 263, de 1948, e pelas disposições não revogadas do Código de Processo Penal, além de pelas normas peculiares da organização judiciária de cada unidade federativa [...] inovação introduzida pela Lei n. 263, foi a de fixar a competência do júri, quando houver concurso entre a competência dessa instituição e a de outro órgão da justiça comum" (ACOSTA, 1973, p. 452-453).

[657] O artigo 2.º da Lei n. 263/1948, ao regulamentar o texto constitucional, substituiu a redação até então ofertada ao artigo 74 do Código de Processo Penal de 1941 na matéria de competência do júri. Com a nova redação da citada lei, passou a competir ao júri o julgamento dos seguintes crimes, na forma tentada ou consumada: homicídio, nos modos simples, privilegiado ou qualificado; induzimento, instigação e auxílio ao suicídio; infanticídio e o aborto nas suas diversas formas.

[658] "Quando entrou em vigor o Código de Processo Penal, a soberania dos veredictos não figurava entre as garantias constitucionais. Somente em 1946 essa regra foi erigida à norma de índole Constitucional e, em 1948, por força da Lei n. 263/48, os dispositivos que se incompatibilizavam com a soberania foram expressamente revogados" (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 444).

2.10.4 O júri na ditadura brasileira

No dia 1.º de abril de 1964, alegando a iminência de um levante comunista, os militares assumiram o poder depondo o então Presidente JOÃO GOULART[659]. Tinha início o período conhecido como *Regime Militar* ou *Anos de Chumbo*[660], acompanhado de uma fervente repressão política que aniquilou vários direitos e liberdades fundamentais asseguradas na Carta de 1946.

Em 12 de dezembro de 1966, através do Ato Institucional n. 4[661], realizou-se uma convocação extraordinária dos parlamentares para a discussão e elaboração de uma nova Carta Constitucional. Prevalecendo praticamente todos os ideais ditatoriais foi votada, em 24 de janeiro de 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil[662], entrando em vigor no dia 15 de março do mesmo ano[663].

No bojo da Constituição de 1967 institucionalizou-se e legitimou-se o regime dos militares. A Lei Máxima buscou maximizar o Poder Executivo frente ao Legislativo e Judiciário, principalmente nas matérias de segurança e orçamento, enfraquecendo o sistema federalista. Encampou a pena de morte para os crimes de segurança nacional, restringindo o direito de greve do trabalhador. Asseverou que o legislador ordinário poderia instituir o banimento de brasileiros e a censura.

---

659 O advogado gaúcho JOÃO BELCHIOR MARQUES GOULART (1919 – 1976) foi o 24.º Presidente do Brasil. Administrou as reformas da educação, tributária, eleitoral, agrária e urbana. Com a renúncia, em 25 de agosto de 1961, do Presidente JÂNIO DA SILVA QUADROS (1917 – 1992), tomou posse em 07 de setembro de 1961, governando até o dia 1.º de abril de 1964, quando foi deposto pelos militares. Nesse sentido: PINHEIRO NETO, João. *Jango, um depoimento pessoal*. São Paulo: Record, 1993, p. 5-18.

660 Cf. CASTELO BRANCO, Carlos. *Os militares no poder*. São Paulo: Nova Fronteira, 1976, p. 10-27.

661 O Ato Institucional n. 04 – AI–4 – foi baixado em 07 de dezembro de 1966 pelo Marechal cearense HUMBERTO DE ALENCAR CASTELO BRANCO (1897 – 1967), então Presidente da República. O objeto de tal ato foi a convocação do Congresso Nacional para a votação e promulgação do projeto de Constituição, revogando a já emendada Carta Política de 1946. Nesse sentido: COUTO, Ronaldo Costa. *Memória Viva do Regime Militar*. São Paulo: Record, 1999, p. 12-31.

662 Contendo 189 artigos, a Constituição da República, de 24 de janeiro de 1967, estava apresentada na seguinte estrutura: Título I (*Da Organização Nacional*); Título II (*Da declaração de direitos*); Título III (*Da Ordem Econômica e Social*); Título IV (*Da Família, da Educação e da Cultura*); Título V (*Das Disposições Gerais e Transitórias*).

663 A Carta de 1967 sofreu "poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. [...] Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária que as anteriores, salvo a de 1937" (SILVA, 2005, p. 87).

Quanto à instituição do júri, a Carta de 1967 foi expressa ao asseverar sua manutenção no âmbito constitucional, na configuração dos direitos e garantias individuais[664]. Resguardou o texto da Magna Carta a soberania do júri e sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida[665].

A Carta Política de 1967 sofreu sensíveis alterações em 1969. Os ministros militares que se encontravam no exercício da Presidência da República, no âmbito do Ato Institucional n. 1, após o afastamento do então Presidente COSTA E SILVA[666], outorgaram uma nova redação à Constituição de 1967[667].

Em 17 de outubro de 1969, a Junta Militar, pelas atribuições a ela conferidas pelo Ato Institucional n. 16[668], outorgou a Emenda Constitucional n.1[669], reconhecida por vários especialistas como uma Constituição brasileira[670] em sua essência, embora formalmente revestida da estrutura de uma emenda.

A Junta Militar decidiu manter no texto da referida emenda a instituição do júri, no rol dos direitos e garantias individuais. Contudo, suprimiu a expressão *e a*

---

664 O Tribunal do Júri foi inserido no corpo do artigo 150, § 18, do Capítulo IV (*Dos direitos e garantias individuais*), do Título II (*Da declaração de direitos*).

665 Cf. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri: doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

666 O Marechal gaúcho ARTUR DA COSTA E SILVA (1899 – 1969), segundo presidente do regime militar pós 1964, iniciou um processo de modernização estatal dando ênfase aos transportes, à economia e às telecomunicações. Instituiu uma comissão visando ao preparo de uma nova Carta Política. Com problemas de saúde, foi afastado da presidência em 31 de agosto de 1969, sendo substituído por uma Junta Militar. Nesse sentido: CHAGAS, Carlos. *113: impedimento e morte de um presidente*. Porto Alegre: L&PM, 1979, p. 15-42.

667 O Ato Institucional n. 1 – AI-1 – baixado em 09 de abril pela Junta Militar, suspendeu por dez anos os direitos políticos de determinadas autoridades, consideradas opositoras ao regime. Institucionalizou-se a eleição indireta para Presidente da República. Ainda suspendeu a Constituição vigente por seis meses e, juntamente com ela, todos os direitos e garantias constitucionalmente previstos.

668 O Ato Institucional n. 16 – AI-16 – foi baixado em 14 de outubro de 1969 pela Junta Militar.

669 A Emenda Constitucional n. 1, outorgada em 17 de outubro de 1969, pela Junta Militar composta pelo carioca, Almirante da Marinha, AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD (1905 – 1985), pelo paraibano, General do Exército, AURÉLIO DE LIRA TAVARES (1905 – 1998) e pelo catarinense, Marechal da Aeronáutica, MÁRCIO DE SOUSA MELO (1906 – 1991). A EC-1/1969 possuía apenas dois artigos. O primeiro artigo apresenta o conteúdo da nova redação para boa parte dos 217 artigos da Carta de 1967 e acresce outros dispositivos. Já o segundo artigo fixou a vigência da Carta para o dia 30 de outubro de 1969. No bojo do seu artigo 1.º, ainda, manteve a estrutura de cinco Títulos com as mesmas insígnias, da Carta de 1967.

670 "Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*" (SILVA, 2005, p. 87, grifo do autor).

soberania, permitindo entendimento no sentido de cabimento de revisão do conteúdo decisório da decisão do Tribunal Popular. Por outro lado, manteve a competência mínima do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida[671].

2.10.5 A consolidação do júri na Nova República

O sonho da redemocratização no Brasil tomou vulto, principalmente no início da década de 1980. Com isso afloraram campanhas nacionais por eleições diretas e por um redesenho político-social da nação, visando apagar os anos militarizados e de comando repressivo. A nova ordem social no Brasil pulsava pelo resgate dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos.

Foi declarada a Nova República[672]. Enquanto os trabalhos da recém-criada Comissão de Estudos Constitucionais pelo Presidente da República JOSÉ SARNEY[673] desenvolviam-se, seu governo enviou ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional[674] convocando a Assembleia Nacional Constituinte.

O texto produzido e aprovado por essa assembleia tornou-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lei fundamental no ordenamento jurídico, a Carta Magna de 1988 conta com um texto moderno em que repousam

---

671 Artigo 153, § 18, da Emenda Constitucional n. 1/1969. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

672 A fase denominada Nova República "pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, 'com prudência e moderação', as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que 'se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários', e o que é mais importante 'pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira'" (SILVA, 2005, p. 88).

673 O advogado, jornalista e político maranhense JOSÉ SARNEY DE ARAÚJO COSTA (1930 –) foi eleito Vice-Presidente da República na chapa encabeçada pelo advogado e político mineiro TANCREDO DE ALMEIDA NEVES (1910 – 1985). Tomou posse como vice-presidente em 15 de março de 1985, assumindo a Presidência da República com o falecimento do titular em 21 de abril de 1985. Ao passo de notabilizar-se pela condução do processo de redemocratização, não teve êxito nas questões da economia e da corrupção administrativa. Nesse sentido: PINHEIRO, Luiz Adolfo. *A República dos Golpes – de Jânio a Sarney*. São Paulo: Best Seller, 1993, p. 18-33.

674 Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985 – *Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências* – assinada pelos presidentes das mesas da Câmara dos Deputados – advogado paulista e deputado ULYSSES SILVEIRA GUIMARÃES (1916 – 1992) – e do Senado Federal – Promotor de Justiça e senador por Mato Grosso do Sul JOSÉ MANUEL FONTANILLAS FRAGELLI (1915 –).

diversas garantias constitucionais que visam assegurar a efetividade aos direitos fundamentais. Essa Constituição tornou o Brasil uma nação democrática por excelência[675].

Há que se ressaltar que na doutrina constitucionalista brasileira, todas as constituições pátrias, desde a imperial, contemplaram normas que objetivavam assegurar garantias individuais. O que fez a *lex maior* de 1988 foi, além de preservar o cerne das garantias asseguradas pelas Cartas anteriores, acrescer outros direitos individuais e coletivos e, com isso, tornar-se um expressivo arcabouço de garantias informadoras de todo o ordenamento jurídico brasileiro[676].

E tal ocorre no corpo do artigo 5.º da Constituição de 1988, o qual enceta o rol denominado de *Direitos e deveres individuais e coletivos*, reconhecendo o júri nesse contexto. Novamente o texto abriu o permissivo para que o legislador ordinário firme as normas regulamentadoras para a organização do júri, oxigenando sua estrutura e proporcionando fins adequados a sua essência de ser uma instituição democrática, soberana e representativa da cidadania brasileira, pela qual o indivíduo participa da administração da justiça[677].

No entanto, o texto constitucional evidenciou cardeais características do Tribunal do Júri, que continuam intangíveis e que se consubstanciam na plenitude de defesa, no sigilo das votações, na soberania dos veredictos e na competência para

---

675 A Constituição da República de 1988 foi promulgada em 05 de outubro de 1988, contendo 250 artigos. Compreende a seguinte divisão temática: Título I (*Dos Princípios Fundamentais*); Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*); Título III (*Da Organização do Estado*); Título IV (*Da Organização dos Poderes*); Título V (*Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*); Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*); Título VII (*Da Ordem Econômica e Financeira*); Título VIII (*Da Ordem Social*) e Título IX (*Das Disposições Constitucionais Gerais*). Ainda, o Título X (*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*) dispõe de 96 artigos. O Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a rubricou era o deputado ULYSSES SILVEIRA GUIMARÃES.

676 Cf. FERNANDES, 2002, *Processo penal constitucional*, p. 14.

677 "O Tribunal do Júri é um dos órgãos do Poder Judiciário. Não está enunciado no rol articulado no art. 92 da Constituição Federal e sim enunciado no inciso XXXVIII do art. 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, assim seguindo uma tradição presente em várias de nossas constituições, que adotaram esta colocação por atenção às origens históricas da instituição, presa às conquistas do cidadão perante o Estado-Administração, relacionadas com momentos de conquistas da participação direta do cidadão na administração da Justiça" (PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri. Procedimento. Sala Secreta. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Organizador). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, Cap. 5).

o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Com isso confirmaram-se os contornos democráticos dessa instituição[678].

2.11 Conceito e natureza jurídica do Tribunal do Júri

Da incursão realizada para a extração de alguns dos fragmentos formadores do ordenamento jurídico nacional se apreende a assiduidade do júri desde seu encetamento em junho de 1822 para fins de julgar os crimes de abuso da imprensa. Ainda na fase imperial, a primeira Constituição brasileira, em 1824, contemplava a instituição do júri como *órgão do Poder Judicial*.

O advento da República trouxe a segunda Constituição do Brasil, em 1891, e no seu contexto se encontrava o júri, inserido no âmbito da *declaração de direitos* da nação. A terceira Carta Política brasileira, em 1934, recambiou o júri para a sua topografia anterior, como *órgão do Poder Judiciário*. Com a inspiração ditatorial militar, a Constituição de 1937 emudeceu-se quanto à instituição do júri.

A retomada democrática das instituições governamentais permitiu à nação brasileira reviver outra Carta Política democrática, em 1946. Com ela o júri retornou ao *status* constitucional inserto no rol dos *direitos e das garantias individuais*[679]. E nessa posição e capitulação se manteve no corpo da Constituição de 1967 e na estrutura interna da Emenda Constitucional n. 1/69.

Com o processo de redemocratização em patamar consolidado, a Constituição da República de 1988, atualmente em vigor, preservou o júri no rol dos *direitos e garantias fundamentais*, assegurando: sua competência mínima; a soberania dos

---

[678] Em conformidade com a disciplina posta no artigo 5.º, inciso XXXVIII, alíneas *a* a *d*, da Constituição da República de 1988. Em complemento, o artigo 125, § 4.º, da mesma Carta, prevê a competência do júri para o caso dos crimes militares em que a vítima for civil.

[679] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 579-580.

seus veredictos; a plenitude de defesa e o sigilo de suas votações. Da capitulação constitucional do júri, reconhece-lhe, simultaneamente, a natureza de direito[680] e de garantia fundamental do indivíduo[681].

Num plano conceitual, entende-se que o Tribunal do Júri no contexto do ordenamento jurídico nacional resume-se numa garantia constitucional do indivíduo ser julgado por seus pares, quando for acusado da prática de infração penal definida pela Carta Política ou pela legislação infraconstitucional, tendo a intervenção do Poder Judiciário para a realização dos atos jurisdicionais privativos, respeitados os seus atributos constitucionais[682].

2.12 Princípios constitucionais do Tribunal do Júri

Contemplado no rol das garantias fundamentais dos indivíduos, esse tribunal de essência e obrigatoriedade constitucional mantém uma íntima ligação com os ideais democráticos albergados pela consciência popular, ao mesmo tempo em que permite a qualquer um do povo, desde que respeitados os critérios mínimos exigidos, participar da administração da justiça criminal no Brasil. O júri representa uma garantia do indivíduo ser julgado por seus pares e, simultaneamente, de participar como jurado.

A Constituição da República de 1988, conforme testilhado, na locução do seu artigo 5.º, XXXVIII, reconhece a instituição do júri, atribuindo ao legislador

---

680 Entendendo o júri como um "direito humano fundamental, consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Tribunal do Júri figura como, praticamente, a única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República" (NUCCI, 2008, p. 40).

681 Sabendo que o "instituto foi alçado ao patamar constitucional basicamente enquanto garantia fundamental de que a pessoa que tenha praticado um crime doloso contra a vida só possa vir a ser condenada por um veredicto emanado do Tribunal Popular" (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 187).
A instituição do júri "é vista como uma prerrogativa democrática do cidadão, que deverá ser julgado por seus semelhantes, apontando-se seu caráter místico e religioso" (MORAES, 2002, p. 109).

682 Cf. NASSIF, Aramis. *Júri: instrumento da soberania popular*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

infraconstitucional instituir normas referentes à organização desse tribunal e sua estruturação. E ainda no corpo desse citado artigo, o texto constitucional reconhece os princípios fundamentais da instituição[683].

Ademais, ao inserir o Tribunal do Júri na capitulação referente aos direitos e garantias individuais, o legislador constitucional tornou essa instituição como parte integrante do catálogo das denominadas *cláusulas pétreas*, por disposição expressa do inciso IV do § 4.º do artigo 60 da Carta Política de 1988[684].

2.12.1 Da plenitude de defesa (art. 5.º, XXXVIII, *a* – CR/88)

O inciso LV do artigo 5.º da Constituição da República de 1988 garante textualmente o direito de defesa[685]. Ao lado do contraditório[686] o exercício da defesa são decorrências imediatas do princípio do devido processo legal, permitindo-se ao acusado a ampla possibilidade de valer-se dos meios e recursos previstos em lei para apresentar sua argumentação, expor suas teses, ter acesso às informações pertinentes à demanda e produzir a prova que julgue necessário para provar a sua inocência.

---

683 Artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
[...].

684 § 4.º do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...];
IV – os direitos e garantias individuais.

685 Artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

686 "Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 267).

Dessa forma, somente poderá se cogitar a ampla defesa quando o acusado tiver o atributo de contrapor a imputação de modo efetivo, assegurado por todos os meios lícitos que deve o Estado disponibilizar para que atinja esse objetivo. Cabe, portanto, ao magistrado observar a existência de todos os meios e instrumentos necessários para que seja efetivada ao acusado a possibilidade de defender-se adequadamente, à luz dos preceitos constitucionais.

O legislador constituinte, entrementes, utilizou-se da expressão *plenitude de defesa*[687], ao longo da alínea *a* do inciso XXXVIII da Carta Maior, como um dos princípios do Tribunal do Júri. Nota-se que ao se referir à defesa no âmbito do Tribunal do Júri, o texto constitucional inseriu o substantivo *plenitude*, diferentemente do que faz o mesmo texto ao se referir à *ampla* defesa dos acusados de um modo geral. A coexistência dessas duas expressões no mesmo texto constitucional gerou dois entendimentos.

O primeiro deles compreende que a diferença entre as locuções não deve ultrapassar o campo morfológico. Justifica-se nesse sentido na ordem de que não há como admitir qualquer distinção entre o tratamento que deve ser dispensado ao acusado em relação ao juízo em que se processa, além do que deve a defesa se empenhar no seu trabalho em qualquer que seja a situação[688].

Malgrado esse abalizado pensamento firma-se entendimento em via oblíqua na direção de que o legislador constituinte concebeu uma forma especial de exercício da defesa diante do Tribunal do Júri, levando-se em conta as particularidades desse órgão colegiado como, por exemplo, o julgamento do acusado por pessoas leigas no conhecimento jurídico[689].

---

687 A plenitude de defesa "se concretiza com a efetividade dos examinados *direito à informação*, *bilateralidade da audiência* e *direito à prova legitimamente obtida ou produzida*" (TUCCI, 2009, p. 172-173, grifo do autor).

688 "A plenitude de defesa não é diferente da exigida no processo penal em geral" (GRECO FILHO, 2009, p. 25).

689 Assim, "parece razoável que réus submetidos a julgamento pelo júri devam merecer um tratamento mais benevolente do que os acusados em geral. [...] o constituinte deliberou deixar claro e incontestável que, a despeito de certas limitações de ordem lógica, a *ampla defesa* no júri deve ser exercida na sua *essência e plenitude*" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 447, grifo do autor).

Ademais, aduz-se que a causa processada no âmbito do Tribunal do Júri merece, então, uma atenção diferenciada da defesa. Para que seja plena em sua magnitude, a defesa deve ser cabal, perfeita e realizada com maior apuro intelectual. Deve o magistrado que conduz os trabalhos no Tribunal do Júri declarar o réu indefeso caso observe a falta de preparo do patrono da causa ou o desinteresse pela defesa do acusado. Por outro lado, no contexto do processo comum, onde a causa é analisada e julgada por um magistrado togado, não seria imperativo todo esse rigor e tão-pouco deva o réu ser declarado indefeso devido a uma atuação não apropriada do seu patrono[690].

Dessume-se que a Constituição da República de 1988, ao estabelecer a plenitude de defesa como um dos princípios fundamentais do Tribunal do Júri, nada mais faz do que reconhecer as particularidades dessa instituição, cujos jurados votam por sua íntima convicção. E daí a se assegurar que a defesa do acusado em sua plenitude corresponde a uma garantia especial aplicável à fase do Plenário do Tribunal Popular[691].

2.12.2 Do sigilo das votações (art. 5.º, XXXVIII, *b* – CR/88)

Também assegura o texto constitucional outro princípio fundamental do júri: o *sigilo das votações*. Como esse tribunal tem em sua composição um órgão colegiado e transitório formado por jurados leigos a quem compete à análise do mérito da causa é justificável o acolhimento do procedimento secreto no que toca ao juízo de valor emitido por cada qual, preservando-os de qualquer tipo de pressão, influência ou

---

690 Distingue-se a *ampla* defesa – incidente em todo processo penal – da *plenitude* de defesa – aplicável ao processo no júri, uma vez que "merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. [...] No Tribunal do Júri, busca-se garantir ao réu não somente uma defesa *ampla*, mas plena, completa, o mais próxima possível do perfeito (art. 5.º, XXXVIII, *a*, CF). [...] *Amplo* quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro. [...] A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude" (NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 78-79, grifo do autor).

691 Cf. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 170.

represália em qualquer fase do julgamento, inclusive antes e depois deste, mantendo-se com isso o valor insofismável da votação[692].

O interesse social reclama a isenção e liberdade do jurado para proferir o seu voto. Dessa forma, o próprio rito especial do Tribunal do Júri preconiza a necessidade de que a votação dos jurados ocorra em uma sala especial ou, na impossibilidade desta, que o juiz presidente do júri determine que o público se retire do Plenário do Júri para o momento em que se procederá a votação dos jurados, proporcionando condições para que faça valer o princípio em tela[693].

Hodiernamente, não há como sobreviver o argumento de que essa votação sigilosa em sala especial violaria o princípio da publicidade[694]. Isso porque o próprio texto constitucional que prevê tal princípio estabelece, no mesmo contexto, as exceções, além do fato de que a votação no Tribunal do Júri é fiscalizada e conduzida pelo magistrado – órgão imparcial –, além de ser presenciada pelo órgão ministerial e patrono do acusado, além dos serventuários da justiça determinados na lei[695].

O princípio sob análise, prescrito de maneira peremptória na Carta Política de 1988, revela que o sigilo torna-se imprescindível para que seja preservada a imparcialidade do julgamento no instante do voto, aniquilando qualquer

---

692 Cf. NASSIF, Aramis. *O novo Júri brasileiro: conforme a Lei 11.689, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

693 *Caput* do artigo 485 do Código de Processo Penal (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

694 "O sigilo das votações não ofende a garantia constitucional da publicidade [...] justifica-se como medida necessária para preservar a imparcialidade do julgamento, evitando-se influência sobre os jurados que os impeça de, com liberdade, manifestar seu convencimento pela votação dos quesitos" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 171).
Em relação à votação, trata-se de "autêntico *segredo de justiça*" (TUCCI, 2009, p. 185, grifo do autor).

695 Artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...];
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
[...].

possibilidade de influência sobre o membro do Conselho de Sentença, permitindo a participação democrática do jurado na administração da justiça. Conseguintemente, pretende-se resguardar o momento do jurado depositar o seu voto na urna[696].

2.12.3 Da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, *c* – CR/88)

Em imbatível epítome assevera o texto constitucional de 1988 que os veredictos do júri são soberanos. No procedimento do júri a competência para julgamento do mérito encontra-se dividida em dois estágios distintos. Enquanto o Conselho de Sentença decide a respeito da existência do fato e da autoria ou participação do réu e deve ser absolvido, o juiz presidente do tribunal estabelece a pena infligida ao acusado em caso de condenação ou declara sua absolvição, sempre respeitando o teor da decisão dos jurados.

Os veredictos são as decisões que são emanadas do Conselho de Sentença, a primazia da vontade popular. Nesse contexto assenta-se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri[697] na impossibilidade de ser a decisão dos jurados substituída pela de um magistrado togado na decisão de uma causa de sua competência[698]. Em suma, o preceito constitucional indica o impedimento de que as decisões do Conselho de Sentença sejam modificadas em grau recursal.

Se está pacífico que não pode haver a substituição de uma decisão soberana do júri pela decisão de um magistrado ou colegiado togado, por outro lado desperta a atenção o fato de que possa haver erro na decisão do Conselho de Sentença. Para tanto, dois caminhos são apontados pelo próprio ordenamento jurídico nacional.

---

696 Cf. NUCCI, 2008, p. 31.

697 "'Soberania dos veredictos' é uma expressão técnico-jurídica que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal, e não de acôrdo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionários. [...] Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva" (MARQUES, 1963, v. I, p. 40).

698 Cf. PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31-32.

Se as provas que foram apresentadas no plenário do tribunal pelas partes foram equivocadamente avaliadas pelos jurados e daí resultou erro quando da votação dos quesitos, a parte prejudicada pode manejar o recurso de apelação, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição[699].

Nesse caso, o juízo *ad quem*, convencendo-se que houve decisão adversa ao conteúdo probatório, deve dar provimento ao recurso para encaminhar o réu a novo julgamento pelo júri, logicamente com a análise da causa a cargo de outros jurados[700].

Em segundo lugar, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, se despontar uma nova prova da inocência do condenado que torne essencial a realização de um novo julgamento pelo júri, o caminho a ser tomado é o da ação de revisão criminal[701].

Também no caso de ser acolhida a revisão criminal, deve cessar a eficácia da primeira decisão e o condenado naquele júri deve ser encaminhado a novo julgamento perante um distinto Conselho de Sentença[702], o qual emitirá um veredicto[703]. A revisão criminal dos veredictos do júri pode perfeitamente

---

699 Artigo 593 do Código de Processo Penal (com redação ditada pela Lei n. 263/1948). Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
[...];
III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
[...];
d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

700 Cf. § 3.º do artigo 593 do Código de Processo Penal (com redação ditada pela Lei n. 263/1948).

701 Artigo 621 do Código de Processo Penal. A revisão dos processos findos será admitida:
[...];
III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

702 Pela impossibilidade de absolvição no juízo *ad quem*: "Basta que o tribunal, em apelação ou revisão criminal, remeta o caso a novo júri. O grande desvio, comum nos dias atuais, é, especialmente, em revisão criminal, ingressar-se no mérito, desprezar-se a decisão soberana do povo, absolvendo-se o réu" (NUCCI, 2008, p. 32).
Entendendo pela absolvição no juízo *ad quem*: "é firme a orientação na doutrina e na jurisprudência de que o Tribunal de Justiça pode, em sede de revisão criminal, absolver o réu condenado pelo Tribunal do Júri, com o argumento de que a revisão criminal é garantia implícita da Constituição e, entre duas garantias, deve prevalecer a mais favorável à liberdade, no caso a garantia da revisão sobre a garantia da soberania dos veredictos" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 174).

703 "Quando falamos em veredicto do conselho de sentença, obviamente estamos nos referindo à existência do fato delitivo e sua autoria, mas não à matéria de direito, como nulidades ocorridas durante o julgamento, pois tais matérias competem ao juiz presidente" (FEITOZA, 2009, p. 494).

proporcionar esse efeito, tendo em vista que se trata de uma norma que foi instituída com o fito de proporcionar o direito à defesa.

2.12.4 Da competência (art. 5.º, XXXVIII, *d* – CR/88)

Ao Tribunal do Júri é assegurada a competência para o julgamento das infrações penais dolosas contra a vida. O legislador constituinte nesse contexto fixou a competência mínima para o júri, sendo perfeitamente plausível que haja ampliação desse catálogo para abarcar o julgamento de outras modalidades delitivas quando em regime de conexão ou continência com aquelas[704].

A estabilização constitucional[705], desde a edição da Carta de 1967, acerca da competência mínima do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, na forma tentada ou consumada, implicou no fato de que a pronúncia ficasse circunscrita ao âmbito do julgamento dessas modalidades delitivas. Todavia merece ponderação acerca do caráter relativo ao qual está inscrito o dispositivo constitucional que estabelece a matéria da competência do júri[706].

Sob esse prisma, as exceções ao referido dispositivo constitucional estão disciplinadas no próprio texto da Carta Magna de 1988 e em legislação infraconstitucional. Mantendo a lógica e a sistematização das regras processuais, nos casos em que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida se desloca do júri para outros tribunais, fica afastada a pronúncia.

É o que se opera quando da ocorrência dos crimes dolosos contra a vida praticados por pessoas detentoras de foro privilegiado por prerrogativa de função,

---

[704] Cf. NASSIF, 2009, p. 27-30.
Cf. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 175.

[705] Muito embora, antes da Carta de 1967, a Lei n. 263/1948, na redação ofertada ao § 1.º, do seu artigo 2.º, assegurou a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados.

[706] De acordo com a alínea *d* do artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

quando o julgamento destes é realizando perante: o Supremo Tribunal Federal[707], o Superior Tribunal de Justiça[708], os Tribunais Regionais Federais[709] ou perante o Tribunal de Justiça[710], considerando-se, ainda, os casos de crimes no âmbito militar[711].

Por via oblíqua, a pronúncia deve ser considerada na conjuntura em que afluem os casos dos crimes que, embora não sejam originariamente da competência do júri, isto é, não sejam crimes dolosos contra a vida, são praticados em conexão[712] ou continência com alguma modalidade delitiva dolosa contra a vida, essa última da

---

[707] O artigo 102, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estatui a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns: 1) alínea *b*: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; 2) alínea *c*: os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

[708] O artigo 105, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estatui a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns: alínea *a*: os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

[709] O artigo 108, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estatui a competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns: alínea *a*: os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

[710] O artigo 96, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estatui a competência privativa dos Tribunais de Justiça para julgar, nos crimes comuns: os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, os membros do Ministério Público, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.
Ao dispor acerca dos preceitos sobre a organização dos municípios, o artigo 29, inciso X, da Constituição de 1988, estatui a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento do Prefeito de município de sua jurisdição.

[711] Disposição inserta no Código Penal Militar (Decreto-lei n.1.001, de 21 de outubro de 1969), ao disciplinar sobre os crimes militares em tempos de paz, na locução ofertada ao parágrafo único, do seu artigo 9.º (*Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum*). Redação acrescida pela Lei n. 9.299, de 08 de agosto de 1996.
Disposição inserta no Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n.1.002, de 21 de outubro de 1969), ao disciplinar sobre a extensão do foro militar, na locução ofertada ao § 2.º, do inciso II, do seu artigo 82 (*Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum*). Redação acrescida pela Lei n. 9.299, de 08 de agosto de 1996.

[712] Sobre a conexão é de bom tom lembrar que na seara do processo penal "ganha contornos especiais, querendo significar o liame existente entre infrações, cometidas em situações de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, bem como a união entre delitos, uns cometidos para, de alguma forma, propiciar, fundamentar ou assegurar outros, além de poder ser o cometimento de atos criminosos de vários agentes reciprocamente" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev. atual. ampl. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223).
A conexão implica "a idéia de *nexus*, nó que liga fortemente, e êsse *nexo* lógico é o que participa da natureza da causa para efeito de utilidade imediata ou mediata, para assegurar o resultado dos atos anteriores, e de concerto prévio, isto é, de ajuste, circunstâncias de caráter internacional" (FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. I, p. 171, grifo do autor).

competência do Tribunal Popular. Dessa forma são apreciadas no mesmo juízo as infrações penais que mantém entre si uma unidade incindível[713].

Nesse caso alterada a competência por conexão ou continência, impõe-se uma junção dos autos processuais, sendo necessário o acolhimento dos delitos conexos ou contidos aos dolosos contra a vida no âmbito da pronúncia, para que todos sejam julgados perante o júri, com previsão expressa pelo Código de Processo Penal[714].

Ainda, especificamente, pode haver conexão ou continência de uma infração penal dolosa contra a vida e outra da competência do Juizado Especial Criminal[715]. A Lei n. 11.313/2006[716] prevê a possibilidade do magistrado analisar a viabilidade da aplicação dos institutos despenalizadores contidos no âmbito da legislação que rege o citado juizado, como a composição de danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo[717].

Nesses casos aventa-se a intitulada *prorrogação de competência*[718], restando o Tribunal do Júri como foro prevalente[719] e, por conseguinte, os jurados como

---

[713] A continência no processo penal representa a "hipótese de um fato criminoso conter outros, tornando todos uma unidade indivisível. Assim, pode ocorrer na situação do concurso de pessoas, quando vários agentes são acusados da prática de uma mesma infração penal e também quando houver concurso formal" (NUCCI, 2007, *Código de Processo Penal comentado*, p. 224-225).
A continência "importa em unidade de juízo" (FRANCO, 1956b, p. 173).

[714] Artigo 78, do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941). Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;
[...].

[715] A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, – *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências* – conta com 97 artigos distribuídos ao longo de quatro capítulos, sendo que os Juizados Especiais Criminais estão regulamentados ao longo dos artigos 60 a 92 do Capítulo III.

[716] Parágrafo único do artigo 2.º da Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis

[717] Respectivamente os artigos 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.

[718] É pacífico dos réus "serem julgados por uma só sentença, sem qualquer alteração da natureza das infrações penais cometidas" (NUCCI, 2007, *Código de Processo Penal comentado*, p. 231).

[719] "A competência do júri, todavia, será prorrogada a outras infrações, sempre que qualquer delas estiver em *conexão* ou em *continência* com um ou mais dos já aludidos crimes dolosos contra a vida. É que a conexão e a continência importam unidade de processo e julgamento e, por força do art. 78, I, do Cód. de Proc. Penal, o júri é *prevalente*, isto é, ele atrai para sua órbita as infrações que, originariamente, não estavam compreendidas na sua competência" (BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal – de acordo com a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977*. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 249, grifo do autor).

competentes para a análise dos crimes conexos ou continentes enunciados na pronúncia. O que se veda, peremptoriamente, por via oblíqua, é o julgamento do crime doloso contra a vida por um tribunal que não seja o júri, com as ressalvas legais supramencionadas[720].

No que diz respeito às infrações penais dolosas contra a vida, tendo a mulher como vítima, muito embora estejam instituídos os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher[721], deve prevalecer a sistemática da competência constitucional do Tribunal do Júri, não se admitindo sua supressão em prol de preceito de ordem infraconstitucional, ainda que contido em legislação especial.

Quando ficar comprovada a intenção do agente de, através de sua conduta, destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, configura-se o crime de genocídio[722]. Nessa modalidade delitiva o dolo do agente não é atingir vítimas individualizadas, mas o grupo a que pertença uma ou mais vítimas.

Conseguintemente entende o Supremo Tribunal Federal que ocorrendo concurso entre os crimes dolosos contra a vida e o crime de genocídio, a competência para julgá-los todos deve ser, por conexão[723], do Tribunal do Júri, não prevalecendo a competência desse tribunal no caso do cometimento do genocídio isoladamente[724].

---

[720] "A constituição proíbe a subtração do júri dos crimes dolosos contra a vida, porém não impede que outros crimes sejam julgados por ele, desde que a lei assim estabeleça. O que não pode haver é julgamento de crime doloso contra a vida por outro órgão que não o Tribunal do Júri" (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 197).

[721] Juizados previstos no corpo do artigo 1.º da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.

[722] Em conformidade com o artigo 1.º da Lei n. 2.889, de 1.º de outubro de 1956.
"O termo genocídio foi criado pelo polonês LEMKIN, em 1944. Alguns entendem que o vocábulo derive da palavra grega genos (raça, nação, tribo) e do sufixo latino cidio (matar). Outros entendem que a palavra provém de genus (raça, povo, nação) e excidium (destruição ruína). De qualquer sorte, verifica-se, pelas condutas descritas e pelo sentido etimológico, uma violenta discriminação" (SILVA et al., 2004, p. 320).

[723] Cf. RE 351.487/RR, rel. Min. Cezar Peluso, 03.08.2006.

[724] No sentido contrário: "quanto à competência, entendemos, nessa hipótese, que se trata de delito da alçada federal (art. 109, XI, CF), mas não de apreciação pelo juiz singular. Cabe ao Tribunal do Júri, a ser estruturado na órbita federal, julgar os delitos comuns dolosos contra a vida. O genocídio, em muitas situações, não passa de um homicídio coletivo, realizado com intenção específica de dizimar uma determinada população ou grupo. Em suma, o genocídio pode, perfeitamente, adaptar-se ao conceito de *crime doloso contra a vida*" (NUCCI, 2008, p. 37, grifo do autor).

CAPÍTULO III

O CONTROLE DA ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

SUMÁRIO: 3.1 Contextualização inicial – 3.2 A existência de uma etapa intermediária antecedente ao julgamento – 3.3 A instrução preparatória no ordenamento francês: 3.3.1 A investigação preliminar; 3.3.2 A instrução no processo penal francês; 3.3.3 A decisão que encerra a instrução – 3.4 A acusação no sistema processual penal espanhol: 3.4.1 Características do sistema misto; 3.4.2 A instrução preliminar (*sumario*); 3.4.3 A fase intermediária (*intermedia*); 3.4.4 A fase decisória (*juicio oral*); 3.4.5 Características do controle da admissibilidade da acusação – 3.5 A análise da acusação no direito processual penal italiano: 3.5.1 As investigações na fase preparatória (*indagini preliminari*); 3.5.2 As características da audiência preliminar (*l'udienza preliminare*); 3.5.3 A função essencial no controle da atividade acusatória – 3.6 O modelo inglês para o controle da admissibilidade da acusação: 3.6.1 Características da atividade de investigação e persecução criminal; 3.6.2 A audiência preliminar e o controle da acusação – 3.7 A acusação no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América: 3.7.1 O trabalho de investigação criminal e seu controle; 3.7.2 A formalização da acusação no processo penal; 3.7.3 Providências judiciais – 3.8 O controle da admissibilidade acusatória no direito português: 3.8.1 Das fases preliminares: o inquérito; 3.8.2 Os atos de instrução; 3.8.3 A decisão instrutória como um juízo sobre a acusação.

"Aos sacerdotes e anciãos judeus respondi não ser costume dos romanos entregarem algum homem à morte, sem que o acusado tenha presentes os seus acusadores e possa defender-se da acusação."

ATOS DOS APÓSTOLOS, CAPÍTULO 25, VERSÍCULO 16 – BÍBLIA SAGRADA

LUCAS, MÉDICO E EVANGELISTA (século I d.C.)

3.1 Contextualização inicial

A compreensão da grandeza histórica de um instituto, ato ou procedimento se torna mais completa quando olhares são lançados em alguns dos principais ordenamentos jurídicos existentes à guisa de apreender a dimensão, forma e aplicabilidade dos mesmos.

Para tanto, tem-se o direito comparado, um dos ramos da ciência jurídica que possui a finalidade de analisar os pontos de divergência e convergência entre determinados sistemas jurídicos[725] de Estados diversos, propiciando, ao final, uma verdadeira comparação entre tais sistemas.

Tendo sua origem ainda desconhecida, sabe-se que o direito comparado serviu como uma poderosa ferramenta de estudos para Aristóteles, quando de suas reflexões sobre a política; para Sólon, ao estatuir dispositivos nas legislações atenienses e, de um modo geral, para os romanos, estudiosos das legislações gregas com vistas ao aprimoramento das leis romanas.

O entendimento da concepção e do funcionamento de um determinado sistema jurídico proporciona ampliar outros sistemas, desenvolver mecanismos de abordagem do direito de modo mais racional, viabilizar estruturas lógicas de funcionamento, além de afastar inconsistências, analisando sempre o contexto histórico ou filosófico do direito[726].

Há que se observar ainda que a comparação entre sistemas jurídicos[727] tem uma finalidade peculiar: a de realizar o exame transcultural. No âmbito do presente trabalho essa dinâmica é utilizada para estudar não só as dimensões que envolvem a estrutura do processo[728] como também a pluralidade de sentidos atribuída ao processo penal, com destaque aos sentidos sociológico, positivista e clássico[729].

---

725 "Na medida que cresce o grau de civilização de um Estado, seu Direito torna-se mais requintado e multiplicam-se os esteriótipos. Os sistemas jurídicos então afirmam-se como realizadores de uma eficiente justiça material, guardiã do compromisso de segurança" (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, v. I, p. 110).

726 Daí "as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional" (DAVID, 1996, p. 3).

727 Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.

728 "A palavra processo deriva do latim *procedere*, *processus*: caminhar para frente, ir para diante. Corresponde, no sentido etimológico mais rigoroso da palavra, à ideia de um conjunto de actos que se seguem uns aos outros, segundo uma certa ordem, numa marcha ordenada para um certo fim" (SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, v. III, p. 9).

729 "La clásica, de BECCARIA, MONTESQUIEU y VOLTAIRE con su idea de la pena como precio de la libertad; la positivista de Garofalo; la sociológico funcionalista de DURKHEIM y la del etiquetamiento" (HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales comparados*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1999, p. 38).

3.2 A existência de uma etapa intermediária antecedente ao julgamento

A sistemática que envolve o direito comparado permite que características gerais dos ordenamentos jurídicos sejam confrontadas a fim de que possa entender-se o funcionamento dessas estruturas ao longo do tempo e, também, apreender o grau de complexidade que envolve a prestação jurisdicional de cada qual em sua extensão.

Nos sistemas jurídicos de grande parte dos países da Europa e nos Estados Unidos da América, percebe-se a predominância de um procedimento mais abrangente (procedimento comum) para os crimes mais graves ou para aqueles que revelam uma especial complexidade[730]. Nota-se, também, a existência de uma diversidade de elementos formadores de tais sistemas[731].

É uníssono que nesses ordenamentos sempre há uma etapa inicial em que são levantados os elementos probatórios destinados à formação da culpa do acusado para que, posteriormente, sejam remetidos a um juízo que deve realizar a avaliação desses elementos e decidir quanto à admissibilidade da culpa daquele.

Observa-se, também, que em tais sistemas de apuração da culpabilidade do acusado, antes de remetê-lo a julgamento há uma fase procedimental, geralmente intermediária, que tem por principal tarefa realizar o controle da acusação (admissibilidade da culpa), abrindo espaço para que seja realizada sua defesa e que um conjunto probatório eficiente seja levantado, em homenagem ao princípio da igualdade entre as partes ou da paridade de armas.

---

730 "Nos países da Europa continental, o procedimento ordinário é normalmente marcado por três fases: a investigativa, a intermediária e a de julgamento" (FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78).

731 "Os diversos direitos exprimem-se em múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e são feitos para sociedades cujas estruturas, crenças e costumes são muito variados [...] A multiplicidade dos direitos é um fato [...] Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito" (DAVID, 1996, p. 15).

Essa fase intermediária, com maior ou menor rigor procedimental ou complexidade, a exemplo da fase investigatória, comumente tem a intervenção da defesa[732]. Tal etapa definitivamente cunha os diversos sistemas de processo penal de características peculiares, atreladas à marca do pensamento político e da historicidade da formação das regras processuais nesses países, verificando-se em variável escala a aplicação das garantias fundamentais do Estado de Direito.

3.3 A instrução preparatória no ordenamento francês

Na França a legislação processual penal, em especial seu Código de Processo, adotado por meio de decreto, remonta ao final da década de 50, época do pós Segunda Guerra Mundial, em que as diversas sociedades atingidas por esse conflito iniciaram sua reconstrução. Ao lado dessa legislação encontra-se em vigor, desde 1978, o Código de Organização Judiciária, o qual reúne regras de todas as jurisdições, sendo invocado de modo subsidiário[733].

Um marco importante no sistema francês foi a ratificação da Convenção Européia de Direitos do Homem e dos Pactos da ONU, fato este que alterou significativamente a forma de interpretar e aplicar o direito processual penal na França, ampliando os direitos e as garantias individuais do acusado, fazendo com que fossem observadas normas de ampla defesa processual e liberdade na produção

---

[732] "Terminada a investigação, o Ministério Público formula acusação formal ou requer fundamentadamente a instrução preparatória. Começa a segunda etapa, que é encerrada com o juízo de admissibilidade a respeito da proposta acusatória. Admitida a existência de base suficiente para a acusação, profere-se decisão semelhante à de pronúncia do sistema brasileiro. A participação da defesa nas fases de investigação e preparatória foi paulatinamente ampliada. Eram secretas, mas essa situação alterou-se, encurtando-se o tempo em que a polícia podia manter a investigação em sigilo, passando-se a admitir o conhecimento dos autos da investigação ou da instrução preparatória pela defesa e a sua atuação nessas etapas. [...] Durante a fase intermediária, podem ser propostos meios de prova, o imputado pode discutir o fundamento da acusação e debater a qualificação do fato. Dessa forma, proporciona-se um momento para a reação defensiva do imputado, antes de ser acolhida a proposta acusatória e de ser o caso encaminhado a julgamento" (FERNANDES, *A reação defensiva à imputação*, 2002, p. 79).

[733] "Le Code actuel est lê ***Code de procédure pénale* (1958)**, qui s'est efforcé de synthétiser les différents courants. Il existe aussi un '*Code de l'Organisation judiciaire*' (1978), qui rassemble dês règles concernant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, renvoie souvent, pour les juridictions pénales, au *Code de procédure pénale*" (LARGUIER, Jean. *Procédure pénale*. 16. ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 1, grifo do autor).

da prova, mantendo, no entanto, a instrução criminal como um procedimento inquisitorial[734].

Indubitavelmente essa ampliação no trato dos direitos e garantias individuais faz com que o conteúdo do processo penal francês[735] esteja, historicamente, preocupado com a defesa dos interesses da sociedade e também com a proteção das liberdades individuais, apesar das grandes dificuldades em sua aplicação prática[736].

Assim que uma infração é cometida, o sistema francês prevê a necessidade de uma constatação judicial. Essa missão fica a cargo da polícia judiciária da circunscrição onde a infração foi cometida. Sendo decidido pela propositura da ação penal pública, em alguns casos se faz necessário o procedimento da instrução preparatória antes do julgamento propriamente dito[737].

3.3.1 A investigação preliminar

A investigação preliminar na França (*enquête préliminaire*)[738] apresenta o desiderato de reunir informações que possam servir de base ao órgão de persecução para decidir acerca da propositura da ação penal. Essa investigação é marcadamente inquisitorial e fundamentalmente caracterizada por ser um procedimento secreto e

---

734 "L'instruction est une procédure de type inquisitoire, à savoir: secrete, écrite et non contraditoire" (FRANCHIMONT, Michel; JACOBS, Ann; MASSET, Adrien. *Manuel de Procédure Pénale*. Liège: Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1989, p. 272).

735 "O processo penal francês, abeberado em fontes germânicas, foi a princípio acusatório, com oralidade, publicidade e contraditoriedade. [...] O processo penal francês é actualmente de tipo misto" (NETTO, Evandro Muniz. *Conceito do processo penal*. Recife: Imprensa Oficial, 1955, p. 119-120).

736 "Mais les difficultés d'application sont grandes. Il faut em effet (solution idéale): **protéger la société** en punissant tous les coupables; mais aussi **protéger la liberté individuelle** en ne punissant que les coupables. [...] L'historie de la procédure pénale est une oscilattion constante entre ces deux préoccupations" (LARGUIER, 1997, p. 1-2, grifo do autor).

737 Depois de se propor a ação penal pública "il faut dans certains cas proceder à une instruction préparatoire. Si la procédure continue, ou si l'instruction n'est pas nécessaire, se déroule ensuite la procédure de jugement. Et les problèmes de preuve se posent tout au long du cheminement du procès pénal" (Ibid., p. 40).

738 A investigação preliminar (*L'enquête préliminaire*) no *Code de procédure pénale* Francês está prevista no Livro I (*De l'exercise de l'action publique et de l'instruction*), Título II (*Des enquêtes et des controles d'identité*), Capítulo II (*De l'enquête préliminaire*), ao longo dos artigos 75 a 78.

sem a oitiva do suposto autor do ilícito penal, para preservar os atos investigatórios sem a interferência do suspeito ou de seu representante[739].

Essa etapa do processo penal francês possibilita a atuação tanto da polícia quanto do Ministério Público, reconhecidos como atores principais dessa fase. O Ministério Público, que possui a incumbência de propor a ação penal, realiza também intensa atividade de colheita e avaliação da suficiência das provas, fiscalizando a atividade policial e, principalmente, analisando a oportunidade da propositura da ação penal.

A polícia, por seu turno, conduz a investigação e zela pela preservação das informações que podem fundamentar uma futura ação penal tendo, para tanto, poderes coercitivos quando dos casos de flagrante delito. Com a investigação concluída, cabe à polícia enviar os autos formados nessa fase preliminar ao Procurador da República (*Procureur de la Republique*), este que é o Chefe de toda a polícia judiciária.

Nesse sistema as funções da polícia estão divididas em dois eixos. Por um lado, cabe à polícia administrativa (*police administrative*) o papel preventivo, para reduzir a escalada das infrações penais. Do outro, compete à polícia judiciária (*police judiciaire*)[740] o papel de atuar após a ocorrência das infrações penais, bem como, também executar as delegações das jurisdições da fase instrutória na busca de provas da materialidade delitiva, executando os atos de investigação para a elucidação dos fatos[741].

---

739 "L'information est l'ensemble d'actes et de mesures destines à rassembler les matériaux nécessaires à l'exercise de l'action publique. Avant de décider s'il exercera ou non l'action publique, lê ministère public doit disposer de renseignements pour savoir s'il est raisonnable, utile ou même opportun d'intenter cette action publique. L'information est donc cette phase préliminaire du procès penal qui a pour objet les moyens d'investigation dont usent la police judiciaire et le parquet pour s'éclairer sur la portée des faits dont ils ont connaissance" (LARGUIER, 1997, p. 199-200).

740 A polícia judiciária francesa age sob a supervisão do Procurador da República (*procureur de la Republique*) e está regulamentada na redação dos artigos 12 a 29 do Código de Processo Penal (*Code de procédure pénale*).

741 "Le rôle de la police judiciaire commence ou finit celui de la police administrative, et finit, sauf commission rogatoire, ou commence celui de l'instruction. [...] La police judiciaire est exercée *sous la direction du procureur de la Republique*, placée *sous la surveillance du procureur general*" (LANGUIER, 1997, p. 41, grifo do autor).

3.3.2 A instrução no processo penal francês

O Código de Instrução Criminal (*Code d'instruction criminelle*), de 27 de novembro de 1808[742], utilizava a palavra *information* (informação) para nomear o procedimento de instrução. O *Code de procédure pénale*, em vigor desde 1958, adotou a nomenclatura *instruction*, no seu Livro I (*De l'exercice de l'action publique et de l'instruction*)[743].

A fase da instrução (*l'instruction*)[744] tem como principal desiderato conduzir o caso a julgamento por um juízo competente. Para que tal ocorra, há nessa fase a avaliação do conjunto probatório obtido na fase de investigação preliminar (*enquête préliminaire*) tendente à formação da convicção para a decisão quanto à admissibilidade da culpa[745]. A fase instrutória é obrigatória quando houver a prática de crimes e facultativa nas hipóteses de contravenções, cabendo ao Procurador da República requerer[746] sua instauração.

Esse procedimento técnico é, em geral, mais detalhado e, pela quantidade de atos possíveis de serem desenvolvidos, demanda um tempo maior para que seu término seja atingido, muito embora, não contenha muitos formalismos em sua natureza. Tal procedimento sempre é aplicável aos crimes de maior gravidade e

---

742 Nota-se que "muitas formas foram absorvidas pelo *Côde d'instruction criminelle* de 1808 – sobre o qual se moldou o processo penal de muitos Estados europeus – que adotou o sistema misto e acolheu aquela que se denominaria a 'fase sentimental' do sistema probatório" (GRINOVER, 1982, p. 40).

743 Cf. FRANCHIMONT et al., 1989, p. 200-201.

744 As regras específicas para a instrução criminal no processo penal francês estão arroladas ao longo do Título III (*Des juridictions d'instruction*), o qual está estruturado em duas partes: Capítulo I (*Du juge d'instruction: juridiction d'instruction Du premier degré*) – artigos 79 a 190 – e Capítulo II (*De la chambre de l'instruction: juridiction d'instruction du second degré*) – artigos 191 a 230.

745 O objetivo da instrução no processo penal francês é "o de buscar as provas do cometimento de uma infração, de descobrir o seu autor caso este seja desconhecido ou de verificar a justa causa para a imputação levada a efeito contra uma pessoa determinada. A *instrução* deverá permitir ao juiz decidir sobre o envio do caso a julgamento de mérito contra o investigado. A título complementar, e para preparar a determinação da pena, o juiz da *instrução* se obriga a compilar as investigações sobre a personalidade do acusado" (DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais da Europa*. Trad.: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 177, grifo do autor).

746 Artigo 79 do *Code de procédure pénale*. L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44.

também quando dos casos práticos em que o órgão do Ministério Público entender serem os crimes complexos e necessitarem desse procedimento instrutório[747].

Quando de sua primitiva adoção no Código de Instrução Criminal, a fase instrutória era predominantemente inquisitorial, escrita e não admitia o contraditório. Hodiernamente, com o *Code de procédure pénale*, em vigor desde 1958, a instrução criminal apresenta as seguintes características[748]:

a-) os atos são praticamente todos reduzidos a termo, exceto quanto aos debates que antecedem as decisões privativas de liberdade e, também, quando das sustentações orais na Câmara de Instrução;

b-) o contraditório já é admitido, como nos casos em que se formula a acusação contra um indivíduo e este deve exercer a ampla defesa; nos casos de requisitar do investigado o comparecimento para seu interrogatório ou para prestar informações e fornecer elementos de prova; em homenagem à busca da verdade, dentre outros atos;

c-) em princípio, continua sendo um procedimento secreto, no sentido de evitar a divulgação de dados ao público, em homenagem ao princípio da presunção de inocência. As partes, porém, possuem amplo acesso aos autos da instrução criminal[749].

Há de se notar que nessa fase atuam cinco principais sujeitos processuais, quais sejam: o juiz da instrução, responsável pela coordenação jurisdicional dos trabalhos da instrução; o Ministério Público, que determina os limites da investigação; o investigado, ao qual se assegura a ampla defesa; a vítima, representando e intervindo nos atos; e a Câmara de Instrução (ou de Acusação), a

---

747 "L'information s'est révélée dans la pratique être une procédure indispensable. Elle permet d'abord, de recueillir très rapidement et sans formalisme des renseignements au sujet des faits dont ont connaissance le parquet ou de la police judiciaire" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 201).

748 Cf. LARGUIER, 1997, p. 110-111.

749 Cf. FRANCHIMONT et al., 1989, p. 272-277.

qual exerce a jurisdição de controle e de retificação dos atos praticados pelo juiz na fase instrutória[750].

O juiz da instrução (*juge d'instruction*)[751] é o principal responsável pela condução dos trabalhos, apreciando as informações apresentadas pelo órgão do Ministério Público, a regularidade dos autos apresentados[752], sempre tendo em mente a vigência do princípio da independência funcional[753] no direito francês.

A instrução é um procedimento no qual o juiz pode colocar o investigado sob exame, indicando dessa forma uma preliminar acusação, assegurando-lhe alguns direitos específicos de tutela. Para que seja o suspeito investigado, deve o magistrado ouvi-lo, permitindo que seja assim realizada a ampla defesa nessa fase do procedimento[754].

O papel do juiz da instrução[755] é destacado no sistema processual francês porque cabe a ele, ao ser provocado pela vítima ou pelo Ministério Público, realizar a busca dos elementos de prova, orientando-se pelas alegações das partes, exercendo verdadeira função de investigação ao lado das funções jurisdicionais que possui[756], no intuito de buscar a verdade através do conjunto probatório[757], além de utilizar-se

---

750 Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 177.

751 A atividade do juiz da instrução (*juge d'instruction*) está regulamentada ao longo dos artigos 79 a 190 do Código de Processo Penal (*Code de procédure pénale*).

752 "Le juge d'instruction doit d'abord vérifier s'il est régulièrement saisi en la forme, notamment si lê réquisitoire introductif est bien signé et si les pièces sur lesquelles respose la poursuite sont jointes" (CHAMBON, Pierre. *Lê juge d'instruction: théorie et pratique de la procédure*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997, p. 369).

753 "C'est pourquoi le *príncipe* est l'**indépendance** du judge d'instruction (qui rassemble les preuves) à l'égard du procureur de la Republique (qui déclenche l'action). *Cependant*: Le juge d'instruction ne peut commencer l'instruction sans les **réquisitions** du ministère public (pour la clôture de l'instruction, existent des règles différentes)" (LANGUIER, 1997, p. 109, grifo do autor).

754 Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 178.

755 O juiz da instrução apresenta três características marcantes no sistema francês: inamovibilidade, independência funcional e atributos de um oficial de polícia judiciária porque tem ampla liberdade de buscar a prova para a descoberta da verdade dos fatos. Nesse sentido: FRANCHIMONT et al., 1989, p. 286-287.

756 Acerca da fase instrutória no direito francês é sabido que o juiz da instrução "exerce, às vezes, as funções de investigação (implicando no uso dos poderes para esta atividade) e as funções jurisdicionais, implicando, eventualmente, num poder de coerção. Ele exerce seus poderes investigativos pessoalmente ou por meio de um funcionário da polícia, requisitado em comissão" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 178).

757 "La mission du juge d'instruction est de rechercher la vérité. Il rassemble les preuves, tente de découvrir l'auteur de l'infraction, vérifie les alibis, etc. Sa mission prend fin lorsq'il estime avoir termine toutes les recherches possibles et nécessaires. Il n'as pas qualité pour apprécier les résultats de son instruction et la suíte qu'il convient de lui réserver" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 345).

dessa fase para realizar um verdadeiro saneamento no processo, retirando todas as nulidades que possam viciá-lo, enviando, ao final, os autos para o Procurador da República.

Essa metodologia adotada pelo Código de Processo Penal francês permite que essa fase de instrução seja entendida como uma fase de triagem, uma verdadeira etapa preliminar na qual o magistrado responsável por ela possa avaliar de modo pontual a procedência das investigações, decidindo livremente ao final pela continuidade ou não da causa. Em suma, o magistrado saneia o processo preparando-o para a fase de julgamento ou inibindo a inauguração desta[758].

Os poderes instrutórios do juiz da instrução são fiscalizados pela Câmara de Instrução (*Chambre de l'Instruction*)[759], esta que possui um amplo poder de controle e de retificação dos atos decisórios do juiz, principalmente no que diz respeito às decisões quanto à privação da liberdade do investigado[760]. Esse mecanismo indica o funcionamento de uma estrutura que age como um juízo de segundo grau da fase instrutória[761].

A Câmara de Instrução exerce papel fundamental no controle da atividade judicial no término da fase instrutória ao se manifestar quanto ao prosseguimento da ação penal, avaliando, segundo o princípio do livre convencimento, se o arcabouço de provas constantes nos autos é suficiente para conduzir o investigado a julgamento.

---

758 No que toca à jurisdição de instrução tem-se que "les poursuites pénales causent inévitablement un tort irréparable au prévenu et cela même s'il est acquitté. [...] Les jurisdictions d'instruction servente en quelque sorte de 'gares de triage': elles ne renvoient devant les jurisdictions de fond que les affaires dans lesquelles il y a des charges sérieuses et graves, évitant ainsi les conséquences de poursuites injustifiées" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 348).

759 A Câmara de Instrução (*Chambre de l'instruction*) tem previsão expressa no corpo dos artigos 191 a 230 do Código de Processo Penal (*Code de procédure pénale*).

760 Acerca do controle da *Chambre de l'instruction*: "Como uma jurisdição de supervisão [...] a Câmara de Instrução apenas intervém nas decisões do juiz de *instrução* e sob as decisões do juiz das liberdades e da detenção, seja pelo questionamento para anulação de um ato ou de uma decisão, ou seja, sobre a alegada inatividade do juiz de instrução. Quando uma destas hipóteses acontecer, desde que não se trate de um caso em que ocorra a custódia, a Câmara de Instrução tem o poder de avocar o caso e continuar na *instrução* ela mesma (artigos 207 e 221 – 12, do Código de Processo Penal)" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 181, grifo do autor).

761 "Comme juridiction d'appel à l'égard des ordonnances du juge d'instruction" (LARGUIER, 1997, p. 153).

3.3.3 A decisão que encerra a instrução

Estando a fase instrutória devidamente segura com os elementos de prova e devidamente regularizada[762], o magistrado determina que devam ser notificadas as partes e os seus respectivos advogados para que tomem conhecimento da decisão de seguir ou não com o feito, transmitindo ao final as peças ao Procurador da República[763] para as providências pertinentes[764].

Note-se que a tarefa do juiz da instrução é zelar pela regularidade processual e também para que sejam sanadas eventuais irregularidades ou vícios processuais, possibilitando um arcabouço de provas consistente para possibilitar a decisão quanto a condução do acusado para julgamento ou não.

Nessa etapa do procedimento o magistrado da instrução delibera sobre a admissibilidade ou não da ação pública[765], exercendo sua jurisdição por intermédio das *ordonnances de règlement*, previstas na redação dos artigos 175 a 184 do *Code de procédure pénale* francês. Essas ordens regulamentares (*ordonnances de règlement*), também denominadas de *ordonance de clôture* (ordens de encerramento), marcam o final do procedimento instrutório (*l'information*).

As *ordonnances* são decisões do magistrado que permitem a junção ou não de procedimentos, após a reunião das provas, decidindo acerca da continuidade do processamento da causa. Caso o magistrado decida pelo não prosseguimento do feito, porque concluiu que não restaram provados o fato, a autoria ou que falta a

---

762 "La mission des juridcitions d'instruction est de régler la procédure, c'est-à-dire d'apprécier les mérites de l'instruction et de décider de la suite à donner à une affaire" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 347).

763 "En matière criminelle toutefois, le juge d'instruction ne fait que transmettre les pièces de la procédure au procureur general; c'est la chambre d'accusation qui opère la mise en accusation" (CHAMBON, 1997, p. 368).

764 "Quatre solutions s'offrent au procureur du Roi: le classement sans suite, la citation directe devant la juridiction de jugement (délit et contravention), la saisine du juge d'instruction par le réquisitoire aux fins d'informer ou le réquisitoire de disqualification et de renvoi saissinant le juge d'instruction pour rapport et la chambre du conseil pour règlement de la procédure" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 251).

765 "Le juge d'instruction a qualité pour statuer sur la recevabilité de l'action publique. Cet examen est préablable à la procédure: il ne servirait à rien d'instruire, si certaines causes dès à présent suspendent le cours de l'action publique ou en opèrent l'extinction" (CHAMBON, 1997, p. 370).

justa causa para a ação penal, então prolata a *ordonnance de non lieu*[766], declarando que não há motivos para o Estado prosseguir no processamento da ação penal contra o investigado.

Ao declarar que não há como prosseguir na acusação, através das *ordonnances de non-lieu*, o magistrado pode valer-se tanto dos motivos de fato como de direito[767] para fundamentar sua decisão com base em elementos seguros de prova.

O juiz da instrução pode desclassificar a tipificação para uma outra, caso em que não pode utilizar a expressão de *non-lieu à suivre*. Nesse caso, cabe ao magistrado encaminhar os autos para a polícia judiciária para que promova novas investigações a fim de esclarecer dúvidas para posterior decisão quanto ao andamento da causa.

Por outro lado, quando o magistrado da instrução é convencido de que há provas suficientes nos autos para conduzir a julgamento do investigado, prolata a *ordonnance de renvoi*[768]. Dessa forma, os autos são encaminhados para o juízo competente de acordo com a espécie de infração penal que está sendo julgada. Quando os fatos constituírem contravenções penais, os autos são remetidos para o *Tribunal de Police*[769].

---

766 Artigo 177 do *Code de procédure pénale* (com redação ditada pela Lei n. 174, de 25/02/2008). Si le juge d'instruction estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen, il déclare, par une ordonnance, qu'il n'y a lieu à suivre. Lorsque l'ordonnance de non-lieu est motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par les articles 122-2,122-3,122-4,122-5 et 122-7 du code pénal ou par le décès de la personne mise en examen, elle précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés. Les personnes mises en examen qui sont provisoirement détenues sont mises en liberté. L'ordonnance met fin au contrôle judiciaire. Le juge d'instruction statue par la même ordonnance sur la restitution des objets placés sous main de justice. Il peut refuser la restitution lorsque celle-ci présente un danger pour les personnes ou les biens. La décision relative à la restitution peut être déférée, par tout personne qui y a intérêt, à la chambre de l'instruction dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article 99.

767 "L'ordonnance de non-lieu est motivée en fait ou en droit. Elle est motivée en fait lorsque l'infraction n'est pas materiellment établie, ou lorsque son auteur est demeuré inconnu ou n'a pu être suffisiamment identifié, ou lorsqu'il n'y a pas charges suffisantes que l'inculpé en soit l'auteur. L'ordonnance est motivée en droit lorsque les faits, à les supposer démontrés, n'admettent aucune qualification pénale ou encore [...], lorsqu'il existe une cause d'extinction de l'action publique ou une cause de non-culpabilité, telle que la démence, la contrainte, la legitime défense" (CHAMBON, 1997, p. 386).

768 Cf. FRANCHIMONT et al., 1989, p. 362-367.

769 Artigo 178 do *Code de procédure pénale* (com redação ditada pela Lei n. 47, de 26/01/2005). Si le juge estime que les faits constituent une contravention, il prononce, par ordonnance, le renvoi de l'affaire devant le tribunal de police ou devant la juridiction de proximité. Lorsqu'elle est devenue définitive, cette ordonnance couvre, s'il en existe, les vices de la procédure.

A causa é remetida para o *Tribunal Correctionnel* quando os fatos que estão classificados como delitos penais[770]. E para a *Cour d'assises* ou escabinado[771], quando os fatos são previstos como crimes de maior gravidade ou complexidade[772]. No caso do investigado ser menor de idade os autos são encaminhados para o *Tribunal pour enfants*.

---

[770] Artigo 179 do *Code de procédure pénale* (com redação ditada pela Lei n. 291, de 05/03/2007). Si le juge estime que les faits constituent un délit, il prononce, par ordonnance, le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel. Cette ordonnance précise, s'il y a lieu, que le prévenu bénéficie des dispositions de l'article 132-78 du code pénal. L'ordonnance de règlement met fin à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire. S'il a été décerné, le mandat d'arrêt conserve sa force exécutoire; s'ils ont été décernés, les mandats d'amener ou de recherche cessent de pouvoir recevoir exécution, sans préjudice de la possibilité pour le juge d'instruction de délivrer un mandat d'arrêt contre le prévenu. Toutefois, le juge d'instruction peut, par ordonnance distincte spécialement motivée, maintenir le prévenu en détention ou sous contrôle judiciaire jusqu'à sa comparution devant le tribunal. L'ordonnance de maintien en détention provisoire est motivée par référence aux 2.°, 4.°, 5.° et 6.° de l'article 144. Le prévenu en détention est immédiatement remis en liberté si le tribunal correctionnel n'a pas commencé à examiner au fond à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date de l'ordonnance de renvoi. Toutefois, si l'audience sur le fond ne peut se tenir avant l'expiration de ce délai, le tribunal peut, à titre exceptionnel, par une décision mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire, ordonner la prolongation de la détention pour une nouvelle durée de deux mois. La comparution personnelle du prévenu est de droit si lui-même ou son avocat en font la demande. Cette décision peut être renouvelée une fois dans les mêmes formes. Si le prévenu n'a toujours pas été jugé à l'issue de cette nouvelle prolongation, il est remis immédiatement en liberté. Lorsqu'elle est devenue définitive, l'ordonnance mentionnée au premier alinéa couvre, s'il en existe, les vices de la procédure.

[771] O escabinado é um tribunal que pode ser composto por um colegiado de juízes profissionais ou pelo Júri. Nesse sentido: DELMAS-MARTY, 2005, p. 172.

[772] Artigo 181 do *Code de procédure pénale* (com redação ditada pela Lei n. 204, de 09/03/2004). Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises. Il peut également saisir cette juridiction des infractions connexes. L'ordonnance de mise en accusation contient, à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des fait, objet de l'accusation, et précise l'identité de l'accusé. Elle précise également, s'il y a lieu, que l'accusé bénéficie des dispositions de l'article 132-78 du code pénal. Lorsqu'elle est devenue définitive, l'ordonnance de mise en accusation couvre, s'il en existe, les vices de la procédure. Le contrôle judiciaire dont fait l'objet l'accusé continue à produire ses effets. La détention provisoire ou le contrôle judiciaire des personnes renvoyées pour délit connexe prend fin, sauf s'il est fait application des dispositions du troisième alinéa de l'article 179. Le délai prévu par le quatrième alinéa de l'article 179 est alors porté à six mois. Si l'accusé est placé en détention provisoire, le mandat de dépôt décerné contre lui conserve sa force exécutoire et l'intéressé reste détenu jusqu'à son jugement par la cour d'assises, sous réserve des dispositions des deux alinéas suivants et de l'article 148-1. S'il a été décerné, le mandat d'arrêt conserve sa force exécutoire ; s'ils ont été décernés, les mandats d'amener ou de recherche cessent de pouvoir recevoir exécution, sans préjudice de la possibilité pour le juge d'instruction de délivrer mandat d'arrêt contre l'accusé. L'accusé détenu en raison des faits pour lesquels il est renvoyé devant la cour d'assises est immédiatement remis en liberté s'il n'a pas comparu devant celle-ci à l'expiration d'un délai d'un an à compter soit de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive s'il était alors détenu, soit de la date à laquelle il a été ultérieurement placé en détention provisoire. Toutefois, si l'audience sur le fond ne peut débuter avant l'expiration de ce délai, la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, par une décision rendue conformément à l'article 144 et mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire, ordonner la prolongation de la détention provisoire pour une nouvelle durée de six mois. La comparution de l'accusé est de droit si lui-même ou son avocat en font la demande. Cette prolongation peut être renouvelée une fois dans les mêmes formes. Si l'accusé n'a pas comparu devant la cour d'assises à l'issue de cette nouvelle prolongation, il est immédiatement remis en liberté. Le juge d'instruction transmet le dossier avec son ordonnance au procureur de la République. Celui-ci est tenu de l'envoyer sans retard au greffe de la cour d'assises. Les pièces à conviction, dont il est dressé état, sont transmises au greffe de la cour d'assises si celle-ci siège dans un autre tribunal que celui du juge d'instruction.

As *ordonnances de renvoi* funcionam no processo penal francês como uma decisão que termina a fase instrutória, com o envio das peças dos autos para o Procurador da República[773], o qual decide acerca da formalização da denúncia e consequente julgamento do investigado no juízo competente[774]. Serve como um filtro que reúne as provas, saneando o processo, além de congregar um juízo deliberativo acerca da culpabilidade do sujeito investigado nessa fase.

Dessa forma, ao prolatar a *ordonnance de renvoi*, o juiz da instrução analisa a conveniência de se dar continuidade à persecução criminal, deliberando sobre as despesas processuais e enviando o investigado à jurisdição competente para o seu julgamento (*juridiction de jugement*).

Por ter-se convencido de que há provas suficientes da infração penal que justifiquem uma apreciação mais detida do corpo probatório e com uma consequente sentença final[775]. Através das *ordonnances de renvoi* o Estado-Juiz exerce o seu controle sobre a acusação formulada, nos moldes do modelo do processo penal francês.

3.4 A acusação no sistema processual penal espanhol

A história do processo penal na Espanha é marcada notadamente pela grande influência de fatores sociais, culturais e políticos, consubstanciando na marcante existência de três sistemas, os quais se sucedem em ordem cronológica, a saber: o sistema acusatório, o inquisitivo e o misto.

---

773 "Dans les poursuites criminelles, le juge d'instruction n'opere pas lui-même le renvoi devant la cour d'assises. Celui-ci se fait en deux temps. Le juge d'instruction ne fait que transmettre par son ordonnance le dossier de la procédure au procureur général, qui saisit la chambre d'accusation" (CHAMBON, 1997, p. 390).

774 Cf. artigo 181 do *Code de procédure penal*.

775 "Le rôle des jurisdictions d'instruction [...] statuent sur des charges et examinent s'il y a lieu à mise en jugement. Elles règlent donc le sort de la poursuite. Le renvoi devant la juridiction de jugement ne constitue pas par conséquent une condamnation de ores et déjà acquise" (FRANCHIMONT et al., 1989, p. 349).

O sistema acusatório, registrado como marco inicial do processo penal espanhol remonta à Espanha primitiva, marcada pela presença de vários povos (celtas, lusos, dentre outros) e culturas muito distintas, atravessando o período de grande influência romana (entre 218 e 193 a.C.), para atingir a Espanha medieval (com destaque para o início do século XIII)[776].

Em tal sistema, qualquer pessoa do povo possuía o direito de acusar e, para tanto, deveria submeter a acusação formulada (*nominis delatio*) ao crivo de um órgão do Estado (*postulatio*) que exercia a jurisdição e submetia a questão para a decisão final do jurado. Assim, numa única instância era decidida a causa[777].

Na segunda fase do processo penal espanhol, predominante entre o final do século XII e o século XIX, o sistema adotado foi o inquisitivo, com características herdadas do Direito Canônico. Nesse sistema o juiz atuava de ofício num processo escrito, com instrução secreta e não sendo admitido o contraditório. O juiz avaliava a prova por meio do sistema legal, pelo qual cada modalidade probatória possuía um valor ou referência na lei. Ficava instituída a segunda instância como órgão recursal.

Em vigência desde 17 de setembro de 1882 na Espanha, sob forte influência da Revolução Francesa[778] e contando com sucessivas alterações legislativas, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* é a codificação que estabelece as regras para o ajuizamento das causas criminais[779] e para as garantias do processo penal, com preceitos dispostos nos seus sete livros. Nesse diploma legal foi adotado o sistema processual misto, terceira e última etapa do desenvolvimento histórico do processo penal na

---

776 Cf. BARRA, Eladio Escusol. *Manual de Derecho Procesal-Penal*. Madri: Colex, 1993, p. 193.

777 Ibid., p. 198.

778 "Con el advenimiento de la Revolución Francesa y la instauración del proceso penal moderno, el principio inquisitivo quedará reducido a la fase instructora [...], en la que el MF asumirá, en mayoría de los países europeos, el monopolio de la acción penal (o principio da oficialidad), com las solas excepciones de Ingalterra y España, que conocen la acción popular y Austria y Portugal que instauran la acción penal 'adhesiva' del ofendido" (SENDRA, Vicente Gimento; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madri: COLEX, 1999, p. 77).

779 "La L.e.cr. lo que hace es entrar directamente en la regulación de las diversas fases que lo componen: instrucción sumaria, fase intermedia y plenario (con el juicio oral)" (HEREDIA, Eduardo Gutierrez de Cabiedes y Fernandez; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Penal*. Madri: Editorial Tecnos, 1976, p. 266).

Espanha, demonstrando a sintonia desse ordenamento jurídico com os anseios de um sistema garantista de direitos[780].

A par dessa opção legislativa pelo sistema misto, várias são as garantias fundamentais intimamente ligadas ao processo penal estabelecidas pela Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978[781]. O legislador constituinte assegurou a igualdade entre as partes no processo penal, o contraditório e a ampla defesa, o direito ao recurso em matéria penal, proibição da litigância de má-fé, o devido processo legal, a presunção de inocência, dentre outros[782].

3.4.1 Características do sistema misto

A opção pelo sistema misto pode ser vislumbrada ao longo da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* na Espanha, que revela duas fases dessa modalidade de processo penal. Por um lado, a primeira fase é a intitulada *instrução criminal*[783]. Nesta, desenvolvem-se todos os atos atinentes às investigações do fato e do suposto autor do delito criminal. Nesse ordenamento, destaca-se por apresentar contraditório mitigado, permitindo somente a defesa restrita em relação às provas produzidas até então, em homenagem à celeridade e à concentração dos atos.

---

780 "Pero en el proceso se prevé además la necesidad de dictar resoluciones que, al efecto procesal próprio, unen uma función de garantía para el imputado, mediante un juicio que recae sobre toda la material procesal; se enjuicia no tanto una materia del proceso, cuanto todo el proceso. [...] El juicio que precede a estas resoluciones recibe el nombre de *enjuiciamiento*, que se lleva a cabo plenamente antes de la sentencia definitiva, pero que tiene efecto también en otras fases del proceso, en íntima relación" (FENECH, Miguel; *El proceso penal*. 3. ed. Madri: AGESA, 1978, p. 279, grifo do autor).

781 Cf. MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El Proceso Penal – Segunda lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 5-6.

782 "El derecho a un proceso con todas las garantías aparece expressamente recogido en el art. 24.2 CE. La función que a este precepto constitucional Le ha otorgado la jurisprudencia del TC es, permítasenos la expresión, la de erigirse en una especie de 'cajón de sastre' en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no puedan ser subsumidos en los demás derechos del art. 24 y muy especialmente en los derechos a la tutela, de defensa y a la presunción de inocencia" (SENDRA et al., 1999, p. 73).

783 "En el proceso instructorio se llevan a cabo dos tipos de enjuiciamiento, a saber, el verificado dentro del mismo sumario para determinar la existencia o inexistencia de indicios racionales de criminalidad, y el que tiene por objeto el sumario ya terminado, para determinar si debe pasarse a la fase posterior o proceso decisório" (FENECH, 1978, p. 279).

A segunda fase corresponde a do julgamento, a qual se inicia pela acusação formalizada pelo Ministério Fiscal (ação pública)[784] ou pelo particular[785] (ação popular)[786], desenvolve-se por meio dos princípios da ampla defesa e do contraditório, as provas são concentradas e o magistrado pode livremente avaliá-las.

O processo penal na Espanha segue a orientação do procedimento comum para os crimes aos quais não se arregimenta ritos especiais[787]. Dessa forma, tem-se o seguinte:

a-) procedimento abreviado[788], em regra para os delitos apenados com penas privativas de liberdade até nove anos[789] ou não superior à *prisión mayor*[790];

b-) procedimento para o ajuizamento rápido de determinados delitos[791] como roubo, furto, de trânsito, dano, contra a saúde pública, entre outros;

---

[784] Artigo 124, item 1, da Constituição espanhola, de 29/12/1978. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

[785] Artigo 101 da Ley de Enjuiciamiento Criminal. La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.

[786] "Bien se señala que '[...] una de las peculiaridades del sistema procesal penal español estriba, cabalmente, en que se concede a todos [...] determinadas condiciones [...] un derecho al que se denomina legalmente acción' [...] Existe el 'derecho' de todos los ciudadanos a ejercitar la acción" (HENDLER, 1999, p. 71).

[787] "A nuestro entender, son procesos ordinários aquellos que, pensados para hipótesis generales, responden a un critério cuantitativo, cual es el de la gravedad de la pena con la que el delito está castigado en la ley sustantiva." (SANTOS, Andrés de La Oliva; et al. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces, 1995, p. 290).

[788] A Lei 38, de 24/10/2002, estabelece a "reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado".

[789] Artigo 757 da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

[790] Cf BARRA, 1993, p. 508.

[791] Artigo 101 da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial [...].

c-) procedimento comum, para os crimes de grande complexidade ou considerados graves, para os quais seja cominada pena privativa de liberdade, assim como, para os casos em que não há rito especial próprio[792];

d-) procedimento próprio, especial, com características singulares para o processamento das infrações penais da competência do Tribunal dos Jurados[793].

A Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, prevê na redação do seu artigo 125[794] a participação do cidadão no Tribunal de Jurados (*Tribunal del Jurado*), preceito em homenagem à liberdade e participação da população na administração da justiça penal.

No entanto, a regulamentação da matéria ocorreu em 22 de maio de 1995 através da Lei Orgânica n. 5. Este diploma legislativo regula o juízo por meio dos jurados e dá outras providências[795] concernentes aos julgamentos pelo Tribunal do Júri na Espanha.

O processo penal no sistema espanhol está internamente dividido em cinco fases: a que se refere à instrução preliminar, a fase intermediária (*intermedia*), a fase decisória, a impugnação da sentença e a fase de execução, das quais a etapa instrutória e a do juízo oral, por suas peculiaridades, têm despertado interesse maior por parte da bibliografia espanhola.

---

792 Por essa razão "el proceso por delitos graves sigue siendo el proceso común y que, será el aplicable, cualquiera que se ala pena del delito, a todos los procesos especiales que no tengan señalada una tramitación específica" (SANTOS et al., 1995, p. 292).

793 Percebe-se então que "el proceso ante el Tribunal del Jurado es de carácter especial en tanto no atiende a la gravedad de la pena sino al tipo de delito – si bien alguna de las particularidades de su procedimiento no están provocadas tanto por la naturaleza de las conductas enjuiciadas como por la intervención de los jurados" (Ibid., p. 291).

794 Artigo 125 da Constituição espanhola, de 29/12/1978. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

795 "El Juicio por Jurado, significa la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia (art. 125 de la Constitución). Falta la correspondiente norma legal que desarrolle el mandato constitucional" (BARRA, 1993, p. 200).

3.4.2 A instrução preliminar (*sumario*)

A instrução preliminar[796] recebe a denominação de *sumario*[797] quando do processo de delitos graves e nos processos sem rito especial[798]. É denominada de *diligências prévias* no caso dos procedimentos abreviados. A instrução é desencadeada a partir da *notitia criminis*[799], a qual é formada junto ao *auto de incoación*[800], peça que inaugura a fase.

Em regra, a instrução no processo penal espanhol é composta de atos escritos (embora existam atos que possam ser realizados oralmente), possuindo um juízo próprio (*juezo instructor*) para conduzir os trabalhos. As diligências são concentradas na tarefa de colher as provas para que sejam valoradas numa eventual etapa posterior (*juicio oral*)[801].

O desiderato fundamental dessa etapa no processo penal é o de preparar o juízo através da investigação do fato delitivo, decidir acerca das medidas cautelares no âmbito pessoal e patrimonial[802], evitando incursões infundadas ou arbitrárias, preparando a acusação e a defesa. É considerada uma fase obrigatória do processo penal, cuja duração pode ocorrer por um período não definido pela legislação,

---

796 A instrução está prevista na Ley de Enjuiciamiento Criminal, no seu Livro II (*Del sumario*), Título IV (*De la instrucción*), artigos 299 a 325.

797 "Una fase de *instrucción*, que tiene por objeto la recogida de las huellas del delito y todos los demás elementos que permitan fundar la acusación. Esta fase, de mayor o menor duración, según los casos, es en realidad una mera investigación o pesquisa con la finalidad de preparar el verdadero juicio penal. En la ley recibe por antonomasia el nombre de *sumario* y está acertadamente definida" (MÉNDEZ, 1991, p. 39, grifo do autor).

"La fase de instrucción está dirigida a determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a un juicio, es decir a la fase de juicio oral" (SENDRA et al., 1999, p. 335).

798 "La voz 'sumario', empleada, como ya hemos dicho, para designar la instrucción preliminar del proceso por delitos graves, es en realidad un adjetivo sustantivizado que indica el carácter abreviado que ha de presidir esta fase del proceso" (SANTOS et al., 1995, p. 302).

799 "La iniciación de la fase instructora se produce mediante la puesta en conocimiento ante el órgano jurisdiccional de una *notitia criminis* o sospcha de la comisión de una acción, que revista los caracteres del delito" (SENDRA et al., 1999, p. 289).

800 Cf. artigo 303 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

801 Cf. SENDRA et al., 1999, p. 337-338.

802 "La instrucción no supone sólo llevar a cabo actividades dirigidas a esclarecer el hecho, buscar al culpable y reunir el material probatorio para inculparlo – o excurpalo –, sino que, además, se verifica en esta fase una suerte de calificación o juicio sobre los hechos, aunque sea provisional" (SANTOS et al., 1995, p. 296).

contudo, necessário para a formação adequada das peças do sumário para fundamentar uma acusação[803]. Importante notar que a natureza preparatória do conteúdo sumarial demonstra que as diligências não são tratadas pela doutrina espanhola como provas no sentido técnico-processual, ou seja, aptas para afastar a presunção de inocência.

O sentido técnico empregado para as diligências realizadas na etapa da instrução preliminar é o de antecipar provas que, por suas peculiaridades, correm o risco de se perderem por ocasião da produção futura[804] quando do ajuizamento de uma futura demanda criminal[805].

O *Ministério Fiscal*, órgão de fiscalização da aplicação da lei na Espanha[806], além de poder realizar diligências investigatórias[807] fora do processo, atua na fase instrutória preliminar impulsionado pelos princípios da legalidade e da imparcialidade, requisitando diligências e medidas cautelares, recorrendo, dentre outras providências. O mesmo raciocínio se aplica ao seu assistente. No mais, cumpre-lhe a função de fiscalizar as garantias processuais do imputado e as disposições sobre a proteção aos direitos da vítima e dos prejudicados pelo delito[808], para que se executem os preceitos legais.

---

803 Dessa forma revela-se a "necessidad de una fase en la cual se prepare el material para los debates. Sería ocasionado a la confusión y estéril el proceso en el cual se entrase en los debates sin preparación" (FLORIAN, 1934, p. 227).

804 Cf. SANTOS et al., 1995, p. 302.

"En particular la instrucción preparatoria sirve para recoger elementos probatorios que el tiempo puede hacer desaparecer [...]. Tienen también por objeto poner en seguridad la persona del acusado en los casos especialmente graves" (FLORIAN, 1934, p. 228-229).

805 "Sólo si del enjuiciamiento se deduce la existencia de indicios racionales de criminalidad, la resolución es necesaria, ya que el Juez instructor, inmediatamente que estime aquella existencia, debe decretar el *procesamiento* de la persona en quien converjan los indicios de criminalidade (art. 384). Es precisamente en el procesamiento, como acto de resolución, donde el enjuiciamiento, como actividad intelectual, cobra vida y se materializa" (FENECH, 1978, p. 280, grifo do autor).

806 "El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado que tiene asignadas constitucionalmente las funciones de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interes público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independência de los tribunales y procurar ante éstos la satisvacción del interés social" (SENDRA et al., 1999, p. 242).

807"Es conveniente distinguir la instrucción preliminar, como fase procesal encomendada a los órganos juridiccionales, del conjunto de diligencias – no procesales – que pueden ser practicadas por la Policía Judicial y por el Ministerio Fiscal. [...] Durante el curso de la causa, practicarán las diligencias que les fueran encomendadas. [...] En otras palabras, el Ministerio Fiscal está autorizado para la realización de actos de investigación" (SANTOS et al., 1995, p. 300-301).

808 Cf. artigo 773 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Em relação à forma, os atos realizados no âmbito da instrução preliminar são escritos e, inicialmente, sigilosos[809] (até a abertura da fase do juízo oral) em relação ao público[810], em razão do duplo fundamento: preservar a intimidade do investigado e não prejudicar os trabalhos do órgão investigador[811]. A formação do sumário é da responsabilidade dos juízes da instrução, estes que atuam na instrução preliminar[812].

O término da instrução é atingido por meio do *auto de conclusión del sumario*[813], que revela um de dois resultados possíveis[814]: pode agregar todos os parâmetros necessários para que o órgão acusador fundamente sua pretensão punitiva ou, por outro lado, pode atestar a inconsistência de uma formalização acusatória por não reunir elementos de lastro para uma justa causa contra o acusado[815]. O auto de conclusão é enviado ao juízo competente para providências.

3.4.3 A fase intermediária (*intermedia*)

Uma vez concluída a fase da instrução (*sumario*)[816] e restada a comprovação da natureza e circunstâncias do fato, além de sua autoria, uma nova etapa no processo penal se deflagra: a fase intermediária (*intermédia*)[817], que recebe essa

---

809 Cf. FLORIAN, 1934, p. 229.

810 Cf. artigos 301 e 302 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

811 "El secreto sumarial tiene un doble fundamento: de un lado, se intenta proteger el honor y la intimidad del inculpado; de otro, impedir que el conocimiento de las actuaciones del órgano jurisdicional [...] dé al traste con la segura represión del delito" (SANTOS et al., 1995, p. 298).

812 Cf. artigo 303 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

813 Cf. artigos 622 e 623 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

814 Da conclusão do *sumario* espera-se "la decisión de que, a tenor de los materiales recogidos, no hay base para acusar a nadie (*sobreseimiento*) o la apertura del juicio oral" (MÉNDEZ, 1991, p. 39, grifo do autor).

815 Cf. SENDRA et al., 1999, p. 257-258.

816 "Resulta, pues, que el período intermedio como fase procesal comienza donde termina el sumario y acaba donde principia el juicio oral. Más técnicamente puede decirse que el período intermedio empieza inmediatamente después de ser dictado el auto de conclusión del sumario por el juez instructor y acaba con el auto de sobreseimiento o, por el contrario, de apertura del juicio oral" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 285).

817 "El segundo enjuiciamiento del sumario se realiza por el Tribunal cognitivo una vez el Instructor dé por concluso éste, luego de oír solamente a las partes acusadoras; para que este enjuiciamiento tenga lugar, existe entre las dos grandes fases del proceso penal, instructoria y decisória, un período que hemos llamado intermedio" (FENECH, 1978, p. 310).

"Es así que, a partir del dictado del auto de conclusión del sumario, se da inicio a la segunda etapa del proceso penal español, denominada por la doctrina, fase intermedia" (HENDLER, 1999, p. 97).

denominação por estar sistematicamente situada entre as fases da instrução e do juízo oral[818], muito embora, não conste textualmente na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* a nomenclatura dessa etapa do procedimento[819].

A par de todas as críticas que sofre por parte da doutrina espanhola[820], sobrevive essa etapa no processo penal espanhol com o fito de provocar o exame do órgão jurisdicional[821] e das partes quanto à regularidade da instrução, se o sumário está ou não bem concluído (aspectos formal e material), se é necessária a realização de novas diligências complementares e se estão presentes os pressupostos para se decretar aberta a fase do juízo oral ou, de outra banda, se a causa deve ser sobrestada[822].

Quando do procedimento ordinário, o juiz da instrução remete os autos do sumário para o juízo competente, responsável pela *intermedia*, diferentemente do procedimento abreviado, no qual o próprio juiz da instrução é o responsável pela intermediária.

Uma de três possibilidades pode ocorrer ao final desta fase do processo penal espanhol, quais sejam[823]:

a-) preparação para a abertura da etapa do julgamento (*juicio oral*), fase de plenário e decisória para a pretensão punitiva do Estado;

---

818 "Una vez dictado auto de conclusión del sumario, el Juez de Instrucción mandará remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito, y notificará dicho auto a las partes, emplazándolas para que comparezcan ante la respectiva Audiencia en el plazo de 10 días, o en el de 15 si el emplaziamiento fuera ante el Supremo" (SANTOS et al., 1995, p. 423).

819 Em respeito à nomenclatura *intermedia* "debe aclararse que éste es estrictamente doctrinal, pues la L.e.cr. no dedica ninguno de sus siete Libros a esta fase procesal, ni siquiera alguno de sus títulos, y así ocurre que las disposiciones propias del período intermedio están recogidas, junto con otras, en el penúltimo de los títulos del Libro dedicado al sumario" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 285).

820 "No se trata de una fase intermedia del proceso penal. Este lugar común en ciertos sectores doctrinales ha desnaturalizado la significación de la terminación de la instrucción, sobre todo porque la dogmática se ha elaborado en función del llamado por la LECr proceso ordinario [...]. Se trata simplesmente de examinar cómo puede concluir la instrucción del proceso penal, y cuales son las consecuencias o las expectativas que se abren en cada caso" (MÉNDEZ, 1991, p. 252).

821 Desse modo "actúa el órgano jurisdiccional, que no es otro que el tribunal decisor (normalmente una Sala o Sección de Audiencia Provincial)" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 286).

822 Os possíveis resultados são: "la revisión de la investigación y el control del procedimiento; la terminación del proceso penal sin juicio oral por sobreseimiento; la apertura del juicio oral" (MÉNDEZ, 1991, p. 252).

823 Cf. artigo 632 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Cf. HENDLER, 1999, p. 98.

b-) suspensão dos autos (*sobreseimiento*)[824], por verificar-se que não se encontram presentes os pressupostos para a abertura do juízo oral;

c-) revogação do sumário, ocasião em que os autos retornam para a providência de novas diligências ou sua complementação[825], por ser considerado insuficiente em razão da carência de provas no sentido da exata determinação dos pressupostos da tipicidade do fato ou no sentido de restar duvidoso o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado da atividade delituosa[826], ensejando novas providências de investigação.

Entendendo que não estão presentes os pressupostos necessários para que o processo seja conduzido à fase de julgamento (*juicio oral*), o juízo decreta o *sobreseimiento*[827]. Trata-se de ato decisório (*auto de sobreseimiento*), em caráter definitivo, que coloca termo ao processo, impedindo que o acusado seja levado a julgamento.

Tal ato é realizado, inicialmente, no âmbito do processo ordinário para delitos graves. Todavia, dada a sua natureza, aplica-se de modo subsidiário aos procedimentos *abreviado* e do *Tribunal del Jurado*. A competência para determinar o *sobreseimiento* é da *Audiencia Provincial*, quando do procedimento ordinário, do *Juez de Instrucción*, quando do procedimento *abreviado* e do *Tribunal del Jurado*[828].

---

[824] "El sobreseimiento, como su nombre indica, es una resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal, bien de una manera provisional o definitiva. [...] Se entiende por sobreseimiento la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada" (SENDRA et al., 1999, p. 563).

[825] "La *revocación* del auto de conclusión [...] puede venir determinada por la falta, inmotivada [...] de elementos materiales o personales necesarios para la decisión del proceso" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 288, grifo do autor).

[826] Cf. FENECH, 1978, p. 312.

[827] No que concerne aos fundamentos do *sobreseimiento* pode-se dizer que "es una importante resolución judicial que pone fin al procedimiento penal de manera definitiva (sobreseimiento libre) o que produce la suspensión del curso del proceso penal (sobreseimiento provisional). En uno y en otro caso, el sobreseimiento se produce por faltar los presupuestos necesarios para que pueda dictarse resolución de apertura del Juicio Oral contra determinada persona [...]. El fundamento del sobreseimiento está en la necesidad de no mantener abiertos indefinidamente los procesos penales que no puedan desembocar en el Plenario o Juicio Oral" (BARRA, 1993, p.433).
Cf. HENDLER, 1999, p. 98.

[828] Cf. SENDRA et al., 1999, p. 563-564.

Ao determinar o sobrestamento do feito, o juízo pode motivar tal ato com base:

a-) na atipicidade do fato, na ausência de indícios suficientes de autoria ou nas exceções de tipicidade e antijuridicidade[829]. Nessa esteira opera o *sobreseimiento libre*[830], que tem natureza jurídica de decisão absolutória, com força de coisa julgada material por impedir um segundo processo sobre os mesmos fatos em face da mesma pessoa[831];

b-) na falta de conexão causal entre a conduta do acusado e o resultado havido ou na insuficiência de elementos que atestem a ocorrência do fato criminal. Esse é o caso do *sobreseimiento provisional*[832], o qual possibilita a reabertura da fase instrutória[833], enquanto não extinta a culpabilidade do acusado ou prescrito o fato delitivo, se provas novas e substanciais surgirem após o ato decisório[834]. Trata-se de uma suspensão temporária do processo penal porque ausente algum elemento essencial para a prolação de uma futura sentença de mérito na fase do julgamento[835];

---

829 Cf. MÉNDEZ, 1991, p. 267.

830 Cf. artigo 637 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

831 O *sobreseimiento libre* "es equiparable a una sentencia absolutoria anticipada, por cuanto goza de todos los efectos materiales de la cosa juzgada, razón por la cual debe de estar minuciosamente motivado" (SENDRA et al., 1999, p. 565).

832 Cf. artigo 641 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
"Cuando el Tribunal estime que el resultado del sumario es insuficiente, no por falta de actividad en el Juez instructor, sino por causas objetivas, debe decretar el *sobreseimiento provisional*, siempre que alguna de las partes acusadoras no haya solicitado la apertura del juicio oral" (FENECH, 1978, p. 311, grifo do autor).

833 Especificamente, o *sobreseimiento provisional* produz os seguintes efeitos: "a) Provoca la suspensión del proceso y el archivo provisional de las actuaciones; b) No produce el efecto de cosa juzgada material y, por tanto, si se descubren nuevos elementos fácticos o probatorios que permitan formular acusación, se puede reabrir el proceso (siempre que el delito no haya prescrito [...])" (SANTOS et al., 1995, p. 433).

834 "El efecto típico del auto de sobreseimiento provisional es la suspensión del curso de la causa, con archivo provisional de las actuaciones" (BARRA, 1993, p. 436).
Cf. SENDRA et al., 1999, p. 566.

835 As modalidades de suspensão do processo se diferem na proporção que "las causas de sobreseimiento provisional son simplesmente temporales y están basadas en una duda que puede disiparse, mientras que las del sobreseimiento libre son definitivas al estar fundadas en la certeza, y como tales resultan inmodificables. [...] el sobreseimiento provisional lleva consigo un simple aplaziamento del proceso, mientras el sobresiemiento libre provoca su terminación definitiva. [...] el sobreseimiento provisional se funda exclusivamente en motivos fácticos (duda acerca de hechos) mientras que el sobreseimiento libre se basa en la certeza de la existencia de determinados hechos o de algún dato jurídico que excluye el delito indistintamente como una entidad jurídica o como una entidad fáctica" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 292).

c-) na suspensão parcial ou total do feito, tendo em vista a pluralidade de acusados, sendo que para uns operam as razões do *sobreseimiento*, enquanto para outros não[836]. Nesse caso opera o *sobreseimiento total* (paralização do feito para todos os acusados) ou *parcial* (são levados a fase de julgamento somente os acusados para os quais concorrem os pressupostos de abertura do juízo oral)[837].

Uma vez aplicado o auto de *sobreseimiento* o órgão julgador não permite a condução dos autos para a fase seguinte, há uma obstrução procedimental da sequência dos autos[838]. Importante notar os efeitos alcançados por essa medida judicial. Na modalidade livre (*sobreseimiento libre*)[839] o principal efeito é análogo ao da absolvição, operando a coisa julgada material, arquivando-se os autos e cancelando-se todas as medidas cautelares e constritivas.

No caso do sobrestamento provisório (*sobreseimiento provisional*)[840] não opera a coisa julgada material porque o processo pode ser reaberto quando do surgimento de novos elementos de prova que justifiquem a persecução criminal do Estado contra o acusado. Ocorre o arquivamento temporário dos autos e o cancelamento das medidas provisórias impostas por força do processo penal e os autos somente podem ser reavaliados diante de prova nova e inequívoca.

---

836 Cf. artigo 634, II e III da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Quanto aos efeitos gerais do *sobreseimiento*, tem-se que "si el sobreseimiento fuera total se decretará el archivo de la causa y de las piezas de convicción que no tengan dueño conocido [...]. Si el sobreseimiento fuere parcial, se mandará abrir el juicio oral respectivo de los procesados a quienes no favorezca (art. 634, II) y se cancelarán las medidas cuatelares adoptadas respecto de aquellos que hayan resultado beneficiados por el sobreseimiento" (SANTOS et al., 1995, p. 432-433).

837 "La distinción entre el sobreseimiento total y parcial dice relación solamente a las personas. Tiene aplicación en los casos de litisconsorcio pasivo penal, en los procesos en que varias personas hayan sido procesadas como autores, cómplices o encubridores" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 293).

838 "A la conclusión de la investigación del material instructorio, se efectúa una ulterior valoración en relación a la suficiência de los materiales recogidos para fundar una acusación. El resultado puede ser negativo: no hay base para seguir adelante. En este caso, el proceso penal concluye su historia. Esta opción se conoce con el nombre de sobreseimiento" (MÉNDEZ, 1991, p. 262).

839 "Cuando el Tribunal estime que el Instructor ha esgotado todos los medios de investigación en un sumario concreto y que su resultado es suficiente para decidir que el supuesto hecho punible no ha tenido existencia real, o no es constitutivo de delito, o los autores están claramente exentos de responsabilidad penal y las partes acusadoras no puedan fundar su acusación, debe dictar auto de *sobreseimiento libre*" (FENECH, 1978, p. 312, grifo do autor).

840 "Será provisional cuando: 1) no resulte debidamente justificada la perpetración del delito; 2) no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona" (HENDLER, 1999, p. 98-99).

Há que se assinalar que o sobrestramento do processo não é um ato exclusivo do encerramento dos trabalhos da instrução. Aparece em outras ocasiões como uma fórmula conclusiva e eventual do processo penal sendo, contudo, sempre necessária a devida a fundamentação judicial para esse mecanismo de controle da acusação, independente da fase em que for prolatado o ato[841].

Dada a sistemática adotada nesse modelo de processo penal, destaca-se a existência de uma forma de controle da regularidade do procedimento que ocorre antes da abertura da fase de julgamento (*juicio oral*), na qual os autos são enviados à ciência do tribunal revisional que analisa o juízo competente para a causa, decide acerca do procedimento adotado em razão da natureza delitiva ou devolve os autos ao juízo de origem para novas providências[842].

3.4.4 A fase decisória (*juicio oral*)

Estando presentes os pressupostos para realizar o julgamento do acusado tem início a terceira e essencial fase do processo penal[843] – através do auto de abertura[844] – o juízo oral[845]. Nesta, ocorre a avaliação do conjunto de provas obtido

---

841 Cf. MÉNDEZ, 1991, p. 264.

842 Ibid., p. 257.

843 "El Tribunal dictará auto decretando la apertura del juicio oral si concurren los siguientes requisitos: a) que el hecho sea constitutivo de delito; b) que alguien se encuentre procesado como responsable criminal del hecho; c) que el Ministerio Fiscal o alguna de las partes acusadoras solicite la apertura del juicio oral" (SANTOS et al., 1995, p. 435).

844 "Cuando no hubiese motivos para decretar el sobreseimiento, o fuese éste parcial, se dictará por el Tribunal el llamado *auto de apertura del juicio oral*; hay que tener en cuenta, no obstante, que ni la concurrencia de las causas o motivos del sobreseimiento determina en todo caso la impossibilidad de abrir el juicio oral, ni la falta de concurrencia de las causas o motivos del sobreseimiento determina en todo caso la impossibilidad de abrir el juicio oral, ni la falta de concurrencia de aquellas causas o motivos impiede en todo caso dictar auto de sobreseimiento libre o provisional" (FENECH, 1978, p. 315, grifo do autor).

845 A fase do *juicio oral* está prevista no Livro III, ao longo dos artigos 649 a 749, da Ley de Enjuiciamiento Criminal, sendo considerada como "la fase procesal donde se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso (art. 742 LECrim). [...] Esta fase, que es predominantemente oral, se concentra en una o varias sesiones y se desarolla bajo los principios de publicidad, contradicción, igualdad, aportación de partes aunque com matices [...] y bajo el principio de acusación" (SENDRA et al., 1999, p. 609).

"A partir de este último acto procesal, se da comienzo a la tercera etapa del proceso penal español, ya sea para el común, como para el abreviado" (HENDLER, 1999, p. 101).

ao longo das fases da instrução e intermediária, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, além dos debates das partes e, ao final, a sentença de mérito[846]. Na sistemática processual em cotejo, essa é a fase propriamente dita do processamento da causa, da qual se espera, ao final, a declaração do direito aplicável[847].

A abertura da fase do julgamento (*juicio oral*)[848] não é automática[849] e ocorre por meio de uma petição específica (*auto de apertura del juicio oral*). Esta peça vincula o órgão julgador, sendo admitida como única exceção a essa vinculação a hipótese de restar patente a atipicidade do fato, caso em que o órgão julgador deve rejeitar, de ofício, a petição de abertura do juízo oral determinando a suspensão do feito (*sobreseimiento*)[850].

O auto de abertura do juízo oral produz variados efeitos no âmbito do processo penal[851]. As partes devem ser notificadas para apresentarem suas alegações prévias (*calificación provisional*)[852] sobre a pretensão punitiva (tese do órgão acusador) e sobre os argumentos do acusado (antítese da defesa), demonstrando com isso o caráter substancial do contraditório que deve nortear os trabalhos nessa etapa,

---

[846] "La apertura del juicio oral supone la posible aplicación de la norma penal en el momento de la sentencia por existir los elementos de hecho y jurídicos necesarios para ello" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 286).

[847] "Entendemos por *procesamiento* el acto procesal consistente en una declaración de voluntad del titular del órgano jurisdiccional, que se lleva a cabo en el sumario luego del enjuiciamento sobre la existencia o inexistencia de indicios racionales de criminalidad, en virtud de la cual, por estimar la existencia de estos indicios, se imputa formalmente a uma persona determinada la comisión de un hecho punible que reviste los caracteres de delito, y que tiene por consecuencia la adquisición por ésta de la calidad formal de parte acusada, con sus correspondientes derechos y sujeciones" (FENECH, 1978, p. 281, grifo do autor).

[848] O imperativo da fase do *juicio oral* está na razão que "públicamente y con contradicción se juzgan las conductas presuntamente delictivas y se decide sobre la absolución o la condena de las personas sometidas a juicio. Es en este momento cuando se practica la prueba, sin que puedan valer como prueba las diligencias sumariales. El juicio finaliza normalmente por medio de sentencia" (MÉNDEZ, 1991, p. 39).

[849] "El tránsito, sin embargo, no es automático. La valoración sobre si procede o no la apertura del juicio oral toma como punto de partida inicial las peticiones de las partes acusadoras y su tenor, pero también cuenta el critério del Tribunal llamado a fallar la causa o el del Juez instructor" (Ibid., p. 271).

[850] Cf. HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 296.

[851] Os principais efeitos são: "1) no se permite el ingreso al proceso de partes acusadas; 2) impide la revocación del sumario, y la posibilidad de entrada de material fáctico en la instrucción; 3) produce la publicidad del procedimiento; 4) otorga a las partes dos posibilidades procesales: *a*) plantear cuestiones previas; *b*) presentear escrito de calificación provisional" (HENDLER, 1999, p. 99).

[852] "Las partes han de interponer y formular sus pretensiones, y proponer las pruebas de que intenten valerse, a través de los escritos de calificación provisional (también llamados, en el proceso abreviado, escritos de acusación y defensa)" (SANTOS *et al*, 1995, p. 305).

evidenciando-se o tratamento processual igualitário. Realiza-se, na sequência, a atividade de produção de provas[853].

Após decidir acerca da admissão do arcabouço probatório, o juiz estabelece data para os debates orais entre as partes. Assim, ao final dos debates as partes devem formular suas alegações finais (*calificación definitiva*) para que o órgão julgador declare os autos conclusos para a sentença que finalizará o processo. O mérito desse ato decisório é de absolvição ou condenação do acusado[854].

Os atos dessa fase são públicos e caracterizados pelo princípio da oralidade, devendo ser reduzidos a termo quando das alegações inicial e final. A orientação inicial da fase se faz por meio de uma acusação formalizada pela parte responsável (*Ministerio Fiscal* ou advogado da vítima ou prejudicado). O juiz deve avaliar somente as provas produzidas, sendo vedadas provas não contraditadas, além de permitir, conforme testilhado, a ampla defesa e o contraditório[855].

3.4.5 Características do controle da admissibilidade da acusação

O traço marcante do controle da acusação no processo penal da Espanha está inserido na fase intermediária. Nesta, o juízo decide tão somente acerca da existência dos pressupostos fundamentais para que seja desenvolvida a persecução

---

853 "El juicio oral se inicia, pues, con los escritos de acusación y defensa y finaliza mediante sentencia, sin que el tribunal, a partir del trámite de calificación, pueda utilizar ya la fórmula del sobreseimiento [...]. Pero dentro de esta importante fase, en donde ha de transcurrir la actividad probatoria, pueden distinguirse las siguientes subfases o trámites: la conformidad, actos previos al juicio, ejecución de la prueba, conclusiones definitivas, informes, última palabra y sentencia" (SENDRA *et al.*, 1999, p. 619).

854 "Abierto el Juicio Oral, el proceso penal únicamente puede cerrarse mediante una sentencia que condene o absuelva al procesado: no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles [...] sino en virtud de sentencia dictada por Juez competente" (BARRA, 1993, p. 493).

855 Os principais atos de *plenario* (ao invés de adotar a nomenclatura de *juicio oral*, por entendê-la como inadequada para essa fase) são: "a) calificación provisional del hecho imputado (la L.e.cr. dice "delito"). b) Inserto en esse momento procesal, el plantiamiento de cuestiones previas. c) Inserción de la conformidad del procesado. d) Actos de preparación de la vista oral. e) Celebración del juicio oral. f) En éste se desarrolla la 'confesión de los procesados y personas civilmente responsables', como base de la sentencia, el examen de los testigos, el informe pericial, la prueba por documentos y los informes de los defensores de las partes" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 300).

criminal. Acatado o direito de acusação, a fase de julgamento é a consequência procedimental lógica, visando a uma sentença de mérito que deve observar o princípio da correlação entre acusação e conteúdo decisório final[856].

Na fase intermediária devem atuar o órgão acusador e a defesa do imputado, embora não seja previsto legalmente o contraditório para essa fase[857]. A razão desse entendimento é que como se trata de uma etapa em que o juízo, através da livre apreciação das provas, volta seu raciocínio para a admissibilidade ou não da acusação, é imperativo o direito de participação do acusado, garantindo-lhe o tratamento isonômico e a ampla defesa.

Também merece ressalto que o órgão judicial encontra-se vinculado, em grande parte, aos pedidos formulados pelas partes nessa fase do processo, razão maior para se admitir o contraditório, em homenagem à busca da verdade real. Esse raciocínio se aplica tanto ao pedido de *sobreseimiento* como ao pedido de *apertura del juicio oral*, os quais representam as decisões finais dessa fase instrutória.

Com o advento da Lei Orgânica n. 5, de 22 de maio de 1995, a qual regula o funcionamento do Tribunal de Jurados (*Tribunal del Jurado*), restou assegurada a ampla participação das partes em todas as suas fases processuais, consubstanciando o pensamento exposto pela atual Constituição espanhola.

Estabelece o referido diploma legislativo, em seu artigo 26[858], que o juiz da instrução, após as alegações preliminares das partes, decidirá quanto ao controle da

---

856 "El enjuiciamiento definitivo es el antecedente directo de setencia que pone término al proceso, y ésta es la declaración de voluntad por medio de la cual el Tribunal ejercita su potestad declarativa de la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal y la impositiva, en su caso, de sanciones penales y civiles [...]. En todo caso, no puede negarse la *correlación entre el enjuiciamiento y la sentencia*, ya que aquél llega a su término cuando está plenamente determinado el contenido del fallo de ésta" (FENECH, 1978, p. 335, grifo do autor).

857 "En la fase intermédia nuestra ley sólo ha previsto la intervención del Ministerio Fiscal y acusaciones personadas, olvidándose del imputado. [...] La estructura formal contradictoria de nuestro proceso penal y el principio de igualdad de partes exigen dar al imputado la possibilidad de intervenir en esta fase" (SANTOS *et al*, 1995, p. 304).

858 Artigo 26 da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Oídas las partes, el Juez de Instrucción decidirá la continuación del procedimiento, o el sobreseimiento, si hubiera causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

acusação, podendo suspender o feito (*sobresiemiento*)[859] ou conduzir o réu à fase de julgamento.

Nesse procedimento da Lei Orgânica n. 5/1995 o legislador previu que a decisão do órgão julgador acerca do controle da acusação deve ser realizada numa audiência preliminar, a qual dará ciência às partes acerca do conteúdo decisório e, no mesmo ato, determinará a abertura da fase de julgamento, a alteração do procedimento ou o sobrestamento, total ou parcial, não levando o réu a julgamento[860].

3.5 A análise da acusação no direito processual penal italiano

O ordenamento jurídico italiano tem em sua gênese uma considerável incidência de acontecimentos históricos que são os responsáveis diretos por sua diversidade. A formação do direito processual nessa cultura, bem como os demais ramos do direito, fincou suas raízes em bases que até os dias presentes se irradiam para outros sistemas, ora inspirando na construção destes, ora alterando-os significativamente[861].

Nos estudos da história do processo penal italiano é comum observar três períodos distintos[862], quais sejam: o período *comicial*, em que os ritos não possuíam formalidades; o período da *ordo iudiciorum publicorum*, no qual se projetou a *accusatio* (acusação formal perante um órgão julgador); e, o terceiro, período da *extraordinaria cognitio*, o qual se prolongou no tempo. Desses períodos pode-se, também, distinguir três sistemas procedimentais:

---

859 "El sobreseimiento supone la *terminación* antecipada del proceso o suspensión, por falta de elementos fácticos o jurídicos que no permiten la aplicación definitiva de la norma penal, condenando o absolviendo. La ausencia de estos elementos hace imposible, de rechazo, la consecución de la finalidad misma del juicio oral" (HEREDIA; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1976, p. 289, grifo do autor).

860 Cf artigo 32, 1 da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

861 Cf. GRINOVER, 1982, p. 42.

862 Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1976, p. 104.

a-) o sistema da *cognitio*, presente desde os primórdios da civilização romana, tinha no padrão inquisitivo o seu principal traço;

b-) o sistema da *anquisitio*, que substituiu o sistema anterior, era pautado numa metodologia de provas com taxação legal e no poder ofertado ao inquisidor;

c-) o sistema da *accusatio*, baseado na dialética e nas funções processuais divididas[863], que permeou a sistemática italiana a partir do último século da República até o processo penal extraordinário.

Ao contrário do que se possa imaginar, a história processual italiana não se desenrolou de modo igualitário desde sempre. Registros históricos atestam que até meados do século XIX ocorreram expressivas alterações na metodologia do processo penal.

Com a adoção do modelo inquisitivo para o processo penal, em fins do século XVIII, observou-se uma estabilidade maior no trato das questões inscritas nessa área[864]. Um significativo exemplo ocorreu quando da edição do Código de Processo Penal de 1930.

Essa codificação adotou como sistema o padrão predominantemente inquisitório[865], contemplando o magistrado com poderes amplos para realizar atos tendentes à busca da verdade e, consequentemente, participar da produção

---

[863] No direito italiano o "sistema de repartição das funções no processo penal cumpre a mesma finalidade que é desenvolvida pelo princípio da *separação dos poderes do Estado*, ou seja, evitar o abuso de poder" (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad.: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16, grifo do autor).

[864] "Após a Restauração, as legislações dos Estados italianos tendem geralmente a se inspirar no modelo misto, dominantemente inquistório, do código napoleônico: assim é o caráter predominante do primeiro código (de 1865) posterior à unificação política da nação. O código 'liberal' de 1913 que o sucede foi editado com o objetivo de eliminar esses traços que traduziam o autoritarismo. Se ele revela um esforço de modernização técnica, o código de 1930, expressão do totalitarismo fascista, é, em contrapartida, sobretudo marcado por fortes limitações às garantias individuais" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 343).

[865] Sustentando que no Código de 1930 sobressaltava o sistema misto "più che la supremazia dell'un sistema sull'altro, la storia del procedimento penale ha fatto registrare – quale risultato di plurime combinazioni dei caratteri dell'un modello con quelli dell'altro – il ricorso ad un sistema c.d. misto" (DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 4. ed. Roma: CEDAM, 2001, p. 23).

probatória, uma vez que era a autoridade judiciária o destinatário da prova que fundamentaria suas decisões[866].

Em 1974 foi designada uma comissão ministerial de especialistas para elaborar um novo projeto para reformar o Código de Processo Penal italiano que datava de 1930. Com algumas significativas alterações na composição da referida comissão, o novo código, seccionado em duas porções, foi aprovado em 22 de setembro de 1988, entrando em vigor em outubro de 1989[867], sustentando a predominância de um modelo acusatório consoante as garantias estatuídas pelos direitos fundamentais[868].

Quanto aos princípios fundamentais que sustentam o processo penal italiano, destacam-se: a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a responsabilidade individual, o direito à ampla defesa, o duplo grau de jurisdição inclusive para o controle das decisões do Tribunal dos Jurados[869], a motivação dos atos de conteúdo decisório, o contraditório assegurado, a celeridade processual (julgamento dentro de um prazo razoável e justo) e a reparação dos erros judiciários (responsabilidade estatal).

---

866 "O Código de Processo Penal de 1930 pertencia a um sistema predominantemente inquisitório" (TONINI, 2002, p. 17).

O Estatuto de Processo Penal italiano, de 1988, está dividido em duas grandes partes. Assim "la parte prima – che può essere definita 'statica', perché non enuncia ancora lo svolgimento del procedimento penale [...]. La seconda parte è, per così dire, 'dinamica', in quanto disciplina la evoluzione dell'intero procedimento penale, dalle attività di indagine" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 3-4).

867 Cf. MERCONE, M. *Manuale di Procedura Penale – con tavole sinottiche*. 4. ed. Napoli: ESSELIBRI – SIMONE, 1997, p. 11.

868 "In coerenza con questo quadro concettuale, prima di provvedere all'enunciazione analitica dei principi e criteri direttivi ai quali inspirare la construzione, nel processo penale, dei 'caratteri del sistema accusatorio', il legislatore della legge-delega ha previsto, per il legislatore delegato, un impegnativo preambolo: 'Il codice di procedura penale deve - si è detto, abbinando due settori di disciplina, distinti ma omogenei - attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale'" (PISANI, M.; MOLARI, A.; PERCHINUNNO, V.; CORSO, P. *Manuale di Procedura Penale*. 2. ed. Bologna: Monduzzi Editore, 1994, p. 17).

No processo penal italiano "per individuare la giurisdizione come garanzia di alcune fondamentali libertà individuali" (NAPPI, Aniello. *Guida breve alla Procedura Penale*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 2004, p. 2).

"Il codice vigente muove da una prospettiva tutt'affatto diversa da quella in cui si era posto il legislatore del 1930, perché riserva alle attività precedenti il 'processo' il valore di indagini preliminari, da eseguire ai soli fini delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 25).

869 "Trata-se do princípio do *duplo grau de jurisdição* (*'doppio grado di giurisdizione*') que hoje se estende a todas as decisões dos tribunais ordinários, incluídas as do Tribunal de Jurados, após a reforma de 1951, pois que, antes desta reforma, tais sentenças eram consideradas insusceptíveis de apelação" (BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad.: Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 302, grifo do autor).

3.5.1 As investigações na fase preparatória (*indagini preliminari*)

A notícia do crime (*notizia di reato*) desencadeia os procedimentos investigatórios levados a cabo pela polícia judiciária[870], versando sobre dois objetivos: determinar a autoria e a materialidade delitiva. Dá-se início às investigações preliminares (*indagini preliminari*), etapa em que não atua a jurisdição propriamente dita[871] e os trabalhos são afetos à polícia judiciária[872].

A fiscalização do trabalho policial é levada a cabo pelo Ministério Público[873], o qual atua de modo sistemático na descoberta dos fatos para, ao final das investigações, adotar uma das duas vias: a propositura da ação penal ou o arquivamento dos autos das investigações[874].

---

[870] Artigo 55 do *Codice di Procedura Penale*. Funzioni della polizia giudiziaria 1. La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati (347), impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova (348) e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale (326).
Cf. HENDLER, 1999, p. 169.
"Constituito dagli atti che la polizia giudiziaria e il magistrato del pubblico ministero compiono, nell'ambito delle rispettive attribuizioni, per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale e, eventualmento, dagli atti compiuti da un giudice in funzione di garanzia, il procedimento per le indagini preliminari inizia con l'acquisizione della notizia di reato [...] e si protrae per il tempo necessario al compimento delle indagini stesse" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 25).

[871] "L'intento legislativo di caratterizzare il prodecimento per le indagini preliminari come momento non giurisdizionale del processo, riservato al pubblico ministero per l'individuazione e l'assicurazione delle fonti di prova e l'acquisizione dei soli elementi necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ha comportato, di conseguenza, la trattazione frammentaria della figura del giudice per le indagini preliminari" (SIRACUSANO, Delfino; DALIA, Andrea A.; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1991, v. 2, p. 127).

[872] Dessa forma a "finalità e natura delle indagini preliminari, titolarità esclusiva delle stesse in capo al pubblico ministero, ruolo e funzioni della nuova figura del giudice per le indagini preliminari, le disposizioni generali fissano un importante principio intorno ai rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiciaria, attribuendo al primo la direzione delle indagini ed il potere di dispore direttamente della seconda" (CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 4. ed. Roma: CEDAM, 1996, p. 373).

[873] As atribuições da polícia judicial nessa fase estão descritas nos artigos 347 a 357 do *Codice di Procedura Penale*, enquanto que as do Ministério Público estão nos artigos 358 a 378 do mesmo *codex*.
"Gli art. 331 e 332 disciplinano il dovere dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio di denunciare i reati perseguibili d'ufficio, dei quali abbiano avuto notizia nell'espletamento dei compiti loro affidati, stabilendo che la denuncia deve essere presentata o trasmessa, senza ritardo, al pubblico ministero ovvero, quando non si tratti di fatto emerso nel corso di un procedimento civile o amministrativo, anche a un ufficiale di polizia giudiziaria" (NAPPI, 2004, p. 152).

[874] Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 420.
"La disciplina dei presupposti e del procedimento di archiviazione è assai articolata, al fine di dare piena attuazione alle esigenze di controllo giurisdizionale, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, tutelando nel contempo le ragioni della persona offesa che si sai eventualmente opposta alla richiesta di archiviazione" (CONSO; GREVI, 1996, p. 463).

No sistema de 1930, anterior ao código vigente, essa fase preparatória recebia a denominação de instrução sumária (*istruzione sommaria*)[875] porque era conduzida por um juízo instrutor ou pelo próprio Ministério Público. Era caracterizada como inquisitiva, secreta[876] e escrita, em sua essência, tendo por definitiva a prova produzida. Diferenciava-se totalmente da fase judicial que mantinha as características da publicidade dos atos e da oralidade[877].

Hodiernamente, a par de diversas características, a investigação preliminar[878] (ou instrução preliminar), fase procedimental[879], possui um juiz que acompanha e controla a legalidade das atividades desenvolvidas[880], estas que são determinadas com vistas a levantar o material probatório a fim de que o órgão acusador proponha ou não a ação penal.

A atuação judicial nessa fase se faz principalmente no âmbito das decisões acerca das medidas restritivas ou privativas de liberdade e sobre o acerto no ajuizamento ou arquivamento da denúncia[881]. No entanto, por suas particularidades

---

875 Acerca da instrução italiana: "La palabra 'instrucción' debe tomarse aquí en el significado técnico-jurídico de fase preparatoria del juicio. En realidad la instrucción considerada en sentido amplio de investigación y prueba, tiene lugar en la segunda fase también, en la que el código denomina juicio; pero aqui la voz designa una fase especial" (FLORIAN, 1934, p. 227).

876 "Mentre nel codice del 1930 il segreto aveva per oggetto tutti gli atti preistruttori ed istruttori, estendendosi temporalmente all'intera fase istruttoria, ora ad essere coperti dal segreto sono i singoli atti di indagine preliminare, nei cui confronti la segretezza, salve le eccezioni" (CONSO; GREVI, 1996, p. 374).

877 No Código de 1930 havia um estágio precedente ao início da fase instrutória denominado de *fase preliminare*, esta que tinha o objetivo de preparar o "materiale in base al quale il pubblico ministero potrà promuovere l'azione penale: questa è la fase degli atti preliminari alla istruzione (artt. 219-234). Pertanto, l'istruzione è proceduta (di regola) dalla fase degli atti preliminari all'istruzione; così come il dibattimento è preceduto dalla fase degli atti preliminari al dibattimento" (LEONE, Giovanni. *Diritto Processuale Penale*. 7. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1968, p. 309).

878 A investigação preliminar está prevista no *Codice di Procedura Penale*, Parte II, Livro V (*Indagini Preliminari e Udienza Preliminare*), artigos 326 a 415.

879 "Il motivo conduttore della riforma va colto proprio nella sostituzione di un giudice titolare di una fase 'processuale' – destinata alla completa raccolta della prova – con il pubblico ministero titolare di una fase 'procedimentale' nella quale non si valutano prove, ma solo elementi di fondatezza dell'eventuale promovimento (sempre che non ricorrano i presupposti per la richiesta di archiviazione) dell'azione penale" (SIRACUSANO et al., 1991, p. 128).

880 "Tra le funzioni caratteristiche, benché non sempre esclusive, di questa fase sono altresì da ricordare il controllo sulla legittimità degli atti compiuti in precedenza e le potestà ordinatorie in relazione al modo di condurre il processo" (PISANI et al., 1994, p. 384).

881 "Esta etapa se denomina investigación preliminar, y su objeto es praticar las primeras actuaciones inherentes al ejercicio de la acción (art. 326). El núcleo de mayor novedad se centra en el abandono de la faz instructoria para ser sustituida por esta otra fase, preprocesal, que se encomienda al Ministerio Público y a la Policía Judicial, en el âmbito de sus respectivas atribuciones, bajo el control directo de un tercer sujeto imparcial que actúa a instancia de parte (el mencionado juez de las investigaciones preliminares)" (HENDLER, 1999, p. 168).

e fim específico, não se confunde com a instrução probatória (*indagini probatorie*), a qual ocorre na fase de julgamento (*istruzione dibattimentale*).

Com o advento da supracitada reforma e a prevalência de um sistema acusatório[882], a partir de 1988 tem-se admitido largamente a participação dos defensores constituídos pelo imputado no curso das investigações na fase preparatória. Isto, com vistas ao trabalho de levantamento de informações, testemunhos e provas favoráveis ao exercício futuro da defesa no caso de uma ação penal ser intentada contra o agente[883].

Ao final da investigação preliminar uma de três situações pode ocorrer: a-) determinação para realização de novas investigações ou diligências complementares; b-) requerimento de abertura de algum procedimento especial; ou c-) requerimento de abertura da fase de julgamento ou audiência preliminar[884].

Dessa feita, quando do encerramento das investigações preliminares pode o órgão ministerial requerer a abertura da fase da audiência preliminar. Isso se consubstacia através do pedido de envio da causa ao juízo (*richiesta di rinvio a giudizio*)[885], um ato do autêntico exercício da ação penal e, ao mesmo tempo, conclusivo dos trabalhos levados a cabo nas investigações preliminares. É o momento caracterizado como transição das etapas (investigatória e de audiência preliminar). Como delimita duas importantes etapas do processo penal, o ato

---

882 "La contrapposizione tra modello processuale inquisitório e modello processuale accusatorio ha segnato le immagini e la realtà della storia del processo penale. Essa attiene fondamentalmente al rapporto tra i ruoli dell'accusatore e del giudice, rigorosamente separati solo nei sistemi accusatori [...]. Il processo accusatorio, invece, muove da um presupposto di 'divisione della conoscenza', vale a dire dal pressupposto per cui solo il confronto delle diverse prospettive delle parti permette al giudice di cogliere i molteplici signifcati dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale" (NAPPI, 2004, p. 5).

883 "La indagini preliminari sono la fase del procedimento nella quale viene verificato se e quale fondamento abbia la notizia di reato e se vi siano elementi sufficienti per procedere nei confronti di chi è indicato, o risulterà in prosieguo, come possibile autore dell'illecito. Le indagini sono definite 'preliminari' affinché non vengano confuse con le indagini 'probatorie' rappresentate dall'istruzione dibattimentale" (PISANI et al., 1994, p. 335).

884 Cf. HENDLER, 1999, p. 180-181.

885 "La sentenza di rinvio a giudizio contiene: 1) la decisione di rinvio dell'imputato innanzi al giudice competente [...]; 2) la determinazione dell'imputazione [...], la quale, se fino a questo momento finale poteva essere indefinita o provvisoria, nella sentenza di rinvio a giudizio assume consistenza precisa e definitiva" (LEONE, 1968, p. 332).

processual de *rinvio a giudizio* é considerado como um ato misto, enviando a causa à instância de julgamento[886].

Das várias modalidades de procedimentos possíveis, destacam-se: o julgamento direto (juízo de mérito sobre culpabilidade e aplicação de pena), julgamento imediato (requisição do Ministério Público ao juiz da investigação para julgamento imediato), julgamento abreviado (para as causas obrigatórias de redução de até um terço da pena), julgamento por decreto (para as causas em que a pena pode ser reduzida até a metade), aplicação de penas reduzidas a requerimento das partes, audiência preliminar (decisão acerca das nulidades e do controle da acusação visando futuro julgamento) ou multa[887].

3.5.2 As características da audiência preliminar (*l'udienza preliminare*)

Os procedimentos ordinários no processo penal italiano são peculiares e determinados de acordo com o órgão julgador que possui a competência para conduzir o julgamento. Devem ser julgadas por um juízo monocrático, logicamente num procedimento mais simplificado, as causas de menor potencial ofensivo e as contravenções penais.

As demais causas são analisadas por um juiz da investigação ou por um órgão colegiado, conforme a competência, prevendo-se uma fase denominada de audiência preliminar (*l'udienza preliminare*)[888]. Trata-se de uma inovação no modelo acusatório concebido pelo ordenamento jurídico italiano, disciplinando que é da atribuição o órgão ministerial pleitear a realização dessa audiência no procedimento em que se

---

886 "*La richiesta di rinvio a giudizio come atto di esercizio dell'azione penale e conclusivo delle indagini preliminari*" (TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, v. 1, p. 617, grifo do autor).

887 Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 360.
Cf. MERCONE, 1997, p. 408.

888 Cf. SIRACUSANO et al., 1991, p. 144.

apura a infração penal[889], uma forma de exercício da ação penal[890]. Tal se dá com a elaboração de um requerimento específico para esse fim, formalidade tida como essencial nessa etapa do procedimento[891].

Na sistemática italiana, pode-se dizer que essa audiência é dinâmica e se desenrola em quatro estágios[892], quais sejam:

a-) introdutório (*introduttivo* ou *introduzione dell'udienza*), no qual há o recebimento da peça acusatória (*libellum litis*) e do material de prova colhido na fase investigatória;

b-) informativo (*informativo-suppletivo* ou *informazione del giudice e delle parti*), em que há a produção específica de provas para essa fase, alegações das partes e realização dos incidentes processuais;

c-) decisório (*decisionale* ou *decisione*), estágio em que o órgão julgador decide acerca da viabilidade da acusação e o seguimento da ação penal; e,

d-) integrativa (*integrazione*) da audiência ou das investigações preliminares, em que ocorre o arquivamento do feito.

A petição de requerimento da audiência preliminar deve conter a qualificação do investigado e a tipificação do crime a ele imputado[893]. Tal audiência funciona

---

[889] Cf. CONSO; GREVI, 1996, p. 474.

[890] "La richiesta di udienza preliminare rappresenta una delle modalità di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero" (NAPPI, 2004, p. 226).

[891] "La richiesta di rinvio a giudizio è atto ricetticio, integrante un presupposto del processo, in quanto destinato a produrre i effetti solo che esso sia pervenuto al giudice dell'udienza preliminare, che, nel nostro sistema, non soddisfacentemente ma per compresibli ragioni pratiche, si identifica con il giudice delle indagini preliminari" (TAORMINA, 1995, p. 628).
"Dal deposito della richiesta di rinvio a giudizio scaturisce, come attività obbligata del giudice, la fissazione della data dell'udienza preliminare" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 580).

[892] Existem três estágios: *introduttivo; informativo-suppletivo* e *decisionale*. Nesse sentido: MERCONE, 1997, p. 406. Em outro sentido, defendendo quatro estágios: NAPPI, 2004, p. 230.

[893] "L'elemento centrale della richiesta è l'imputazione nei due elementi fondamentali della persona dell'imputato, di cui vanno precisate le generalità, e dell'addebito che a lui viene ascritto, consistente nel fatto di reato e nelle circonstanze aggravanti o che comportano l'applicazione di misure di sicurezza: il tutto con la menzione dei relativi articolo di legge" (PISANI *et al*, 1994, p. 385).

como uma verdadeira etapa intermediária, situada entre a fase investigatória e o julgamento propriamente dito[894].

Com fins específicos[895], a audiência preliminar torna-se o momento em que o órgão julgador, após ser provocado pela atividade ministerial e tomar as primeiras providências legais[896], deve verificar a licitude do material de prova até então colhido, ouvir as alegações das partes para, ao final, decidir sobre o seguimento da ação penal[897].

Sob o aspecto funcional, a doutrina italiana associa a audiência preliminar ao primeiro momento processual em que o acusado toma ciência das imputações que lhe são atribuídas, tem acesso a todas as provas que foram produzidas na fase investigatória, vislumbrando a narrativa dos fatos com todas as suas circunstâncias[898].

Nessa fase o Ministério Público demarca o delito, as circunstâncias agravantes, o conjunto probatório colhido nas investigações, apresentando ao órgão julgador a motivação da denúncia formulada. O pedido é recebido e, de pronto,

---

894 A audiência preliminar "è introdotta dalla richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio, depositata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari insieme al fascicolo contenente, tra l'altro, la documentazione relativa a tutte le indagini già espletate ed i verbali degli atti eventualmente compiuti in sede di incidente probatorio o, comunque, davanti al giudice per le indagini preliminari" (CONSO; GREVI, 1996, p. 473-474).

895 "La obbligatorietà del passaggio per l'udienza preliminare è precisamente la conseguenza del ridimensionamento dell'esercizio dell'azione penale, che, se autentica richiesta di punizione, è in insanabile attrito con la esistenza stessa dell'udienza preliminare, in mera richiesta di rinvio a giudizio, giacché quest'ultima scaturisce dalla esigenza di controllo dell'operato del pubblico ministero in punto di esercizio di azione penale sul presupposto, ineludibilmente operante, della incapacità di sistema che l'organo dell'zccusa produca una resistente richiesta di punizione, di nuovo per la erronea impostazione della disciplina delle indagini preliminari, avulse da ogni partecipazione anche investigativa della persona sottoposta alle indagini stesse" (TAORMINA, 1995, p. 631).

896 "L'iniziativa del pubblico ministero pone a carico del giudice l'obbligo di attivarsi. Egli, infatti, entro due giorni dal deposito della richiesta, fissa con decreto il giorno, l'ora e il luogo dell'udienza [...], provvendo a nominare un difensore di ufficio all'imputato privo di difensore di fidúcia" (SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1996, v. 2, p. 191-192).

897 "La singolarità di un giudice che, nell'udienza preliminare, vaglia la fondatezza dell'accusa, ma non acquisisce, nè forma prove nemmeno nei casi sporadici di assunzione di informazioni, comporta un duplice ordine di conseguenze: da un lato egli *decide allo stato degli atti*; dall'altro, nei limitati casi di informazioni suppletive, egli non procede ad una acquisizione di 'prove', ma di atti '*informativi indiziari*'" (MERCONE, 1997, p. 405, grifo do autor).

898 Cf. NAPPI, 2004, p. 227.

determina-se a notificação das partes para ciência dos atos que serão desenvolvidos no juízo preliminar.

O imputado, através de seu advogado constituído, tem acesso a todas as informações trazidas nos autos, podendo apresentar manifestações e alegações, tendo, inclusive, a faculdade de juntar documentação que contribua para o exercício da sua ampla defesa.

Desenrola com maior nitidez, nesse momento processual, o contraditório[899], tanto que é imperiosa a participação do acusado e de seu patrono nessa fase[900], valorizando o princípio da igualdade das armas. A questão do segredo, por vezes imposto aos atos desenvolvidos na fase das investigações, sucumbe e o imputado tem acesso irrestrito a todas as peças dos autos por determinação legal[901].

Acirradas são as opiniões doutrinárias acerca da maior ou menor amplitude para a realização da atividade probatória, mais especificamente quanto à aquisição[902] da prova, nessa etapa do processo penal. Para a formação do convencimento do órgão julgador, caso queiram, as partes podem produzir outras provas específicas para fins da audiência preliminar ou postergarem tal atividade para a fase posterior do julgamento do mérito, sem que isso venha acarretar algum tipo de prejuízo

---

899 "Perché il contraddittorio che caratterizza l'udienza preliminare si realizzi, gli interessati debbono essere posti nella condizione di parteciparvi con una consapevolezza adeguata" (PISANI *et al*, 1994, p. 387).
"A questo punto, il contraddittorio cessa di essere una declamazione e acquista concretezza: le parti conoscono il contenuto del fascicolo trasmesso dal pubblico ministero e sono in grado di fare le loro scelte" (SIRACUSANO *el al*, 1996, p. 195).

900 "Se o acusado (ainda que preso) não comparece à audiência por uma razão justificada, como a ocorrência de um acidente ou circunstâncias além de seu controle, ou outro impedimento considerado legítimo, o juiz automaticamente determinará a postergação da audiência, fixando uma nova data e renovando as intimações. [...] O juiz procederá da mesma maneira quando estiver ausente o advogado de defesa" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 370).
Cf. NAPPI, 2004, p. 232.

901 "La segretezza aveva sinora caratterizzato gli atti compiuti dal publico ministero e dalla polizia giudiziaria; una segretezza che può essere stata spinta al punto da non far conoscere neppure l'esistenza di un procedimento a suo carico alla persona sottoposta alle indagini [...] l'imputato conoscerà la richiesta del pubblico ministero e, quindi, i fatti che gli sono contestati e le fonti di prova che li sostengono" (SIRACUSANO *el al*, 1996, p. 193).

902 "Em sentido estrito, refere-se à admissão da prova 'pré-constituída', ou seja, formada antes ou fora da fase de debates [...]. Em sentido amplo, o termo 'aquisição' é utilizado para abranger, de modo sintético, duas situações jurídicas: a admissão da prova pré-constituída e a produção da prova pré-constituída, qual seja a prova declarativa [...]. Por conseguinte, o termo refere-se não apenas às provas produzidas no curso da fase de debates, mas também àquelas recolhidas nas fases precedentes" (TONINI, 2002, p. 63).

processual. Nesta, todavia, haverá novo contraditório acerca do conjunto probatório[903].

A audiência preliminar é, em princípio, pública, exceto nos casos em que houver possibilidade de divulgação de segredos de Estado ou envolver preceitos morais da vítima ou do acusado e familiares de ambos, casos que demandam a necessidade da condução dos trabalhos em ambiente reservado. Também se destaca o aspecto da oralidade nos trabalhos da audiência, com os argumentos reduzidos a termo.

As atividades desenvolvidas pelo juízo que preside a audiência preliminar são distintas das atividades do juízo da fase investigatória[904], muito embora os trabalhos levados a cabo na audiência preliminar tomem por partido as informações constantes dos autos e que foram apuradas na fase investigatória[905], observando-se competências bem distintas[906].

Após a oitiva do órgão ministerial, expondo as razões que fundamentam a denúncia e pedido de envio do acusado a julgamento, a defesa apresenta seus argumentos, podendo haver réplica e tréplica conforme entendimento judicial. Ao final das sustentações orais, o órgão julgador avalia as provas e alegações apresentadas pelas partes para formular sua decisão a respeito do prosseguimento ou não da ação penal[907].

---

[903] Cf. CONSO; GREVI, 1996, p. 478.

[904] "Il giudice dell'udienza preliminare (**G.U.P.**) deve vagliare l'intero fascicolo delle indagini ed há, quindi, una funzione diversa dal giudice preposto al controllo di singoli atti di indagine (*G.I.P.*). Il G.U.P. interviene *al termine della fase investigativa* per decidere, sulla base dell'intero fascicolo, se accogliere la richiesta del P.M. di rinvio a giudizio" (MERCONE, 1997, p. 404, grifo do autor).

[905] No que tange às provas que podem fundamentar a decisão do órgão julgador, "o juiz não poderá empregar quaisquer outras provas a não ser aquelas que tenham sido admitidas e apresentadas segundo um método acusatório no julgamento" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 374-375).

[906] "L'individuazione del giudice chiamato a dirigere l'udienza preliminare riserva una sorpresa: sebbene si sia abbandonata la fase delle indagini preliminari per passare ad una fase autonoma avente natura processuale; sebbene il giudice per le indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare abbiano competenze diverse e 'potenzialmente incompatibili'" (SIRACUSANO *el al*, 1996, p. 191).

[907] "La fase di decisione si apre súbito dopo che è stata chiusa la discussione. Poiché è esclusa la possibilita di uma pronuncia di archiviazione dopo l'esercizio dell'azione penale, le decisioni cui può approdare l'udienza preliminare, quando non si trasformi in giudizio abbreviato o non si concluda con un'applicazione di pena su richiesta Dell parti" (NAPPI, 2004, p. 236).

3.5.3 A função essencial no controle da atividade acusatória

O órgão julgador, ao término da audiência preliminar, com base em todos os argumentos apresentados pela acusação e defesa decide de modo fundamentado acerca da continuidade ou não da persecução criminal. Se entender pela continuidade, encaminha o acusado a julgamento. Por outro lado, se entender que não há elementos suficientes para continuidade, não envia o réu a julgamento[908], realizando a triagem e atendendo aos fins dispostos pelo princípio da economia processual[909]. Há também possibilidade do juízo declarar-se incompetente para a matéria ou de retornar os autos para o Ministério Público com vistas a formulação de nova denúncia[910].

Aqui reside um importante traço caracterizador da audiência preliminar, qual seja, o controle adequado do exercício da ação penal. Isso se dá através de uma avaliação da consistência da acusação, análise de natureza procedimental que fica a cargo do órgão julgador responsável pela condução dos trabalhos nesse estágio do processo, nunca podendo adentrar ao mérito da causa, tendo sua atividade valorativa sob o crivo do órgão judicial de segunda instância[911].

Ao analisar os autos o órgão julgador pode verificar que restam presentes os pressupostos da ação penal, coordenadamente expostos pelo Ministério Público, além de serem os elementos de prova suficientes para o encaminhamento do

---

908 Redação ofertada ao artigo 424 do *Codice di Procedura Penale*. Provvedimenti del giudice 1. Subito dopo che è stata dichiarata chiusa la discussione, il giudice procede alla deliberazione pronunciando sentenza di non luogo a procedere (425) o decreto che dispone il giudizio (429).
Acerca do texto legal, conclusão outra não há a não ser que no epílogo da audiência preliminar o juiz deve pronunciar '*sentenza di non luogo a procedere* o *decreto che dispone il giudizio'*. Nell'un caso e nell'altro, deve essere data immediata lettura del provvedimento" (SIRACUSANO *el al*, 1996, p. 206, grifo do autor).

909 "Ne emerge un quadro in cui l'udienza premilinare [...] assume una sempre più rilevante funzione di smistamento, capace di recare notevoli contributi sul terreno dell'economia processuale" (CONSO; GREVI, 1996, p. 475).

910 Quatro são as possibilidades do magistrado nessa fase: *sentenza dichiarativa d'incompetenza*; *sentenza di non luogo a procedere*; *decreto che dispone il giudizio* e *ordinanza di restituzione degli atti al pubblico ministero*. Nesse sentido: NAPPI, 2004, p. 236.

911 "Altra importante funzione dell'udienza preliminare è il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, attraverso uma valutazione di consistenza dell'accusa [...] la decisione che conclude l'udienza preliminare há natura processuale, non di mérito" (Ibid., p. 228).

acusado à fase de julgamento (*dibattimento*)[912]. Por conseguinte, o juízo desempenha uma função de controle sobre a legalidade do procedimento e acerca das garantias processuais do imputado[913].

Nesse caso prolata o *decreto che dispone il giudizio*[914], ato decisório complexo[915], anterior à análise do mérito[916], motivado na avaliação das provas, que tem por fim precípuo o reconhecimento de possível responsabilidade criminal do acusado nos fatos apurados, cujo contexto é merecedor de um julgamento adequado por parte do tribunal[917], este que também exerce um controle na atividade probatória do magistrado do primeiro grau[918].

O decreto que envia o acusado para ser julgado pelo tribunal é considerado uma decisão interlocutória terminativa[919], a qual encerra uma fase (*l'udienza preliminare* – instrução) e inaugura outra etapa procedimental (*debattimento* –

---

[912] "La rubrica del libro VII sta a indicare il **giudizio ordinario di primo grado**, che culmina nel **debattimento pubblico** davanti al tribunale (o alla corte d'assie, secondo la competenza per materia), nel quale le parti si affrontano per porre, in competizione fra loro, le basi probatorie della decisione finale. [...] è il giudizio di primo grado, e più precisamente il dibattimento di primo grado, il **momento centrale del processo**" (CONSO; GREVI, 1996, p. 549, grifo do autor).

[913] Cf. MERCONE, 1997, p. 405.

[914] O conteúdo e requisitos do *decreto che dispone il giudizio* estão no corpo do artigo 429 do *Codice di Procedura Penale*.

[915] O *decreto* é uma alternativa à *sentenza* vez que "si tratta di un atto complesso che introduce la fase dibattimentale" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 591).

[916] "Quest'atto segna la conclusione di un'udienza svoltasi nel contraddittorio tra le parti e con eventuali varianti sul piano così degli accertamenti come dell'imputazione, e può allora sembrare riduttiva la forma del decreto. Sennonché la scelta ha le sue apprezzabili ragioni perché un'ordinanza avrebbe reso necessaria la motivazione, con il pericolo di precostituire delle valutazioni giudiziali che il nuovo sistema vuole siano invece il frutto di quanto accadrà nel dibattimento" (PISANI *et al*, 1994, p. 393).

"Nel caso in cui il giudice, al termine dell'udienza preliminare, non accerti la sussistenza di una situazione probatoria che consenta di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere, emette il decreto che dispone il giudizio a norma dell'art. 429" (CONSO; GREVI, 1996, p. 483).

[917] "Una vez recibido el decreto que dispone el juicio [...], el presidente del tribunal o de la Corte de *Asises*, puede variar la fecha de audiência ya fijada, por una sola vez, anticipándola o difiriéndola, fundando tal modificación en motivos justificados, con ulterior noticia de las partes (art. 465)" (HENDLER, 1999, p. 185).

[918] "O juiz de segundo grau verifica se o órgão julgador de primeiro grau realizou uma 'má administração dos resultados probatórios', ou seja, verifica se houve equívoco tanto na valoração da credibilidade da fonte ou idoneidade do elemento de prova, como na interpretação dos vários resultados probatórios" (TONINI, 2002, p. 64).

[919] "Quanto alla pronuncia che dispone il giudizio, essa há forma di decreto e, oltre agli elementi necessari alla contestazione dell'accusa e alla vocatio in iudicium, deve contenere l'indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui esse si riferiscono (art. 429). È escluso che il decreto debba contenere una motivazione argomentata, onde evitare che il giudice del dibattimento possa essere influenzato dalla riconstruzione dei fati propostagli dal giudice dell'udienza preliminare" (NAPPI, 2004, p. 237-238).

julgamento do mérito)[920]. Dessa forma, tal decreto é lido na conclusão dos trabalhos da audiência preliminar, tendo por notificadas as partes presentes ao ato. Torna-se inatacável por via recursal, uma vez que se trata de uma decisão provisória que não analisa o mérito, mas tão somente a procedibilidade da acusação[921].

O mérito da causa somente é objeto de apreciação na fase de julgamento (*dibattimento*)[922], em que são discutidas em plenário as teses acusatórias e as contrateses apresentadas pela defesa[923] pode, a critério dos julgadores, ser deferida a produção de provas, realização de inspeção judicial e qualquer outro expediente que se faça necessário para a formação do convencimento acerca do mérito.

Constitui o julgamento do mérito (*dibattimento*) a destacada garantia da prestação jurisdicional penal, um verdadeiro direito do acusado[924]. Importante notar que essa decisão que encaminha o acusado deve ser motivada de modo cauteloso, não adentrando ao mérito da causa porque, assim o fazendo, pode influir no raciocínio a ser elaborado pelo tribunal na fase de plenário.

Tanto que os argumentos utilizados como fundamentação pelo órgão julgador na fase da audiência preliminar não são levados em conta para motivar o mérito, ao final dos debates, além da necessidade de haver, perante o tribunal, novo

---

920 "Il rinvio a giudizio comporta, per il giudice che lo dispone, l'onere della formazione del fascicolo per il dibattimento. Non si tratta di un adempimento formale, ma di attività che coinvolge le parti constituite in udienza, perché gli atti che entrano a far parte del fascicolo sono destinati ad avere diretta influenza probatória nel giudizio dibattimentale" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 626).

921 "L'accusa, dunque, ha superato il vaglio dell'udienza preliminare e deve essere sottoposta a quello dibattimentale: il decreto che dispone il giudizio, pertanto, conclude una fase e ne introduce un'altra" (SIRACUSANO *el al*, 1996, p. 211).

922 Cf. MERCONE, 1997, p. 413.

923 "Nel *dibattimento* (artt. 492-524 c.p.p.) occorre garentire queste forme, occorre organizzarle in atti ed operazioni *coram populo*, atraverso un immediato rapporto fra il giudice e la fonte di prova e secondo i tempi di una tendenziale concentrazione" (SIRACUSANO *et al*, 1991, p. 218, grifo do autor).

924 O *dibattimento* é "la discussione in forma accusatoria, cioè secondo i criteri del contraddittorio (v. vol. I, n. 48), della pubblicità (v. vol. III, n. 276), dell'oralità (v. vol. III, n. 274), dell'immediatezza e della continuità (2), di cio che concerne la pretesa punitiva fatta valere dal p.m. con l'azione penale, davanti al giudice competente investito di piena giurisdizione in mérito all'azione stessa. Il debattimento, di regola, è indispensabile per ogni giudizio su di uma imputazione penale, e l'otternelo è in ogni caso un diritto dell'imputato [...]. Il debattimento constituisce la parte più garantia del procedimento penale" (MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano – Del procedimento penale – Inizio dell'azione penale – Istruzione – Dibattimento – Impugnazioni – Esecuzione*. 6. ed. Aggiornata. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, v. 4, p. 430).

interrogatório do acusado, nova oitiva das testemunhas e a realização plena do contraditório[925].

Da análise do órgão julgador, se restar comprovada alguma causa extintiva de culpabilidade ou antijuridicidade, além da ausência de provas[926] ou de algum pressuposto fundamental para a ação penal, não há outro caminho senão proferir decisão no sentido de obstaculizar o seguimento da ação penal[927].

Isso se dá através da *sentenza di non luogo a procedere*[928], devidamente fundamentada[929] e também considerada publicada com sua leitura ao final da audiência preliminar.

A decisão de não enviar o réu a julgamento pode ser reavaliada a qualquer tempo, enquanto não operar a prescrição da pretensão punitiva ou extinguir-se a culpabilidade por outra causa, desde que surjam novas provas aptas a fundamentar uma decisão de envio do acusado a julgamento. É ato decisório atacável por via recursal, uma vez que potencializa um efeito definitivo ao processo, interrompendo sua trajetória natural e impedindo uma sentença de mérito[930].

---

925 Cf. PISANI *et al*, 1994, p. 395.

926 A decisão de não enviar o acusado a julgamento ocorre "quando la *prova indiziaria è carente*: mancanza di indizi di reità, presenza di indizi di innocenza, presenza di indizi di reità bilanciati da prevalenti indizi di innocenza. In tutti i casi, la situazione probatória deve essere tale da rendere prevedibile il proscioglimento in sede dibattimentale. In sintesi, la sentenza di N.L.P. presuppone la *prevedibile inutilità del dibattimento*" (MERCONE, 1997, p. 412, grifo do autor).

927 "Sotto questo profilo, la sentenza di non luogo a procedere funziona da norma di chiusura del sistema dell'archiviazione: se non si è valutata la sussistenza di una causa di inutilità del processo o essa e sopraggiunta dopo la richiesta di rinvio a giudizio, il giudice, all'esito dell'udienza, ribadisce, con il non luogo a procedere, che l'azione penale non doveva essere iniziata o che, comunque, non vi è necessita di passare al giudizio dibattimentale" (DALIA; FERRAIOLI, 2001, p. 587).

928 As formalidades da *sentenza di non luogo a procedere* constam do artigo 425 do *Codice di Procedura Penale*.

O órgão julgador prolata a "sentenza di non luogo a procedere se l'azione penale non proteva essere iniziata o proseguita per la mancanza delle relative condizioni, se il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, non è preveduto dalla legge come reato, non constituisce reato, oppure se il reato è estinto o l'imputato non è punibile" (PISANI *et al*, 1994, p. 397).

Tendo por base o Código de 1930 o magistrado prolatava a *sentenza di proscioglimento* "di non doversi procedere in tutti i casi in cui ritiene che non si debba instaurare la fase del giudizio [...] a) *il fatto non sussiste*: questa formula si adotta quando il giudice si sia convinto che il fatto materiale, così come contestato all'imputato in corrispondenza ad una fattispecei di reato, no esiste affatto [...]; b) *l'imputato non ha commesso il fatto*: tale formula presuppone la prova della sussistenza del fatto" (LEONE, 1968, p. 335, grifo do autor).

929 "La pronuncia di non luogo a procedere ha forma di sentenza e deve essere sommariamente (art. 426/1, lettera *d*) e immediatamente motivata (art. 424/4)" (NAPPI, 2004, p. 236).

930 Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 371.

Na esteira do pensamento explicitado a audiência preliminar, por ser etapa intermediária, antecedente ao julgamento de mérito, tem no sistema processual italiano o fito controlar a admissibilidade da acusação, deliberando acerca da imputação e verificando se estão reunidas as condições ensejadoras de um futuro julgamento adequado, tendo em vista a possibilidade de encaminhamento do acusado à fase de análise do mérito da causa, uma vez alcançados os pressupostos autorizadores[931].

Em que pesem todas as críticas[932], a doutrina do direito italiano vislumbra na audiência preliminar a função de monitoramento, uma espécie de mecanismo depurador, um filtro que se situa entre a fase investigatória e a de julgamento, apto para realizar a triagem necessária visando diminiur as injustiças do prosseguimento das ações penais infundadas e, como consequência, viabilizar a prestação jurisdicional.

Assim, apresenta a audiência preliminar uma característica essencialmente processual[933] e se posiciona com vistas a evitar a injustiça de enviar o acusado a um momento posterior de julgamento descabido, por estarem ausentes os pressupostos fundamentais de uma ação penal, além desse fato redundar em gastos desnecessários, desviando o aparelho estatal dos seus objetivos para análise de uma temerária ação penal.

---

931 "*Udienza preliminare in senso próprio è solo quella descisionale sul rinvio a giudizio*, che serve a delibare la *fondatezza dell'imputazione*, per evitare un inutile afflusso di processi al dibattimento" (MERCONE, 1997, p. 404, grifo do autor).

932 "Il richiamo alle matrici storiche e culturali dell'instituto non deve peraltro far dimenticare che, proprio nei sistemi di origine, l'udienza preliminare sta attraversando un periodo di crisi, al punto che ne è stata messa in discussione l'idoneità ad assolvere ai suoi compiti essenziali di filtro e di controllo" (CONSO; GREVI; 1996, p. 474-475).

933 "L'**udienza preliminare** consiste *nell'udienza destinata alla verifica preliminare, a fini exclusivamente procedurali, della fondatezza dell'accusa*. Nel processo pretorile l'udienza preliminare non esiste in quanto la sua maggiore snellezza e semplicità è apparsa al legislatore incompatibile con la complicazione procedurale di un'apposita udienza dedicata al vaglio preventivo dell'incolpazione" (MERCONE, 1997, p. 403, grifo do autor).

O principal traço dessa fase está na "funzione di filtro dell'uzienza preliminare sulle richieste di rinvio a giudizio del pubblico ministero risulta cosi notevolmente **potenziata**, in quanto la possibilita di pronunciare sentenza di non luogo a procedere abbraccia ora anche i casi in cui la prova sulla non sussistenza o sulla non commissione del fatto non si pone in termini di 'evidenza', ma può essere argomentata e ritenuta dal giudice nell'ambito di un quadro probatório di 'incerteza', nel quale gli elementi a favore prevalgono su quelli a carico dell'imputato, anche nella prospettiva di evitare la celebrazione di dibattimenti 'inutili'" (CONSO; GREVI; 1996, p. 470, grifo do autor).

3.6 O modelo inglês para o controle da admissibilidade da acusação

O direito inglês se extende pelos territórios do Reino Unido e do País de Gales e é destacadamente conhecido pela ausência de uma codificação de processo penal. As regras que dizem respeito à aplicação nessa seara estão plasmadas em vários diplomas legislativos – vários que remontam ao século XII – e, principalmente, em decisões das cortes judiciais que formam ampla jurisprudência aplicável naqueles territórios. O modelo inglês é conhecido pela chancela de *common law*[934] e, reconhecidamente, como o nascedouro da instituição do júri[935].

Como nunca houve uma estrutura programada e escrita para a aplicação do processo penal, o desenvolvimento das regras atinentes à Justiça Penal se deu de forma lenta e cadenciada. Nesse aspecto muito contribui o direito consuetudinário através da invocação de usos e costumes que permeavam as civilizações formadoras da cultura britânica.

Como não há uma Constituição formalmente escrita e sim uma coletânea de escritos e costumes, o que se percebe, em relação aos princípios fundamentais que norteiam o processo penal, é que são aplicadas aos casos práticos as orientações extraídas dos julgados e das jurisprudências dominantes na cultura jurídica inglesa.

Os comandos extraídos das jurisprudências, em grande parte, ostentam o *status* constitucional[936], tratando sobre preceitos como, por exemplo, celeridade

---

[934] Dessa forma, "a *Common Law* constitui uma 'família de direitos', à qual pertencia a maioria dos direitos dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a 'família dos direitos romano-germânicos', à qual se filia o Direito brasileiro" (SOARES, 1999, p. 31).

[935] Há que perceber que "a história do júri inglês se confunde com a das mais belas justas da palavra, esplendentes vitórias de fúlgidas inteligências e de preclaros caracteres" (MELLO, 1941, p. 39).

[936] Sobre dois antigos atos do parlamento concernentes à aquisição do *status constitucional* nota-se que "o primeiro destes é a cláusula 29 da Magna Carta de 1215, com a seguinte redação: 'nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de sua liberdade, ou de seu feudo, ou dos seus tributos, ou será marginalizado ou banido, ou de qualquer outra forma vilipendiado; nem se lhe passará qualquer condenação a menos que ela ocorra dentro de um julgamento justo, pelos seus pares, de acordo com as leis da terra [...]'. Outro estatuto 'constitucional' neste campo é o *Bill of Rights Acts* de 1688, que determina 'que a fiança excessiva não poderá ser imposta, bem como não poderão ser impostas penas excessivas nem cruéis nem serem infringidas punições inusuais'" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 251-252).

processual, direito à liberdade, garantia da análise do mérito por juízos legalmente constituídos, presunção de inocência, publicidade dos julgamentos, direito ao reexame da matéria na via recursal, dentre outros.

Com nítida feição do sistema acusatório, o modelo inglês adota uma divisão sistemática de funções, mantendo-as em dois eixos: a investigatória e a de instrução e julgamento dos feitos[937]. No entanto, hodiernamente, tem-se admitido ao magistrado o poder investigatório para determinar a realização da prova para fomentar o seu convencimento.

O sistema da *common law* admite a possibilidade do acusado se declarar culpado, tendo por consequência obrigatória o reconhecimento conclusivo de sua culpa, em qualquer fase do processo penal inglês. Esse mecanismo apresenta duas facetas. A primeira, tendo em vista a sobrecarga de trabalho dos órgãos oficiais, é a de atingir o mérito contemplando a celeridade processual, vez que é abreviada a instrução criminal. A segunda, na ótica do acusado, implica numa obrigatória redução do *quantum* da pena aplicada ao final do julgamento.

Quanto às fases do procedimento para a persecução criminal nos moldes da sistemática inglesa, tem-se um primeiro estágio calcado nas investigações e persecuções iniciais[938]. Se houver um pedido de reconsideração da decisão de persecução, passa-se para um segundo estágio que decide pela continuação ou término dos procedimentos persecutórios. Da decisão tomada nessa segunda etapa, três são as vias possíveis[939]:

---

937 "Diferentemente da França, Bélgica e Alemanha, não é considerado ser a maior parte das funções da corte ativamente procurar a verdade. Tradicionalmente, é encarado como tarefa da acusação, acusar; da defesa, defender, e, do Tribunal do fato decidir, ao final do dia, se a acusação comprovou o que dizia. Isto dito, deve ser acrescido que nos dias de hoje existe uma clara sinalização da quebra dessa divisão de funções" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 271).

938 A etapa inicial do processo "tiene dos momentos: uno de investigación, en el que interviene la policía como órgano investigador y promotor del proceso, y uno de revisión, en el que la Fiscalía General del Estado debe decidir si continúa o detiene la causa. Esta etapa preparatoria es común para todos los delitos" (HENDLER, 1999, p. 301).

939 Cf. DELMAS-MARTY, 2005, p. 276.

a-) adotar o procedimento sumário na Corte de Magistrados, aplicado aos crimes com menor gravidade (*summary offences*)[940];

b-) adotar o procedimento para determinação do modo de julgamento, aplicado a qualquer tipo de infração (*purely indictable offences*);

c-) adotar o procedimento para processar a acusação na Corte da Coroa, nos crimes com vários réus.

Atualmente na Inglaterra se distingue entre infrações maiores e infrações menores[941]. As infrações consideradas de maior gravidade são submetidas a um procedimento denominado de *indictable offences*[942], ao passo que as de menor gravidade são processadas de acordo com o denominado *non indictable offences*. Em específico, no que toca aos delitos de maior gravidade há uma subdivisão procedimental para a análise da admissibilidade da acusação, em primeiro plano, para a submissão do mérito da causa para um tribunal de jurados, ao final[943].

3.6.1 Características da atividade de investigação e persecução criminal

Partindo-se do pressuposto da probabilidade concreta de condenação nem todas as infrações que se tenham notícia são apuradas na Inglaterra. O esforço de persecução criminal somente é efetivado a partir da constatação de que o expediente

---

940 "'*Summary offences*' son los delitos que pueden ser juzgados por tribunales con competencia sumaria y el juicio es conducido por magistrados sin la intervención de un jurado popular (Tribunales de Magistrados)" (HENDLER, 1999, p. 299).

941 "A distinção atual, como parece natural na Inglaterra, baseia-se em regras processuais: as infrações maiores (*indictable offences*) são as julgadas, ou, pelo menos, as que podem ser julgadas, pela Crown Court, ao passo que as infrações menores (*non-indictable offences, petty offences*) são as julgadas pelas Magistrates Courts. A distinção, assim apresentada considerando-se suas origens, deixou porém de corresponder à realidade. Em muitos casos, hoje, as *indictable offences* podem ser julgadas, e o são efetivamente, pelas Magistrates' Courts" (DAVID, René. *O direito inglês*. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47).

942 "*Indictable offences* son los delitos que deben ser juzgados por jurados y que tienen lugar ante el Tribunal de la Corona" (HENDLER, 1999, p. 299).

943 Cf. SMITH, John; HOGAN, Brian. *Criminal Law*. Inglaterra: Butterworths, 1996, p. 24.

de investigação foi concluído com êxito e que as provas colhidas nessa fase[944] são suficientes o bastante para que seja movido o aparato judicial visando uma efetiva análise do mérito da causa[945]. No sentido contrário, quando da fragilidade ou ausência de provas, não há que se falar em persecução.

Dessa feita, a polícia assume o papel de investigar a suposta infração, colhendo os elementos de prova e decidindo acerca da suficiência de lastro probatório para encaminhar o feito ao Poder Judiciário, uma vez que o sistema inglês não conta com o Ministério Público[946].

Mesmo com esse traço peculiar no sistema investigatório inglês as atividades policiais que envolvam restrições à liberdade e buscas e apreensões, por exemplo, somente podem ser conduzidas adiante a partir de mandados judiciais para tanto, demonstrando o pontual controle judiciário nessa etapa.

Quanto às provas que compõem a base de uma acusação, as restrições, principalmente no que tange à licitude e formalidades quanto a sua colheita, são rigorosamente aplicáveis[947]. As regras de exclusão da prova se pautam no rigor e em certos preceitos estabelecidos pelo direito consuetudinário, os quais determinam orientações não só para a colheita da prova como para sua apresentação em juízo. A prova oral, nessa metodologia, tem uma importante função quando inscrita como prova a ser analisada pelo órgão jurisdicional.

---

944 "O princípio admitido em direito inglês, herdado da tradição e que continua vigente, pelo menos em tese, é o da acusação 'popular'. Qualquer cidadão pode mover uma ação pública e pedir que seja punida uma infração penal de que teve conhecimento. [...] A autoridade que vai tomar a iniciativa da ação penal é hoje, na Inglaterra, em geral a polícia" (DAVID, 2000, p. 48).

945 "La maquinaria procesal suele ponerse en marcha con una denuncia realizada ante la policía o con la constatación del delito por la propia institución. [...] Si bien toda esta primera etapa el llevada a cabo y dirigida por la policía, en ella puede intervenir un juez de paz (*justice of the peace*), quien puede controlar algunos aspectos de lo efectuado y librar órdenes para realizar ciertos actos" (HENDLER, 1999, p. 301).

946 "Não há, na Inglaterra, Ministério Público. O processo penal se desenrola como um processo civil; é um processo entre particulares; [...] O processo penal inglês se desenrola entre dois cidadãos, pouco importando que um deles, o que acusa, exerça a profissão e vista o uniforme de policial; aquele que acusa e aquele que se defende estão, abaixo do juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas, num mesmo plano. A autoridade real, o poder público, não estão em pauta num processo penal" (DAVID, 2000, p. 50).

947 "Los elementos recogidos en la investigación policial únicamente sirven para evaluar si corresponde y conviene la acusación del imputado o, por el contrario, si debe cerrarse el caso. [...] Es la propia polícia la que resguarda la legalidad de sus actividades, ya que la sanción de una irregularidad implicará la exclusión de las pruebas obtenidas, aunque esto recién sucederá en la etapa de juicio" (HENDLER, 1999, p. 302).

O sistema também prevê a participação ativa do investigado na produção da prova. No entanto, são limitados os seus meios para tanto, uma vez que, ao contrário da força policial, não goza de coercitividade na sua empreitada. Logo, o investigado não tem poderes para compelir testemunhas a depor em seu favor, a entregar-lhe documentos, etc. Ao lado dessa ativa participação, tem o investigado o direito ao silêncio, podendo simplesmente se recolher e aguardar a conclusão das investigações policiais[948].

A segunda e última parte da investigação policial recebe a denominação de *etapa de revisão* e está a cargo da acusação estatal. Uma vez notificado da conclusão da investigação policial, o Estado deve analisar o contexto das provas até então obtidas e possibilidade futura de uma condenação do investigado para determinar se os autos devem seguir para a audiência preliminar ou não e, até mesmo, se diligências complementares devem ser realizadas[949].

3.6.2 A audiência preliminar e o controle da acusação

Claro está que a continuidade ou não da persecução criminal é determinada exclusivamente na fase policial. Não se vislumbra uma etapa no processo criminal inglês que possa ser considerada efetivamente como etapa intermediária entre as fases policial e judicial[950]. No entanto, alguns procedimentos são bem caracterizados

---

[948] Como garantia processual estabelecida no direito inglês, no decorrer da etapa investigatória e judicial "el imputado puede optar en reiteradas oportunidades por prestar declaración ante las autoridades o permanecer en silencio" (HENDLER, 1999, p. 304).

[949] Ibid., p. 303.

[950] "Por séculos, uma fase essencial antes do julgamento com base numa imputação formal perante a Corte da Coroa, foi o exame das provas pelos magistrados, com base nas quais eles decidiriam se havia fundamento suficiente a justificar o envio do caso para julgamento. Em outras épocas, isto sempre envolveu a oitiva oral ao menos das testemunhas da acusação. [...] Depois, em 1998, nova reforma determinou que, quando a infração fosse passível de julgamento apenas após a imputação formal, os magistrados deveriam encaminhar o caso para a Corte da Coroa sem que se procedesse a um exame prévio de qualquer forma. Ao mesmo tempo, outros textos legislativos permitem ao acusador, em certos tipos de caso, passar pela fase de admissibilidade por meio de um procedimento denominado 'transferência a julgamento'. Parece que a verificação da admissibilidade enquanto tal está em vias de ser abolida" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 284).

e registram alguns destacados marcos no processo penal inglês como, por exemplo, a chamada audiência preliminar.

A audiência preliminar (*Plea and Direction's hearing* ou *preliminary hearing*[951]) é considerada no sistema procedimental inglês um momento específico no qual a Corte de Magistrados (*Magistrate's Court*)[952] avalia os elementos de prova apurados contra o investigado quando da persecução criminal, a fim de decidir acerca da admissibilidade ou não da acusação formulada, nos casos que demandam complexidade ou sejam extensos.

Destina-se tal audiência a dois objetivos imediatos. O primeiro se refere a oportunizar ao acusado a possibilidade de se declarar culpado[953] com o benefício de uma redução de pena, além de minimizar os encargos processuais e desgastes de uma batalha judicial mais extensa. O segundo, a cargo das partes, diz respeito à identificação dos principais pontos que devem ser levados em consideração para os debates em juízo[954].

Nessa audiência participam acusação[955] e defesa, as quais podem praticar livremente atos no interesse de suas teses, tais como: produzir novas provas, solicitar exames periciais, requerer diligências complementares, realizar a oitiva das

---

951 "Essa audiência deve ser feita assim que for possível; em geral, ela ocorrerá sem mais tardar, depois que a acusação tiver sido formulada, já tendo a polícia reunido então provas suficientes nesse momento para estar em condição de apresentar a acusação" (DAVID, 2000, p. 54).

952 "A Corte de Magistrados é constituída por um colegiado de juízes leigos ou, ocasionalmente, um juiz de distrito, e a constituição da corte é a mesma com ou sem a assunção de culpa. [...] Na Corte de Magistrados a ausência do juiz e do júri significa, é claro, a ausência da explicação final, do juiz sumariando o caso para os jurados antes que eles se retirem para deliberar [...] os julgamentos sumários são consideravelmente menos formais. [...] No julgamento sumário, o integrante do CPS apresenta o caso ao réu que, se tiver um advogado, será um *solicitor*, e as únicas pessoas que usam becas são os oficiais porteiros. Porque os procedimentos são menos formais, eles são usualmente muito mais rápidos" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 290-291).

953 Nessa audiência preliminar "el juicio comienza con el *arraignment*, acto que consiste en la identificación del imputado y da lectura de la acusación formal (*indictment*), lectura que efectua el secretario del Tribunal de la Corona. Frente a ella, y respecto a cada imputación en curso (*counts*), el imputado deberá declararse 'culpable' o 'no culpable' (*guilt* o *not guilty*)" (HENDLER, 1999, p. 307).

954 É viabilizada essa audiência "para *a)* evitar el juicio y proceder al dictado inmediato de una sentencia (en la eventualidad de una declaración de culpabilidad) o, *b)* colaborar con el juez en la aproximación al caso y la conveniente fijación de la fecha del debate" (Ibid., p. 306).

955 O *solicitor* é um advogado que presta serviços na acusação no processo penal inglês. "Nessas condições, o advogado da acusação está menos preocupado que nosso Ministério Público em obter uma condenação (*prosecution minded*); ele se considera muito mais como um profissional do direito do que como um instrumento de acusação" (DAVID, 2000, p. 50).

testemunhas, apresentar documentação probatória, dentre outros. Não há um juiz de instrução no direito inglês porque não há uma fase instrutória no sentido estrito do termo.

A característica marcante da audiência preliminar reside no fato de que o controle do sistema acusatório preserva o acusado de ser levado a julgamento em fase posterior quando da ocorrência de um fato atípico, de uma situação em que não haja prova suficiente para sua condenação, da ausência de justa causa, por exemplo.

No entanto outros pontos, não menos importantes, podem ser decididos nessa audiência, tais como, o detalhamento da acusação que é formulada para a completa ciência do réu, o juízo que deve ser o competente para a fase de julgamento do mérito, a manutenção ou não da prisão preventiva do acusado, dentre outros aspectos[956].

Caso o acusado manifeste a sua inocência[957] quando das alegações finais na audiência preliminar[958], os autos devem ser remetidos ao Tribunal Penal (*Crown Court*) com a formação de um júri, composto por doze jurados, competente para dirimir acerca da culpabilidade do réu[959].

---

[956] Para a defesa o objetivo fundamental da audiência preliminar reside em conhecer "detalhadamente, a acusação que pesa sobre ela e os meios que pretende empregar [...], acrescentando um interesse à audiência preliminar: ela não permite que a acusação utilize, quando do julgamento da causa, argumentos ou testemunhas de última hora e que não teriam sido apresentados na audiência preliminar. O mesmo princípio não vale para a defesa" (DAVID, 2000, p. 56).

[957] Destarte, "si el acusado se declara 'no culpable', tendrá lugar el juicio. En consecuencia, se realizará la elección de los miembros del jurado, de entre el panel de los veinte que fueron previamente seleccionados por sorteo, y luego de la lectura de sus nombres y de las posibles recusaciones, aquéllos prestarán juramento" (HENDLER, 1999, p. 307).

[958] Por assim dizer "quando o réu se declara 'não culpado', segue-se o julgamento. Fora o contexto legal, a palavra 'julgamento' significa 'julgar', e isto sublinha o conceito legal: as alegações da acusação são julgadas [...] na Inglaterra, a Corte Criminal apenas decide sobre a culpa ou inocência quando o réu não asume a culpa [...] a assunção de culpa é conclusiva e a ela se segue uma sentença a que esta matéria não apreciará. [...] O júri inglês (diversamente do francês) apenas lida com o estabelecimento da culpa ou inocência. Na Corte de Magistrados a sentença, assim como a questão da culpa ou da inocência é decidida seja por um colegiado de magistrados leigos ou um juiz monocrático distrital" (DELMAS-MARTY, 2005, p. 293-334).

[959] Acerca do processo diante do júri, detaque para o fato de ser "um processo inteiramente oral, em que se sucedem as testemunhas de acusação e as testemunhas de defesa submetidas à *examination-in-chief* e à *cross-examination*. [...] Uma das características mais notáveis desse processo, oposto ao processo francês, é a ausência de interrogatório do acusado pelo juiz. [...] Outra característica notável do processo penal inglês é a estrita regulamentação das provas consideradas admissíveis ou não na audiência. O processo se desenrola diante de um júri, a quem é submetida uma só questão: o acusado é ou não culpado? O direito inglês visa concentrar a atenção nessa questão, e apenas nela" (DAVID, 2000, p. 58-59).

Com a decisão pela culpabilidade do acusado está encerrada a audiência preliminar e os autos são remetidos para a fase final de julgamento do mérito. Nesta, o órgão acusador estatal abre os trabalhos com um relato da peça acusatória com a tipificação do fato, as provas colhidas até então e o pedido formal de condenação. Após o juramento prestado pelos juízes de fato, ouvem-se as testemunhas e se aclaram os debates. Em seguida à advertência do juiz presidente, é iniciada a votação para, finalmente, ser proferido o veredicto pelo Conselho de Sentença[960].

3.7 A acusação no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América

Os sistemas jurídicos modelados na *common law* não seguiram metodologia única e não mantiveram uma feição uniforme. Ao contrário, buscaram se adaptar às realidades vivenciadas pelas sociedades a que serviam, sendo influenciados pela cultura peculiar adstrita aos costumes internamente adotados em cada qual.

Das possíveis variáveis apresentadas pela literatura e que contribuíram para as diversidades vislumbradas em tais sistemas do *common law*, pode-se destacar a influência exercida pelo Absolutismo europeu, o poder e hierarquia dos clérigos (principalmente na Idade Média), a extensa formação de tribos nômades com cultura própria dentro de uma mesma área geográfica de domínio de um determinado sistema, dentre outros[961].

O sistema de direito adotado pelos Estados Unidos da América é diferenciado dentre os demais que seguem a linha do *common law*, corroborando a assertiva de sua diversidade frente ao sistema de direito inglês. Inclusive há de se

---

[960] "Na Inglaterra, antes de se iniciarem os debates, o juiz ministra aos jurados as instruções necessárias para que possam com largo descortino apreciar e julgar a causa" (MELLO, 1941, p. 105).

[961] Da multiplicidade nos sistemas que adotaram a *common law* tem-se que "as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos continental e inglês são resultado da dialética entre as esferas de emanação do poder – do poder político e jurisdicional. De como, enfim, essas esferas agiram e interagiram na Inglaterra e na Europa continental, na fase de formação desses sistemas. Algo que ocorreu entre os séculos onze e quatorze" (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39).

observar que em determinada matéria pode ocorrer a aplicação de um direito específico a depender do Estado-membro[962] em que a lide é debatida, reforçando ainda mais a complexidade desse sistema de direito e o diferencial para os padrões adotados na Inglaterra, muito embora se percebam traços deste naquele[963].

Nos Estados Unidos o processo penal segue a linha do procedimento acusatório[964], apresentando uma fase de investigações policiais e outra essencialmente judicial. A lei assegura a participação do Promotor Público (*prosecutor*)[965], o qual pode ser nomeado ou concursado, como responsável pela titularidade da ação penal, observando o princípio da discricionariedade do exercício da ação penal[966].

3.7.1 O trabalho de investigação criminal e seu controle

O sistema de processo penal dos Estados Unidos é, na sua essência, acusatório. A acusação está a cargo do Promotor Público que a deduz perante um juízo instituído e responsável pela condução dos trabalhos processuais. A orientação pelo respeito às garantias constitucionais ao acusado (*accused*) é uma das

---

962 "Outro traço fundamental dos EUA é que nasceram como um Estado federalista [...] e, sobretudo, presidencialista [...], tendo sido o primeiro país a consagrar em suas leis a separação dos poderes à Montesquieu, tanto em nível federal quanto nos ordenamentos dos Estados-membros. [...] No que se refere ao contraste *Common Law v. statute law* [...]: é avassaladora a influência do *jus scriptum* nos EUA, embora permaneça o *case law*, como a espinha dorsal do sistema, tanto em nível federal quanto dos Estados federados" (SOARES, 1999, p. 58-63).

963 Cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad.: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 3-18.

964 "Proprio la realtà operativa del *criminal justice system* mette in luce due aspeti che inquinano, in diverso modo, la pureza del modello e il suo equilibrio interno, così come risultano dalla sintesi fin qui prospettata" (AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988, p. XXXVIII).

965 "Os promotores são os únicos responsáveis pela dedução da acusação criminal em juízo. Não há, nos EUA, ação penal de iniciativa privada. Em alguns casos, como o dos promotores federais, têm eles também atribuições cíveis, de verdadeiros advogados da União [...]. Não é da tradição dos promotores a realização de investigações criminais" (RAMOS, 2006, p. 105).

966 Assim, "la letteratura processual penalistica nordamericana suole parlare di *prosecutorial discretion* ad indicare come la sorte della pretesa punitiva sai affidata alle scelte libere e pressoché insindacabili del titolare dell'accusa: fi fronte al flusso di notizie di reato immesso nell'ufficio, egli ha facoltà di decidire se esercitare o meno l'azione penale" (DEGANELLO, M.; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETTO, G. *Il processo penale statunitense – soggetti ed atti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 29).

características do sistema em questão, traço marcante do processo de democratização desse país[967].

O acusado quando preso por um crime cometido é conduzido à presença de um oficial de justiça (*magistrate*) responsável pela condução do inquérito preliminar, o qual está ínsito na fase das investigações preliminares (*preliminary investigations*)[968]. Tal inquérito é dito preliminar porque sua principal característica é a de verificar a existência de provas suficientes que sejam determinantes para a manutenção da prisão do acusado.

A fase investigatória (*investigatory stage*) apresenta três metas bem definidas. A primeira delas se resume na delimitação dos contornos em que ocorreu o crime, visando o levantamento das circunstâncias criminais. A segunda meta visa obter a autoria dos fatos criminais. Por fim, e não menos importante, objetiva-se a colheita das provas e sua regular manutenção.

É muito comum nesse momento investigativo a adoção de redobrada cautela, vez que há uma elevada repulsa dos meios sociais frente à ilegalidade e abuso das prisões, bem como, a manutenção indevida de pessoas no cárcere antes da existência de um sentenciamento definitivo. Assim, o suspeito tem garantido o silêncio nessa fase, reservando-se o direito de falar somente no juízo competente após uma denúncia formalizada.

Alguns Estados da União adotam regime segundo o qual as investigações podem ser conduzidas perante um órgão com vias inquisitoriais[969] (Grande Júri –

---

967 "Na verdade, pode-se concluir que *criminal* se refere ao que denominamos Direito Penal (Código Penal, Código de Processo Penal, leis penais *stricto sensu*), enquanto *penal* nos EUA se reporta ao direito penal *lato sensu*, para mais especialmente referir-se aos efeitos cíveis e administrativos (multas) de uma infração menor" (SOARES, 1999, p. 125, grifo do autor).

968 "Na etapa das *police investigations*, tão logo uma pessoa é presa (*arrested, to be under arrest*), deve ser apresentada a um funcionário controlado pelo Judiciário, o *magistrate*, para as *preliminary examinations*"(Ibid., p. 129)

969 Dessa forma infere-se que "il *grand jury* è sostanzialmente un organo inquisitorio non solo perché ha il potere di investigare ed acquisire prove *ex officio*, ma anche perché l'imputato e il suo difensore sono del tutto estromessi dal procedimento che si svolge davanti ai giurati" (AMODIO; BASSIOUNI, 1988, p. XXXVIII).

Grand Jury),[970] caso o fato até então apurado pela inteligência policial indique na direção de ter havido a prática de um crime capital ou por outra razão infame, de natureza federal ou estadual. Contudo, há de se ressaltar que há previsão no sentido do suspeito, caso queira, abrir mão do direito de ser investigado por esse colegiado[971].

Aqui se observa nitidamente a existência de uma verdadeira câmara de controle do trabalho investigatório visto que todas as diligências, bem como, as provas que são apuradas, passam pelo crivo do grande júri o qual, a um só momento, passa a ser destinatário e autor da investigação[972].

3.7.2 A formalização da acusação no processo penal

Com o libelo acusatório a cargo do promotor, o suspeito e sua defesa são informados a respeito da natureza da acusação deduzida, a espécie e o rol das provas até então obtidas[973] e que devem ser apreciadas pelo grande júri (*Grand Jury*),[974] com

---

970 Analisando o caráter crítico do grande júri, tem-se que este é "uma invenção inglesa. Destinou-se, na concepção original, a evitar que alguém fosse levado a julgamento, pela prática de crime, sem uma causa provável. [...] no sistema federal, o acusado de quaisquer dos crimes mais graves do ordenamento jurídico pode abrir mão do indiciamento por um grande júri, desde que o faça consciente e livremente. A explicação para o declínio do prestígio do grande júri vem de uma certa subversão de seus princípios originais. Seu papel, no princípio, era o de declarar a viabilidade de uma acusação; de ser uma barreira, enfim, contra as acusações apressadas. Contudo, a realidade prática não tem sido essa. O grande júri é um órgão genuinamente inquisitório, que não precisa considerar o imputado como parte de um processo, ao menos não até formalizar-se uma suspeita. Além disso, no procedimento, o grande júri lança mão das diligências típicas de um inquérito; e, ao final, decide sobre seu acerto. E é nesse ponto que o grande júri desserve à causa para a qual foi originalmente concebido; ao afiançar a acusação, muitas vezes enfraquece o direito de defesa que há de ser exercido a partir da instauração do processo perante o pequeno júri" (RAMOS, 2006, p. 134).

"Enfim, a atuação do *Grand Jury* e do *Jury* é garantia do *Due Process*, que incide sobre a imparcialidade que tanto o juiz, funcionário do Poder Judiciário, quanto os jurados, enquanto julgadores leigos, devem ter, na consideração de que ambos são julgadores imparciais (*impartial arbiters*)" (SOARES, 1999, p. 127).

971 Discorrendo acerca do poder de auxílio do grande júri no ordenamento penal estadunidense: "Tali poteri fan sì che la '*grand jury*' sia un utile ed importante organo istruttorio" (MAYERS, Lewis. *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*. Trad.: Maria Grazia Curletti. Milano: A. Giuffè Editore, 1967, p. 81).

972 Cf. RAMOS, 2006, p. 178.

973 Cf. FARNSWORTH, 1963, p. 139.

974 "Il *grand jury* è un organo formato da laici e costituito presso una Corte competente a giudicare in sede dibattimentale. La funcione del *grand jury* è quella di indagare in per accertare se sia configurabile un reato ed emettere un atto d'accusa chiamato *indictment*" (AMODIO; BASSIOUNI, 1988, p. 122).

uma composição de jurados que pode variar, em consonância com a legislação federal, de 16 a 23 membros.

O Grande Júri, em sua origem, tinha a responsabilidade pela análise e declaração da viabilidade de uma acusação deduzida em juízo, servindo como uma instituição de controle da admissibilidade acusatória[975]. Atualmente tal órgão tem atuação dinâmica no sistema jurídico estadunidense com atribuições variadas como as tarefas de investigação, análise da viabilidade acusatória e a realização de atos instrutórios, por exemplo, avaliar o conjunto probatório trazido aos autos[976].

Quanto à formalização da acusação propriamente dita, a pauta legal estabelece três vias para sua concretização[977]. Quando há o direcionamento de um pedido para que o tribunal analise e determine a viabilidade da medida prisional contra o acusado da prática do crime, ocorre a queixa (*complaint*), esta que geralmente é deduzida na fase investigatória.

Quando o Grande Júri analisa as provas colhidas e vislumbra uma justa causa para que o acusado seja levado a julgamento pelo crime apurado, ocorre o indiciamento (*indictment*), ou seja, vislumbra-se a fase *before trial* (*pretrial*)[978], tendo por característica marcante a ocorrência dos debates que antecedem o julgamento do mérito[979] e, também, percebe-se menor rigidez no controle jurisdicional.

---

975 É tarefa do Grande Júri "a) acusar infratores que violaram crimes previstos na legislação penal, considerando existirem provas suficientes apresentadas pelo Promotor; b) investigar possível cometimento de crimes. O Grande Júri, assim sendo, é um organismo judicial de acusação ou de investigação, mas não tem função de decidir sobre inocência ou culpabilidade do possível infrator" (OLIVEIRA, 1999, p. 106).

976 Daí "ha affossato la capacita dell'udienza avanti al *grand jury* di ergersi a efficace filtro delle accuse infondate" (DAGANELLO et al., 1994, p. 80).

977 Cf. RAMOS, 2006, p. 187.

978 Cf. SOARES, 1999, p. 128 e 130.
Das características da fase *pretrial*, ainda: "Tutta la fase *pretrial* è del resto caratterizzata dal ruolo dominante della polizia e del *prosecutor* al punto che l'intervento del *magistrate*, vuoi per mancanza di autorevolezza dovuta alla sua posizione di laico privo di preparazione giuridica, vuoi per l'enorme carico di lavoro che impedisce una attenta valutazione delle domande, finisce per risolversi il più delle volte in uma ratifica formale dell'operato degli organi dell'investigazione" (AMODIO; BASSIOUNI, 1988, p. XXXIX).

979 Destaque ofertado à importância da realização dos atos que antecedem ao debate judicial: "Tra la contestazione dell'accusa ed il dibattimento intercorre un periodo durante il quale la difesa può proporre istanze e memorie, sia in vista del dibattimento sia del proscioglimento senza dibattimento e l'imputato può riconoscere la propria colpvolezza o, con il consenso del tribunale, dichiararsi colvepole di un reato minore" (MAYERS, 1967, p. 109).

Findando a fase de debates e tendo sido admitida a acusação[980], o acusado é levado ao chamado Pequeno Júri (*Petit Jury* ou *Trial Jury*)[981], colegiado composto de doze jurados com competência para o julgamento dos crimes de diversas naturezas[982], sempre respeitadas a legislação de cada Estado-membro da federação norte-americana[983].

Ainda pode ocorrer do Promotor Público diretamente apresentar a acusação contra o suspeito da prática de um crime. Nesse caso ocorre a *informação* (*prosecutor's information*). Trata-se de um ato formal, escrito, apresentado junto ao Poder Judiciário, no qual o agente público descreve o fato criminoso e a conduta desenvolvida pelo indivíduo, bem como, relaciona as provas que sustentam sua pretensão em juízo.

Ressalta-se que a audiência preliminar (*preliminary hearing*) realizada na presença do grande júri ou, caso o investigado abra mão desse direito, de um juiz singular, tem por escopo final analisar a viabilidade da acusação formulada contra o indivíduo. Esse procedimento é tomado como um potente mecanismo depurador, controlando a atividade acusatória e, com isso, analisando a viabilidade de inaugurar uma fase judicial encaminhando o mérito da causa para a análise do segundo conselho – o Pequeno Júri[984].

---

980 Invocando a falta de jurisdição na fase dos debates que antecedem ao julgamento do mérito, na chamada fase *pretrial*: "[...] nella prassi, le attività compiute nel periodo pre-dibattimentale sono altamente "*degiurisdizionalizzate*", nel senso che l'effettività dei controlli affidati al giudice è azzerata vuoi a causa delle difficoltà connesse allo samtimento di un'enorme volume d'affari penali" (DAGANELLO et al., 1994, p. 59).

981 Cf. FARNSWORTH, 1963, p. 141.

982 "Dispõe a Constituição (art. 3.º, seção 2.ª, cláusula 3.ª) que, exceto nos casos de *impeachment*, o julgamento de todos os crimes far-se-á pelo júri, no local onde os crimes houverem ocorrido e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados-membros (*e.g.*, no mar, nas divisas, no espaço aéreo), no lugar determinado por lei. [...] O julgamento dá-se, geralmente, por um júri formado por 12 membros, embora a Suprema Corte tenha decidido [...] que esse número não é constitucionalmente requerido, isto é, pode variar para mais ou para menos de acordo com a legislação ordinária de cada Estado-membro ou mesmo da União" (RAMOS, 2006, p. 117-118).

983 "Ao Pequeno Júri comporta a específica responsabilidade de julgar o réu inocente ou culpado. [...] Cabe também ao Pequeno Júri fazer recomendação parao o Juiz sobre a pena a ser aplicada ao condenado" (OLIVEIRA, 1999, p. 106).

984 Os trabalhos desenvolvidos na audiência preliminar funcionam como um verdadeiro filtro e essa "[...] udienza il cui scopo è quello di deliberare il fondamento dell'accusa ai fini del rinvio a giudizio. Si tenga tuttavia conto che la *preliminary hearing* può essere '*bypassed*' se l'atto di rinvio a giudizio viene formulato dal *grand jury* prima che essa abbia luogo (nelle giurisdizioni laddove quell'istituto è tuttora operante) ovvero se l'imputato vi ha fatto espressa rinuncia" (DAGANELLO et al., 1994, p. 61).

3.7.3 Providências judiciais

Realizada formalmente a acusação, esta deve ser entregue oficialmente à defesa do acusado para o encaminhamento dos trabalhos visando a sua manifestação ao longo do processo que se desenvolve. Ao promotor cabe a missão de sustentar as evidências obtidas com o fito de demonstrar o nexo entre a conduta do acusado e o resultado criminoso obtido, após meticulosa análise realizada junto aos autos no que tange à viabilidade de uma sentença condenatória ao final da análise do mérito pelo segundo conselho.

Tanto a acusação como a defesa possuem igual liberdade – que é ampla – para a produção da prova, em homenagem ao princípio da isonomia processual[985]. Com o ônus *probandi* da exclusiva atribuição das partes, não assiste ao juiz, nessa sistemática, a iniciativa para a realização da prova em nenhuma fase do processo penal estadunidense.

Na grande maioria dos Estados da federação norte-americana a acusação formal se reveste de uma pronúncia ou de uma informação[986], a qual é seguida da oitiva do acusado para sua declaração formal acerca da culpabilidade (*guilt*) ou inocência (*not guilt*) perante os fatos apresentados em juízo[987].

---

985 "Chama-se *Fairness* a igualdade de condições dadas às partes, tanto nas investigações, como nos debates durante o julgamento, para empreenderem esforços no sentido de descobrir a verdade que leva os Jurados a uma correta decisão. O *Fairness* é a expressão do chamado *realismo jurídico norte-americano* (*North american juridical realism*) por envolver todas as abordagens referentes ao tecnicismo legislativo, ao Direito aplicado e à realidade vivenciada nos fatos e circunstâncias de cada caso concreto em julgamento" (OLIVEIRA, 1999, p. 107, grifo do autor).

986 "A pronúncia é uma acusação redigida pelo promotor e considerada pelo grande júri, grupo de leigos que apreciam somente as provas de acusação, como sendo suficientes para justificar o julgamento. Em muitas jurisdições, a pronúncia pelo grande júri cedeu lugar a um ato processual mais simples, no qual uma acusação formal, chamada informação, é preparada pelo promotor" (FARNSWORTH, 1963, p. 139-140). Define-se que o "l'*indictment* [...] è un atto d'accusa emanato da um organo di estrazione popolare denominato *grand jury*. L'*information* è un provvedimento di competenza del *prosecutor*. Generalmente, per i reati più gravi (*felony*) si procede tramite *indictment*, mentre per le infrazioni minori (*misdemeanour*) si ricorre all'*information*" (AMODIO; BASSIOUNI, 1988, p. 64).

987 "Se ci trova in presenza di un *misdemeanor*, l'imputato è invitato a dichiararsi colpevole (*guilty*) o non colpevole (*not guilty*). Nel primo caso, è immediatamente pronunciata la condanna e segue la fase della determinzaione della pena (c.d. *sentencing*). Nel secondo caso, viene fissata la data di comparazione davanti al giudice dibattimentale" (DAGANELLO, et al., 1994, p. 61).

A declaração de culpabilidade, por parte do acusado, deve ser feita de modo livre, espontâneo e consciente. Essa geralmente ocorre quando a defesa visa benefícios penais e processuais penais[988] para o acusado, minimizando os efeitos da espera pela sentença de mérito ao final de uma longa instrução processual e os consequentes gastos e contratempos daí advindos[989].

É um direito do acusado a oportunidade para se declarar culpado ou não[990]. Assim como é também um direito do acusado recusar o julgamento perante o Grande Júri sendo, portanto, processado e julgado perante um magistrado singular, resguardando-lhe ainda a garantia de ser assistido por uma defesa técnica, a qual deve trabalhar no sentido de provar a existência de uma dúvida sobre a ocorrência do fato delituoso ou, ainda, uma dúvida sobre a participação do acusado nesse fato[991].

A fase de julgamento (*trial*) conduzida pelo magistrado singular[992], dependendo do previsto na legislação estadual, pode ocorrer com o veredicto a cargo dos doze integrantes do Pequeno Júri (*Petit Jury*)[993] ou não. Nesse sistema o magistrado é o responsável pela análise das questões de direito enquanto os jurados

---

988 Acerca da declaração do investigado no sentido de sua culpabilidade: "Essa decisão processual decorre, geralmente, de um pleito de barganha (*plea bargaining*), que nada mais é do que um mecanismo pelo qual as partes – Estado, por intermédio de seu promotor, e acusado – pedem ao juiz a prolação antecipada de uma sentença, de vez que chegaram a um acordo acerca da definição jurídica do fato e de sua atribuição ao acusado. Nessa barganha, poderão acordar que o promotor deduzirá em juízo acusação por um fato diverso do efetivamente ocorrido e que o acusado confessará a prática desse fato, desde que haja interesse convergente a respeito" (RAMOS, 2006, p. 188).

989 Ainda há, em algumas legislações estaduais norte-americanas, a previsão para o acusado de declarar o *nolo contendere*. Se isso ocorrer está autorizado o "julgamento e sentença, da mesma forma que uma declaração de culpabilidade, mas que não pode ser considerado como admissão de culpa e usado contra êle em outros processos penais ou civis" (FARNSWORTH, 1963, p. 140).
"A alegação 'nolo contendere' ('pela nolo contendere') autoriza uma sentença como se fosse culpado, mas não significa confissão (*admission of guilt*), nem dá causa a outros processos criminais ou cíveis [...], em virtude da *double jeopardy*, e tanto tal alegação quanto a de admissão de culpa ou a proveniente de uma *plea bargaing* com o *prosecutor* servem de motivo para a desqualificação do delito, bem como de critérios para a aplicação mais leniente da pena" (SOARES, 1999, p. 131).

990 "A *guilt plea* é a confissão do culpado, que se constitui no ponto axial do processo jurídico-penal" (OLIVEIRA, 1999, p. 108).

991 Cf. RAMOS, 2006, p. 190.

992 A fase do *before trial* é a "formalização das acusações perante o juiz criminal, 'arraignment before the trial judge', que consiste na leitura do libelo acusatório (consistente seja de um *indictment*, *presentment* ou *information*) e apresentação oral de argumentos em favor de inocência (*not guilty*) ou de culpabilidade (*not guilty*)" (SOARES, 1999, p. 130-131).

993 "Il dibattimento può aver luogo sia davanti ai soli giudici magistrati che davanti ad un giudice collegiale formato da magistrati e giurati (*trial by jury*): le modalità di assunzione delle prove, peraltro, sono le stesse" (MAYERS, 1967, p. 117).

analisam as de fato[994]. A matéria acusatória é largamente debatida entre as partes que possuem a responsabilidade da produção das provas e a deliberação quanto a sua apresentação em juízo. Também é da alçada das partes indicarem para oitiva os peritos e demais especialistas quando o caso sugerir.

Nessa fase (*trial*) predominam algumas importantes particularidades, tais como, a ampla publicidade dos procedimentos, a oralidade e a concentração das provas (*evidences*) em juízo. Após as sustentações orais o magistrado instrui os jurados para a análise quanto à culpabilidade do réu (*defendant*). Depois de deliberarem secretamente a esse respeito os jurados, através do seu representante (*foreperson*)[995], revelam o seu veredicto (*guilty* ou *not guilty*).

3.8 O controle da admissibilidade acusatória no direito português

A exposição de motivos do vigente Código de Processo Penal português[996] deixa claro que a preocupação do legislador à época foi de agregar numa única codificação as normas extravagantes de processo que estavam em vigor desde 1929[997]. Tais normas mostravam-se defasadas em relação aos anseios constitucionais não apresentando um claro sentido teleológico, comprometendo a aplicação

---

[994] Quanto à dicotomia de funções entre o magistrado singular e o júri nesse sistema, sabe-se que "il giudice decide le questioni di diritto (essenzialmente quelle in materia di prova), la giuria la sussistenza dei fatti materiali" (AMODIO; BASSIOUNI, 1988, p. 70).

[995] "Chama-se *foreperson* o líder entre os Jurados, que tem a incumbência de conduzir na sala secreta os passos a serem tomados para a decisão que, repita-se, tem de ser unânime para que haja condenação, na maioria dos Estados, especialmente para os crimes mais graves. Se porventura, a unanimidade não é obtida, dá-se o fenômeno do *hung jury*, que leva o Juiz-Presidente a declarar o *mistrial* e determinar a convocação de novo julgamento. Em alguns Estados, a falta de consenso entre os Jurados permite ao Juiz, de comum acordo com o Promotor, absolver o réu" (OLIVEIRA, 1999, p. 111).

[996] O Decreto-lei n. 16.489, de 15 de fevereiro de 1929, instituiu o Código de Processo Penal. Este diploma foi derrogado pelo Decreto-lei n. 78, de 17 de dezembro de 1987, que disciplinou novas regras para o processo penal em Portugal, com vigência desde o dia 1.º de janeiro de 1988.

[997] "Iniciado em 1929, o ciclo de vigência do Código de Processo Penal anterior caracterizou-se por uma produção praticamente ininterrupta de novos diplomas legais em matéria de processo penal [...]. O quadro esboçado agravou-se ainda com as reformas ditadas e introduzidas pelas transformações iniciadas em 25 de Abril de 1974. De tudo resultou um ordenamento processual penal minado por contradições, defasamentos e disfuncionalidades comprometedoras" (ANTUNES, Maria João. *Código de Processo Penal*. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 09).

uniforme das regras procedimentais, além das frequentes e abalizadas críticas existentes[998].

Partindo de uma base constitucional preconizadora dos direitos fundamentais como estrutura para o processo penal, o legislador ordinário priorizou uma codificação atenta para os princípios da ampla defesa, do juiz natural, da celeridade processual, da livre produção da prova e do contraditório[999]. Assegurou-se a obrigatoriedade de uma fase processual instrutória no rito das infrações mais graves com a garantia do duplo grau de jurisdição[1000].

Adota-se na referida codificação um processo de estrutura nitidamente acusatória na qual o inquérito, realizado sob a titularidade e fiscalização do Ministério Público, torna-se a fase processual em que as diligências realizadas são destinadas a investigar a existência de uma infração penal, determinando sua autoria e materialidade[1001]. Essa fase é preparatória para a fundamentação de uma eventual acusação[1002].

Prosseguindo no movimento reformador da legislação processual penal e com fulcro na alínea *d* do item n. 1 do artigo 197 da Constituição de Portugal, o Ministério da Justiça enviou para a apreciação da Assembleia da República o Projeto de Lei n. 109/X com a proposta de alteração do Código de Processo Penal. Em decorrência, no dia 29 de agosto de 2007, o referido projeto foi convertido na Lei n. 48, publicada no órgão oficial de imprensa, registrando a 15.ª alteração ao Código de Processo Penal[1003], modificando com isso a estrutura de 191 artigos dessa codificação.

---

998 Cf. item n. 1 da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 78/1987.

999 Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, v. I, p. 81-88.

1000 Cf. item n. 4 da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 78/1987.

1001 Dessa forma, "o Código perspectivou um processo de estrutura basicamente acusatória. Contudo – e sem a mínima transigência no que às autênticas exigências do acusatório respeita –, procurou temperar o emenho na maximização da acusatoriedade com um princípio da investigação oficial, válido tanto para efeito de acusação como de julgamento" (ANTUNES, 2001, p. 15).

1002 Cf. item n. 7 da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 78/1987.

1003 A Lei n. 48, de 29 de agosto de 2007 – *15.ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n. 78/87, de 17 de fevereiro* – publicada no Diário da República, 1.ª Série – n. 166, em 29 de agosto de 2007, está em vigor desde o dia 15 de setembro de 2007.

Essa legislação revisora do Código de Processo Penal alargou a abrangência dos artigos para atenderem ao sistema de garantias processuais, destacadamente na questão das normas de proteção à vítima, na fundamentação dos atos judiciais e nas regras visando à celeridade dos feitos[1004], inspirando-se na racionalização e simplificação dos atos processuais, dentre outros pontos. Estatuiu normas referentes à interceptação de dados telefônicos e de comunicação virtual[1005].

A referida reforma abarca os conceitos de *criminalidade violenta* como as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e que forem puníveis com pena máxima igual ou superior a 5 anos; de *criminalidade especialmente violenta*, as condutas puníveis com pena máxima igual ou superior a 8 anos e; de *criminalidade altamente organizada*, as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de substâncias psicotrópicas, corrupção ou tráfico de influência[1006].

Ao lado da forma comum, o ordenamento português estabelece outras três modalidades especiais[1007] de rito, quais sejam: o processo *sumário*[1008], reservado para o julgamento dos crimes apenados com reclusão cujo limite máximo previsto para a pena não ultrapasse 5 (cinco) anos; o rito *abreviado*[1009], quando houver previsão de multa ou reclusão não superior a 5 (cinco) anos e desde que haja provas evidentes

---

1004 "A reforma processual penal portuguesa visou essencialmente atacar a situação que mais causa ânsia no seio da sociedade com relação ao processo penal, ou seja, a sua duração. Desse modo, incidiu em nível em nível estrutural naquela fase (ou fases) que se consideravam responsáveis pelo seu inadequado alongamento: a fase de investigação – em virtude da duplicação que nela se verificava da instrução (contraditória e preparatória) e a possibilidade de a ela ainda anteceder um inquérito preliminar; e a fase intermediária, relativa à acusação e à defesa" (SILVA, Marco Antonio Marques da. A reforma do Direito Processual Penal português – celeridade e garantias constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 319).
"Acresce que a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental" (ANTUNES, 2001, p. 17).

1005 No preceito dos artigos 187º. a 190º., ambos do Decreto-lei n. 78/1987.

1006 Em concordância com as alíneas *j*, *l* e *m* do artigo 1.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1007 Matéria disposta no Livro VIII (*Dos processos especiais*) do Decreto-lei n. 78/1987.

1008 No teor dos artigos 381.º a 391.º, inseridos no Título I (*Do processo sumário*) do Livro VIII do Decreto-lei n. 78/1987.

1009 Na disciplina dos artigos 391.º–A a 391.º–F, insertos no Título II (*Do processo abreviado*) do Livro VIII do Decreto-lei n. 78/1987.

acerca da materialidade e autoria; e o rito *sumaríssimo*[1010], para os casos de processamento da infração para a qual esteja prevista pena de reclusão não superior a 5 (cinco) anos, ou somente pena de multa, ou, ainda, quando for vislumbrada a possibilidade de aplicação da medida de segurança ao final.

No processamento pelo rito sumário o julgamento ocorre perante um tribunal singular e os atos processuais são simplificados com base nos preceitos da oralidade, celeridade e economia processual, sendo prevista uma única audiência de instrução e julgamento[1011]. Nessa modalidade pode ser vislumbrada a incompatibilidade do rito à causa sob análise ou, ainda, esta demonstrar-se complexa e carecedora de uma fase instrutória. Se isso ocorrer o tribunal remete os autos ao órgão ministerial para que seja escolhido outro rito apropriado[1012].

No rito abreviado o julgamento transcorre perante um juízo singular e não carece de um procedimento rebuscado para a produção das provas. Isso porque para que seja invocada essa forma de processo as provas devem ser claras e seguras quanto à materialidade delitiva e autoria do fato, justificando a abreviação e celeridade processual e, conseguintemente, dispensando a instrução processual[1013].

Por sua vez, o rito sumaríssimo foi concebido com base no preceito da celeridade, pelo qual o juiz propõe um acordo às partes – órgão ministerial e arguido – para, conforme o cabimento, aplicar a suspensão provisória do processo. Caso

---

[1010] Com supedâneo nos artigos 392.º a 398.º, constatnes no Título III (*Do processo sumaríssimo*) do Livro VIII do Decreto-lei n. 78/1987.

[1011] Na locução ofertada aos artigos 386.º e 387.º, ambos do Decreto-lei n. 78/1987.

[1012] Em conformidade com o que preceitua o artigo 390.º do Decreto-lei n. 78/1987.

"Parece razoável que seja assim. É que o julgamento em processo sumário assenta na idéia de maior facilidade da prova, uma vez que o arguido foi detido em flagrante delito, tendo o crime sido presenciado por uma autoridade judiciária ou entidade policial, o que não sucede do mesmo modo quando a pessoa que procedeu à detenção é um qualquer do povo, freqüentemente interessado na detenção. [...] A sentença pode ser proferida verbalmente e ditada para a acta" (SILVA, 2000, v. III, p. 21-24).

Cf. HENDLER, 1999, p. 362-363.

[1013] No teor do artigo 391.º–E do Decreto-lei n. 78/1987.

"Com efeito, se as provas indiciárias se apresentarem à partida como *simples* e *evidentes* não se torna necessário prolongar a investigação pré-acusatória. A simplicidade e evidência das provas indiciárias significam que face aos elementos constantes do auto de notícia ou recolhidos em inquérito sumário pode concluir-se pela possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada em julgamento, por força deles, uma pena criminal" (SILVA, 2000, v. III, p. 25, grifo do autor).

não haja acordo nesse sentido, pode o magistrado remeter o processo para a forma comum de processamento[1014].

Os órgãos de polícia criminal atuam na sistemática processual tanto para realizar a colheita das informações referentes à autoria e materialidade do fato sob apuração como no auxílio para o bom andamento processual, sendo que neste caso agem sob a direção da autoridade judiciária[1015]. Também desempenham importante papel na produção das provas quando requerida pelo magistrado para a fase da instrução judicial.

O Ministério Público desenvolve atividades fundamentais na estrutura do processo penal português. Trata-se de uma instituição que, movida pelo princípio da objetividade, participa ativamente da etapa das investigações criminais tendo como principal atribuição a responsabilidade por dirigir os atos do inquérito, deduzindo e sustentando a acusação na fase instrutória e no julgamento da causa. Atua essencialmente na fiscalização do cumprimento dos preceitos legais[1016].

Ao juiz de instrução compete a direção de todos os atos instrutórios que são realizados com a finalidade de analisar a viabilidade da admissibilidade acusatória para que uma causa seja submetida ou não a julgamento. Na sistemática do ordenamento português a instrução tem caráter facultativo[1017], privilegiando-se o princípio da oralidade e do contraditório, valorizando-se a livre produção da prova[1018].

Em regra, o processo penal comum português está orientado em cinco fases, quais sejam: o inquérito, a instrução, o julgamento, a execução e a etapa recursal.

[1014] No teor do artigo 398.º do Decreto-lei n. 78/1987.
"En la audiencia, que es en realidad uma audiencia de homologación de un acuerdo, se da conocimiento al imputado y a su defensor del requerimiento y se le pregunta si acepta las sanciones propuestas y la indemnización, explicándole que una respuesta negativa implica el reenvío del proceso para otra forma del trámite" (HENDLER, 1999, p. 364).

[1015] Na disposição dos artigos 55.º e 56.º, ambos constantes do Decreto-lei n. 78/1987.

[1016] No preceituado pelo artigo 53.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1017] Natureza disposta no item n. 2 do artigo 286.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1018] Preceito estabelecido no teor do item n. 1 do artigo 289.º do Decreto-lei n. 78/1987.

Essa estrutura de divisão processual atende ao critério logístico que se baseia nos objetivos distintos a serem alcançados em cada fase. E assim agindo, não se preocupou o legislador em seguir uma ordem cronológica para as fases no processo penal luso[1019].

3.8.1 Das fases preliminares: o inquérito

As fases preliminares[1020] no Código de Processo Penal português englobam o inquérito e a instrução, etapas de extrema importância para o processo e que antecedem a fase do julgamento propriamente dito. Em regra, com a notícia do crime tem-se por aberto o inquérito[1021], a partir do qual são realizadas todas as diligências necessárias ao deslinde da causa[1022].

As informações referentes ao fato delituoso são obtidas pessoalmente pelo órgão do Ministério Público[1023], pelos órgãos da polícia criminal, por denúncia obrigatória – através das autoridades policiais ou de agentes estatais que, em razão do seu ofício, tomem conhecimento de um crime público – ou por denúncia

---

[1019] Cf. SILVA, 2000, v. III, p. 17.

[1020] Temática disciplinada pelos artigos 241.º ao 310.º e situada ao longo do Livro VI (*Das fases preliminares*) da Parte II do Decreto-lei n. 78/1987.

[1021] Artigo 262.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1 – O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.

2 – Ressalvadas as excepções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.

[1022] "O inquérito tem um duplo sentido: fase processual preliminar e actividade de investigação e recolha de provas sobre a existência de um crime e seus agentes em ordem à decisão sobre a acusação. [...] Em sentido *cronológico* é a primeira fase do processo penal comum [...] e tem por finalidade essencial o esclarecimento da notícia do crime em ordem à decisão sobre a acusação. Enquanto *actividade* é o conjunto de diligências processuais que sob a direcção do Ministério Público tem lugar na fase cronológica do inquérito e visa investigar a eventual prática de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir as provas [...]" (SILVA, 2000, v. III, p. 71, grifo do autor).

[1023] Assim, "é preciso obter processualmente a notícia do crime e esclarecê-la, recolhendo a indicação dos meios de prova pertinentes em ordem à formulação fundamentada da acusação, sendo caso disso (fase do inquérito). [...] O conhecimento próprio é antes de mais nada o conhecimento directo, aquele que é obtido de forma imediata, por percepção sensorial dos factos constitutivos do crime, mas a expressão tem um conteúdo mais amplo, abrangendo não só o conhecimento directo, mas também aquele que é obtido por qualquer meio que não pelos expressamente disciplinados pela lei, isto é, aquele que não é provocado por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou por denúncia" (Ibid., p. 15-53).

facultativa – caso em que esse ato ocorre através da informação de qualquer um do povo[1024].

Salvo as exceções legais, o inquérito é conduzido pela policia criminal sob a direção do Ministério Público[1025], condição que não estorva a polícia criminal a praticar determinados atos de iniciativa própria. Frisa-se que a atuação do órgão ministerial nessa fase relaciona-se ao interesse na prática dos atos inerentes à busca dos elementos de prova para fundamentar uma acusação futura, atuando com fulcro nos critérios da legalidade e da objetividade[1026].

Nessa sistemática o inquérito é, portanto, a primeira fase do processo e objetiva o esclarecimento de uma infração penal ocorrida. É de bom alvitre ressaltar que os atos investigatórios desenvolvidos nessa etapa do processo penal visam ao recolhimento das provas necessárias para a verificação da existência do delito e também para a identificação da sua autoria e a consequente responsabilização

Para a realização de atos específicos da investigação[1027] que carecem de decisão urgente e que abrangem o campo dos direitos e garantias individuais[1028], atua um juiz de instrução que desempenha nesta fase inicial a função de fiscalização do cumprimento dos preceitos garantidores dos direitos do arguido e do cumprimento da lei, não realizando atos instrutórios, mas atuando, sobretudo, a

---

[1024] Artigo 241.º do Decreto-lei n. 78/1987. O Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia, nos termos dos artigos seguintes.
"A notícia da prática de um crime pode também ser suscitada no Ministério Público de modo indirecto, não formal. É o que sucede com rumores públicos, com notícias anônimas e com as notícias difundidas pelos meios de comunicação social" (SILVA, 2000, v. III, p. 53).

[1025] "A direcção do inquérito compete ao Ministério Público, que a exerce através do Departamento Central de Investigação e Acção Penal ou dos departamentos de investigação e acção penal [...]. Só neste caso, de inquérito contra o procurador-geral da República é que a direcção do inquérito pertence a magistrado judicial; em todos os demais segue-se a regra geral, de o inquérito ser efectuado pelo MP" (GONÇALVES, M. Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 533-538).
No preceituado pelo artigo 264.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1026] Pela objetividade não compete ao Ministério Público "acusar a todo o custo, mas tão-somente quando os elementos probatórios apontem para esse sentido. [...] A legalidade da atuação do Ministério Público significa que ele tem o dever de proceder a acusação por todas as infrações cujos pressupostos tenha tido conhecimento e tenha recolhido indícios suficientes na fase da investigação" (SILVA, 2002, p. 324).

[1027] Na disposição dos artigos 268.º e 269.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1028] Cf. SILVA, 2002, p. 320.

partir do requerimento[1029] formulado pelo Ministério Público, pela autoridade policial, pelo arguido[1030] ou pelo assistente. Aqui a intervenção do juiz de instrução é limitada aos atos jurisdicionais próprios dessa fase processual[1031].

O primeiro interrogatório judicial do investigado detido deve ser realizado 48 (quarenta e oito) horas após sua detenção pelo juiz de instrução[1032], no contexto dos atos do inquérito, não se confundindo com outros atos de interrogatório que podem ser realizados sumariamente pelo Ministério Público após a detenção do suspeito[1033], nem com os interrogatórios subsequentes do arguido preso[1034].

Todas as diligências e atos realizados no âmbito do inquérito são reduzidos a termo, reunidos apropriadamente e mantidos sob a guarda do Ministério Público até o encerramento dessa fase preliminar. Atingindo o termo final do inquérito o órgão ministerial pode arquivar os cadernos inquisitoriais[1035] ou deduzir a acusação em juízo[1036].

[1029] Artigo 17.º do Decreto-lei n. 78/1987. Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código.

"Durante el trámite del *inquérito* el juiz de Instrucción actúa como un verdadero juez de Garantías, teniendo en esta etapa uma función pasiva, como dijimos de garantia de los derechos fundamentales y sin iniciativa procesal propia" (HENDLER, 1999, p. 355, grifo do autor).

[1030] Artigo 57.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1 – Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo pena.

2 – A qualidade de arguido conserva-se durante todo o decurso do processo.

3 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n. 2, 3 e 4 do artigo seguinte.

[1031] No contexto dos artigos 267.º a 269.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1032] Em consonância com o estabelecido no artigo 141.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1033] No que preceitua o artigo 272.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1034] Cf. GONÇALVES, 2001, p. 541.

[1035] Artigo 277.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1 – O Ministério Público procede, por despacho, ao arquivamento do inquérito, logo que tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento.

2 – O inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes.

3 – O despacho de arquivamento é comunicado ao arguido, ao assistente, ao denunciante com faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indenização civil termos do artigo 75.º, bem como ao respectivo defensor ou advogado.

[...].

[1036] Artigo 283.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1 – Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele.

2 – Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.

[...].

O arquivamento do inquérito ocorre quando o órgão ministerial, após a análise do material probatório, verifica que não são suficientes as provas no sentido da comprovação da materialidade delitiva e da autoria do investigado. Também pode ser arquivado o inquérito quando for legalmente inadmissível o procedimento levado a cabo. Para os casos em que a lei determinar a possibildiade de exclusão da aplicação da pena, pode também, em parecer fundamentado, o órgão ministerial determinar o arquivamento dos cadernos inquisitoriais[1037].

Ainda no encerramento do inquérito, para os casos em que o crime tiver cominação de pena de prisão não superior a cinco anos ou tiver sido prevista uma sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do investigado ou do assistente, e após a concordância do juiz de instrução, determinar a suspensão do processo mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificar a ocorrência de pressupostos legais[1038].

Uma vez constatada a presença de suficientes indícios da existência do fato delituoso e de quem tenha sido o seu autor, o caminho a ser seguido é a dedução da acusação pelo órgão ministerial[1039]. Esse ato processual expressa a pretensão de que o arguido seja formalmente submetido a julgamento pela prática de uma infração penal a ele atribuída para, ao final, ser condenado nas sanções legais.

A peça acusatória deve conter todos os elementos pelos quais possa o arguido ser identificado, além da descrição do fato delituoso contendo, ainda que sinteticamente, as circunstâncias pelas quais se legitima a persecução criminal, os dispositivos legais inerentes ao caso, o rol de testemunhas, a indicação das provas que devem ser apresentadas e produzidas em juízo, o pedido de recebimento da acusação e a identificação do responsável pela peça acusatória[1040].

[1037] Cf. HENDLER, 1999, p. 355-357.

[1038] Em consonância com o estabelecido no artigo 281.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1039] "A *denúncia* é a transmissão ao Ministério Público do conhecimento de factos com eventual relevância criminal, na forma estabelecida por lei, para efeitos de procedimento criminal. [...] A denúncia pode ser obrigatória ou facultativa e não reveste formalidades especiais" (SILVA, 2000, v. III, p. 55, grifo do autor).

[1040] No que alude o item n. 3 do artigo 283.º do Decreto-lei n. 78/1987.

3.8.2 Os atos de instrução

Com o fim do inquérito e a consequente elaboração da acusação está inaugurada a fase da instrução[1041]. Esta pode ser também aberta por requerimento formulado pelo arguido relativamente a fatos pelos quais o órgão ministerial ou o assistente, este no caso de procedimentos dependentes de acusação particular, tiverem deduzido a acusação; por requerimento do assistente nos casos de crimes *públicos* e *semipúblicos* para os quais o Ministério Público não tiver deduzido a acusação[1042]. Tal requerimento deve conter as razões de fato e de direito que instruem o pedido de abertura da referida fase[1043].

A instrução, embora facultativa[1044], é considerada uma importante fase intermediária[1045] cujo desiderato maior é a análise da admissibilidade acusatória que atribui ao arguido a prática de uma infração penal e que, por tal razão, enseja a cominação de uma sanção legal[1046].

Essa fase é presidida por um juiz de instrução que, após a análise da viabilidade dos termos formulados no requerimento de abertura da instrução, determina a realização dos atos necessários à busca da verdade[1047].

[1041] Temática disciplinada pelos artigos 286.º ao 310.º e situada ao longo do Título III (*Da instrução*) do Livro VI (*Das fases preliminares*) da Parte II do Decreto-lei n. 78/1987.

[1042] Relativamente aos crimes semipúblicos e particulares "o Ministério Público não pode iniciar o procedimento criminal sem que o titular do *direito de queixa* lho requeira, formulando a queixa" (SILVA, 2000, v. III, p. 58, grifo do autor).

[1043] Em consonância com o estabelecido nos itens n. 1 e 2 do artigo 287.º do Decreto-lei n. 78/1987.

"Esta etapa, que siempre es facultativa, es la que podríamos llamar de crítica del *inquérito*, tramita ante un juez de Instrucción – que funciona como um verdadero tribunal de acusación – y tiene como objeto [...] la comprobación judicial de la decisión del Ministerio Público de deducir acusación o de archivar el *inquérito*; en orden de someter o no la causa a juicio" (HENDLER, 1999, p. 359, grifo do autor).

[1044] "A instrução passa a ser uma fase facultativa, que só acontecerá se o argüido ou o assistente a provocarem mediante requerimento [...] o caráter facultativo da instrução se adeqüa perfeitamente à natureza que lhe deu a Constituição, de direito do cidadão por um lado e de garantia do processo penal, por outro" (SILVA, 2002, p. 320-321).

[1045] A instrução tem "por fim a decisão sobre a acusação, findo o inquérito" (SILVA, 2000, v. III, p. 15).

[1046] Essa etapa do processo penal é "de carácter contraditório e dotada de uma fase de debate oral – o que implicou no abandono da distinção entre instrução preparatória e contraditória –, apenas terá lugar quando for requerida pelo arguido que pretenda invalidar a decisão de acusação ou pelo assistente que deseje contrariar a decisão de não acusação" (ANTUNES, 2001, p. 15).

[1047] Segundo o disposto no item n. 1 do artigo 291.º do Decreto-lei n. 78/1987.

Essa importante fase do processo penal português não tem por fito formar o convencimento do magistrado acerca do mérito vez que nessa sistemática processual há uma fase específica para o julgamento do mérito da causa. Nem, tampouco, é uma sequência lógica do inquérito, uma vez que neste os trabalhos preliminares são conduzidos pelo órgão ministerial enquanto que os atos instrutórios são levados a cabo pelo juiz de instrução.

O destacado papel que cabe à instrução é o de certificar judicialmente acerca da decisão do órgão ministerial de acusar ou não acusar, tendo ao final uma decisão que pode pronunciar ou não o arguido. São dados ao juiz de instrução amplos poderes[1048] para exercer o seu poder investigatório e não ficar tão somente adstrito às provas apresentadas pelas partes, uma vez que a instrução é considerada uma fase judicial[1049].

E por ser assim considerada, a instrução compreende a realização de um conjunto de atos processuais que o magistrado julga pertinente para a formação do corpo de provas destinado à formação do seu convencimento quanto à admissibilidade acusatória[1050]. Afinado com o disposto em lei, cabe ao magistrado determinar a realização dos atos conforme o grau de convencimento que seja necessário formar nesse estágio do processo penal.

[1048] "A instrução – importa acentuar – não é um novo inquérito, mas tão-só um momento processual de comprovação; não visa um juízo sobre o mérito, mas apenas um juízo sobre acusação [...]. É óbvio, por outro lado, que, tratando-se já aqui de uma fase *judicial*, a sua estrutura eminentemente acusatória deverá apresentar-se integrada pelo princípio da investigação; não terá por isso o juiz de instrução de limitar-se, em vista da pronúncia, ao material probatório que lhe seja apresentado pela acusação e pela defesa, mas deve antes – se para tanto achar razão – instruir autonomamente o facto em apreciação, com a colaboração dos órgãos de polícia judiciária" (GONÇALVES, 2001, p. 571-572, grifo do autor).

[1049] Destarte, é "da competência do juiz de instrução, em despacho fundamentado, a decisão, de acusação ou não acusação (por meio de despacho de pronúncia ou não pronúncia). [...] O juiz da instrução não necessita, portanto, limitar-se ao material probatório que lhe foi inicialmente apresentado pelo Ministério Público e pela defesa, mas pode e deve proceder na instrução de modo autônomo, assistido pelos órgãos de polícia criminal" (SILVA, 2002, p. 320-325).

[1050] "A instrução é uma das fases do processo preliminar, tem caráter jurisdicional e ocorre entre a fase do inquérito e a de julgamento, quando requerida pelo arguido ou pelo assistente com o fim de comprovação da acusação. [...] O juiz da instrução decide se a causa deve ser submetida a julgamento para apreciação do mérito da acusação ou de uma das acusações deduzidas. [...] A instrução é formada pelo conjunto de *actos de instrução* que o juiz entenda dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um *debate instrutório*. A fase processual da instrução é constituída por um complexo de actos de diversa natureza, mas todos dominados por uma ideia comum: a comprovação judicial da acusação" (SILVA, 2000, v. III, p. 129-131, grifo do autor).

Cf. HENDLER, 1999, p. 359.

No decurso dessa etapa podem as partes ainda requererem ao magistrado a realização dos denominados *actos de instrução*, destinados à produção complementar da prova. Havendo deferimento, essas diligências são realizadas pela polícia criminal, exceto nos casos em que a competência para a realização dos atos seja privativa do magistrado[1051].

Para fins da realização dos atos instrutórios não se considera o princípio do contraditório, este que somente é invocado na instrução no contexto do debate instrutório, onde as partes sustentam suas argumentações, tendo como pano de funo a isonomia processual. Impera nesse estágio do processo a forma inquisitorial. Após a realização dos atos de instrução o magistrado os reduz a termo e, prontamente, os reúne no denominado *auto de instrução*[1052].

Após a prática do último ato de instrução ou não havendo atos a serem realizados nessa fase, o magistrado designa a realização de um debate instrutório[1053]. Trata-se de um evento obrigatório dentro da etapa instrutória, do qual podem participar o órgão ministerial, o arguido, o defensor e o assistente[1054]. Quando da realização do debate deve o magistrado instruí-lo à luz dos princípios da obrigatoriedade, da oralidade, da informalidade[1055] e do contraditório[1056], em consonância com os ditames maiores do sistema jurídico.

[1051] No preceito do artigo 299.º do Decreto-lei n. 78/1987.
Analisando o disposto no artigo 17.º do Decreto-lei n. 78/1987 é de se inferir que "nem todos os actos do juiz de instrução são actos de instrução ou sequer de instrução. [...] Além dos actos de instrução, o juiz de instrução tem também competência para a prática de actos no decurso do inquérito; são os actos de jurisdição a que se refere o art. 17.º do CPP" (SILVA, 2000, v. III, p. 157).

[1052] No preceito do artigo 296.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1053] Em razão do disposto no item n. 1 do artigo 297.º do Decreto-lei n. 78/1987.
"El debate es dirigido por el juez, carece de formalidades específicas; mas el juez debe asegurar la vigencia del principio contradictorio en la producción de la prueba [...]. Concluido el debate el juez profiere despacho, el cual es leído inmediatamente, puede ser proferido verbalmente y dictado para el acta; en estes casos complejos el juez tiene cinco días para pronunciarse" (HENDLER, 1999, p. 360-361).

[1054] O conteúdo da instrução está assegurado no disposto nos itens n. 1 e 2 do artigo 289.º do Decreto-lei n. 78/1987.

[1055] "O debate instrutório é, no fundo, uma audiência rápida e com o formalismo reduzido ao mínimo indispensável para comprovar judicialmente a decisão do MP, de acusar ou de não acusar. [...] O debate instrutório, nos casos em que há lugar a instrução, é obrigatório (art. 289.º) e na instrução apenas o debate está necessariamente submetido ao princípio contraditório. [...] Na instrução e particularmente no debate instrutório, o formalismo é célere, reduzido ao mínimo indispensável para comprovar judicialmente a decisão do MP, de acusar ou não acusar" (GONÇALVES, 2001, p. 585).

[1056] Princípios estabelecidos à luz do preceito no item n. 1 do artigo 289.º e no item n. 2 do artigo 301.º, ambos do Decreto-lei n. 78/1987.

Esse debate instrutório encerra uma oportunidade que as partes têm para realizar suas argumentações orais perante o juízo principalmente no que diz respeito à constatação da existência ou não nos autos dos requisitos legais relativos à admissibilidade acusatória e a consequente viabilidade da submissão do arguido a julgamento pela infração penal apurada[1057].

Não há formalidades especiais para a realização do debate instrutório e, no início dos trabalhos dessa audiência, o magistrado define junto às partes as questões controversas havendo, conforme testilhado, a possibilidade tanto do órgão ministerial quanto do arguido requererem a produção suplementar de prova ou, até mesmo, o próprio juiz*, ex officio*, a determinar se entender que há alguma modalidade de prova a ser produzida para a conclusão dos trabalhos nesse estágio do processo penal.

3.8.3 A decisão instrutória como um juízo sobre a acusação

É cediço que na fase instrutória do processo penal português o debate é obrigatório e tem por objetivo principal a decisão de submeter ou não o arguido a julgamento. Nessa audiência única as partes traçam considerações perante o magistrado acerca das provas produzidas ao longo do inquérito e da instrução, além de argumentarem acerca das questões de direito no que tange à admissibilidade acusatória.

Antes do magistrado proferir a decisão que põe fim a fase instrutória, deve sanear o processo, decidindo acerca das nulidades e das questões preliminares e incidentais[1058]. Não havendo mais atos instrutórios a serem realizados, o magistrado

---

[1057] Artigo 298.º do Decreto-lei n. 78/1987. O debate instrutório visa permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento.

[1058] Em atenção ao conteúdo do item n. 3 do artigo 308.º do Decreto-lei n. 78/1987.
Cf. SILVA, 2000, v. III, p. 172-173.
Cf. GONÇALVES, 2001, p. 597.

encerra a referida fase prolatando uma decisão instrutória[1059]. Esta abrange a decisão das questões preliminares e incidentais da fase instrutória, uma vez que são fundamentais para a decisão sobre o seguimento do feito para a etapa de julgamento.

É, portanto, a decisão instrutória denominada de *pronúncia* ou *não-pronúncia*[1060], conforme se dessuma no sentido de submeter ou não a causa a julgamento[1061]. Tal ato decisório, por regra, deve ser fundamentado sem o aprofundamento inerente àquela outra decisão que discute o mérito, uma vez que o conteúdo da decisão instrutória diz respeito tão somente à admissibilidade acusatória para posterior julgamento[1062].

A pronúncia é uma decisão de caráter eminentemente processual que está vinculada aos termos formulados na acusação ou no requerimento instrutório do assistente, sendo inadmissível a prolação dessa decisão sem que haja uma acusação formalizada ou, ao menos, implícita. Invoca-se aqui o princípio da correlação ou congruência entre a acusação e decisão de admissibilidade acusatória, devendo ser constatado o liame entre ambas[1063].

[1059] Artigo 307.º do Decreto-lei n. 78/1987.

> 1 – Encerrado o debate instrutório, o juiz profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia, que é logo ditado para a acta, considerando-se notificado aos presentes, podendo fundamentar por remissão para as razões de facto e de direito enunciadas na acusação ou no requerimento de abertura da instrução.
>
> [...].

[1060] Artigo 308.º do Decreto-lei n. 78/1987.

> 1 – Se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário, profere despacho de não pronúncia.
>
> [...].

[1061] "Os efeitos jurídicos da decisão instrutória podem ser diversos, mas imediatamente são de recebimento ou de rejeição da acusação deduzida, ordenando ou negando a prossecução do procedimento com aquela acusação. A decisão instrutória consubstancia a fase da instrução, a de comprovação da acusação, pronunciando ou não o arguido. No Código de Processo Penal vigente a fase da instrução não visa nunca um juízo sobre o mérito, mas tão-só um *juízo sobre a acusação* em ordem a verificar da admissibilidade da submissão do arguido a julgamento com base na acusação" (SILVA, 2000, v. III, p. 167, grifo do autor).

[1062] Na instrução "todos os actos decisórios do juiz terão que ser fundamentados, como é princípio geral, ainda quando proferidos nesta fase; sucede porém que a fundamentação será normalmente sucinta, e portanto reduzida ao mínimo indispensável, de modo a não prejudicar a celeridade desta fase processual" (GONÇALVES, 2001, p. 589).

[1063] "Nenhum problema se suscita quando a pronúncia não altera a descrição dos factos da acusação. Há então identidade entre os factos da pronúncia e os da acusação; o juiz recebe inteiramente a acusação" (SILVA, 2000, v. III, p. 176).

De responsabilidade do juiz de instrução, a pronúncia apresenta a natureza jurídica de despacho, devendo ser proferida na própria audiência em que se dá por encerrado o debate instrutório. Nesta oportunidade o juiz dita a sua decisão para que seja consignada na ata da audiência. Caso a complexidade da causa exija uma análise mais detida do magistrado, então deve, de pronto, ser agendada uma data para que a pronúncia seja lida com a facultativa presença das partes[1064].

Como decisão judicial que julga a admissibilidade acusatória, a pronúncia deve estar arrimada em pressupostos legais, que são a prova da existência do crime e os indícios de sua autoria[1065]. Basta, para fins de pronúncia, que a prova autorizadora da admissibilidade acusatória seja indiciária[1066]. Não observando tais requisitos a pronúcia é eivada de nulidade[1067].

A pronúncia do arguido pelos fatos constantes da acusação do órgão ministerial é decisão irrecorrível[1068], sendo recorrível nos demais casos[1069]. Esta decisão processual que põe termo à instrução tem o fito de delimitar o objeto da decisão de mérito não operando, todavia, qualquer vinculação ao juízo de julgamento[1070].

Pode o magistrado prolatar o despacho de não pronúncia. E assim o fazendo, o juízo não recebe a acusação, seja ela formal ou implícita na peça acusatória. Os fundamentos para a tomada dessa decisão residem na ausência dos pressupostos autorizadores[1071] do acolhimento da acusação para envio do arguido à fase do julgamento da causa, além de outras razões de fato e de direito existentes

---

[1064] Em consonância ao que preceitua os itens n. 1 e 3 do artigo 307.º do Decreto-lei n. 78/1987.
[1065] Conforme se infere da redação do item n. 3 do artigo 301.º do Decreto-lei n. 78/1987.
[1066] Cf. SILVA, 2000, v. III, p. 179.
[1067] No teor do artigo 309.º do Decreto-lei n. 78/1987.
[1068] "El despacho por el que se pronuncia al imputado es irrecurrible" (HENDLER, 1999, p. 361).
[1069] Na constância do item n. 1 do artigo 310.º do Decreto-lei n. 78/1987.
[1070] Cf. SILVA, 2000, v. III, p. 188.
[1071] Com relação a não pronúncia, sabe-se tratar de uma "decisão de caráter processual, em que o juiz constata que se não verificam os pressupostos necessários para que o processo prossiga para a fase de julgamento, e que pode ter os mais diversos fundamentos, designadamente: *a*) Inadmissibilidade legal do procedimento criminal; *b*) Nulidade, irregularidade ou excepção determinante da devolução de processo para a fase de instrução; *c*) Inexistência de factos ou não subsunção destes a preceito incriminador; *d*) Insuficiência da prova indiciária" (GONÇALVES, 2001, p. 595).

nos autos e que sejam discordantes do teor acusatório, evitando-se, com isso, a remessa dos autos para um julgamento temerário[1072].

A não pronúncia é, portanto, uma decisão interlocutória que declara que o processo não deve ser levado adiante porque não reúne os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma sanção criminal e, por consequência, não apresenta conformidade com o disposto legal ao final da fase instrutória, inibindo o prosseguimento do feito[1073].

Trata-se também de uma decisão que deve ser fundamentada tomando o juiz a cautela de não aprofundar no mérito da causa. Ainda, caso o magistrado vislumbre algum fato punível que altere o conteúdo da acusação e que não esteja descrito na inicial instrutória, em respeito ao princípio acusatório deve comunicar o Ministério Público para que este abra o inquérito em relação à nova circunstância[1074].

Os efeitos da não pronúncia são diversos. Nesta decisão de conteúdo estritamente processual, como o juízo não conhece do mérito da causa, o primeiro efeito notado é o não recebimento da acusação impedindo o julgamento do arguido. Essa decisão faz somente coisa julgada formal, não impedindo que nova relação processual seja instaurada quando do surgimento de novas provas que indiquem a possibilidade futura da aplicação de uma sanção ao arguido.

Ainda é possível vislumbrar como efeito da decisão de não pronúncia a invalidação de certos atos ou, até mesmo, a invalidação do processo como um todo. Na primeira ocorrência os atos anulados, se possível, são refeitos. Na invalidação do

---

[1072] Artigo 287.º do Decreto-lei n. 78/1987.

> [...]
> 3 – O requerimento só pode ser rejeitado por extemporâneo, por incompetência do juiz ou por inadmissibilidade legal da instrução.
> [...].

[1073] Dessa forma "a não pronúncia por inexistência do crime ou irresponsabilidade do arguido é ainda e só uma decisão de forma. O tribunal não pronuncia o arguido porque o considere inocente, em razão daqueles fundamentos, mas porque verifica não ocorrerem os pressupostos legais da pronúncia: a indicação da responsabilidade do arguido. Não existindo nos autos indícios de responsabilidade do arguido não pode ter lugar a pronúncia" (SILVA, 2000, v. III, p. 185).

[1074] "Si los hechos por los que se pronuncia al imputado constituyem una alteración substancial de la acusación o del requerimiento de instrucción la decisión instructoria es nula" (HENDLER, 1999, p. 361).

processo os autos retornam à fase do inquérito para novas medidas e, logicamente, uma nova acusação deve ser formulada adequando-se aos requisitos autorizadores da instrução[1075]. Dessa forma, entendendo o magistrado que não se encontram presentes nos autos requisitos autorizadores para admitir-se a acusação levando o arguido a julgamento deve prevalecer o despacho de não pronúncia. Trata-se de uma decisão processual que desafia o recurso ordinário uma vez que a lei não atribui a irrecorribilidade para este ato[1076].

Uma vez proferida a decisão de pronúncia do arguido com o recebimento da acusação o juiz de instrução remete os autos ao tribunal. Dessa forma, encerra-se a fase instrutória e o processo é remetido para o estágio seguinte do processo penal português: a fase do julgamento do arguido com a submissão da causa ao juízo competente[1077].

É de bom alvitre destacar que pela própria natureza facultativa da fase instrutória no ordenamento português[1078], uma vez encerrado o inquérito e havendo previsão legal, os autos podem seguir direto ao juízo competente para que este dê sequência ao julgamento do feito[1079]. Nos casos em que não houver a instrução processual o controle da admissibilidade acusatória é realizado por despacho do presidente do tribunal acolhendo ou não a acusação, assim que recebe os autos para análise[1080].

1075 Cf. SILVA, 2000, v. III, p. 193.

1076 Artigo 399.º do Decreto-lei n. 78/1987. É permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei.
"Quanto aos demais despachos (que não pronunciarem o arguido [...]) segue-se a regra geral da admissibilidade do recurso" (GONÇALVES, 2001, p. 600).

1077 Temática disciplinada pelos artigos 311.º ao 380.º estatuídos no Livro VII (*Do julgamento*) da Parte II do Decreto-lei n. 78/1987.

1078 No teor do item n. 2 do artigo 286.º do Decreto-lei n. 78/1987.

1079 "São graves os resquícios do sistema inquisitório quando se depara com a competência conferida ao juiz da causa para proferir despachos de pronúncia, no direito atual. Esse defeito foi corrigido pelo novo Código de Processo Penal Português, quando o despacho de pronúncia perde a relevância ao tornar-se possível introduzir um fato em julgamento sem que tenha havido tal despacho; é necessário para isso, que não tenham as partes requerido instrução. O despacho de pronúncia ficará com a característica de uma afirmação solene que põe fim a uma atividade judicial de controle da posição tomada pelo Ministério Público. É ao presidente do tribunal do julgamento que competirá despachar no sentido de rejeitar a acusação se a entender manifestamente infundada [...] Este despacho tem a natureza de um juízo negativo da acusação, e não uma manifestação acerca da existência de indícios contra o argüido no sentido de ser ele o agente do crime, o que levaria a uma violação do princípio acusatório" (SILVA, 2002, p. 327).

1080 À luz da disciplina do artigo 311.º do Decreto-lei n. 78/1987.

CAPÍTULO IV

O JUÍZO DE ACUSAÇÃO
E
O JUÍZO DA CAUSA

SUMÁRIO: 4.1 Prolegômenos – 4.2 Uma dimensão para o processo penal – 4.3 A topografia do júri no Código de Processo Penal de 1941: 4.3.1 Alterações no procedimento do júri pelo Decreto-lei n. 263/1948; 4.3.2 A pronúncia e a prisão na Lei n. 5.941/1973; 4.3.3 A falta da testemunha na sessão do júri e a Lei n. 6.416/1977; 4.3.4 A presunção de inocência e a alteração da Lei n. 9.033/1995; 4.3.5 A reforma no procedimento do júri pela Lei n. 11.689/2008 – 4.4 O juízo de acusação e o juízo da causa: 4.4.1 Da formação da culpa; 4.4.2 Da preparação do processo para julgamento em plenário; 4.4.3 Do julgamento do mérito – 4.5 Da pronúncia do acusado: 4.5.1 A finalidade da pronúncia – 4.6 Do afastamento da pronúncia – 4.7 Da impronúncia – 4.8 Da despronúncia – 4.9 Da absolvição sumária do acusado: 4.9.1 Do cabimento legal; 4.9.2 A absolvição sumária e a tutela da liberdade individual do réu – 4.10 Da desclassificação: 4.10.1 Incidência legal; 4.10.2 Providências no juízo competente.

"Elogiamos ou criticamos de acordo com a maior oportunidade que o elogio ou a crítica oferecem para fazer brilhar a nossa capacidade de julgamento."

HUMANO, DEMASIADO HUMANO

FRIEDRICH NIETZSCHE (1844 – 1900)

4.1 Prolegômenos

O direito de agir desenvolvido na seara do juízo criminal perfaz os contornos da ação penal. Pavimenta-se como direito a um pronunciamento a ser alcançado por intermédio da tutela jurisdicional incidente sobre resoluta pretensão. O titular daquele direito provoca a atividade estatal e para que uma prestação jurisdicional seja alcançada, as partes devem percorrer diversas etapas de um procedimento legalmente instituído e orientado por um feixe de princípios e garantias que lhe dão substrato.

O processo penal dispõe de instrumentos que devem ser utilizados para que seja discutida a proteção do bem jurídico[1081] afetado por uma conduta lesiva[1082]. Estando organizado em diversos procedimentos específicos conforme o direito ao qual se pretenda incidir a tutela jurisdicional, o processo penal permite, através da provocação do interessado – Estado ou particular –, que seja atingida uma providência legal, afastando a justiça pelas próprias mãos.

Na imensidade de degraus palmilhada até que se concebesse uma adequada conceituação para o direito de ação[1083], três eixos apontaram como reais e necessárias condições para o seu exercício: o interesse de agir, a legitimidade para agir e a possibilidade jurídica do pedido[1084].

O interesse de agir identifica-se como a necessidade de recorrer ao aparato estatal visando a um pronunciamento para a tutela de um direito lesado ou que esteja ameaçado de lesão. A legitimidade para agir, por seu turno, é aferida através do comando legal, este que disciplina quem pode e quem deve figurar como parte nos contornos de uma ação penal ou, por outras palavras, quem pode promover a ação e em face de quem pode ela ser promovida.

A terceira condição para o exercício da ação repousa na possibilidade jurídica do pedido. Esta, por seu turno, indica sob bases normativas a viabilidade de existir em tese uma providência a ser prolatada ao final de um desgastante caminho em que é movimentada a máquina estatal.

Um desses procedimentos específicos é o que diz respeito ao processamento das infrações penais da competência do Tribunal do Júri. As peculiaridades que

---

1081 "*Bem* é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*" (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral, de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 4, grifo do autor).

1082 Cf. PORTO, 2005, p. 116.

1083 "A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, deve ser tida, segundo propugna LIEBMAN, como direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, ou, em suma, a análise do mérito" (SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115).

1084 Cf. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 191-200.

sempre determinaram a prestação da atividade jurisdicional na seara do júri destacam-no como uma arena de atos processuais concentrados e complexos, direcionado para a análise do mérito dos fatos ocorridos cujo móvel foi a vontade de matar o ser humano.

A natureza do júri em seu recanto constitucional, na capitulação referente aos direitos e deveres individuais e coletivos[1085], o faz se aproximar do arquétipo inglês. Essa constatação parte da análise da locação do júri no binômio direito-dever, no compasso traçado pelo direito da pessoa de ser julgada pelos seus pares – ao que pese o contexto crítico[1086] – e também pelo dever do Estado de não abdicar da garantia do julgamento pelo Tribunal Popular[1087].

Para poupar que todo processo penal que tivesse como matéria inscrita no seu bojo uma causa dolosa contra a vida fosse de pronto encaminhado ao Tribunal Popular, a legislação pátria reservou ao Poder Judiciário a competência para a análise prévia acerca da admissibilidade acusatória. E tal análise é a que se opera na fase da instrução[1088] preliminar, ao final da qual ocorre uma definição quanto à competência jurisdicional que deve prevalecer para a análise da causa.

O colorido do procedimento do júri está na razão de acomodar a prestação jurisdicional em fases claramente postas com objetivos distintos. O juízo de instrução requer do magistrado o exercício de avaliação do conjunto de provas à luz de uma possível admissibilidade acusatória. Através da decisão de pronúncia segue-

---

[1085] A instituição do júri, no âmbito da Constituição da República de 1988, está prevista no Capítulo I (*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*) do Título II (*Dos direitos e garantias fundamentais*), na redação ofertada ao artigo 5.º, inciso XXXVIII.

[1086] "Dizem que o Júri julga de fato. Não é verdade: o fato dificilmente se separa do direito. [...] A verdade é que dado o progresso do Direito Penal e do Processual Penal e considerando-se a realidade da Justiça hodierna, não se compreende bem que se conserve êsse Juiz de fato. [...] A verdade é que o Jurado, que não conta com as garantias do Juiz togado, está sujeito a influências de tôda espécie. A isto junte-se a ignorância do direito e a falta de outros conhecimentos. [...] Influências de toda espécie arrasam com a instituição quase sempre" (NORONHA, 1969, p. 258-259).

[1087] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 183-184.

[1088] Em relação à delimitação do vocábulo *instrução*, esta deriva de *instruere* e "alude à provisão dos meios para *com-struere*; a decisão é, em absoluto, em face da instrução, uma construção. [...] a jurisdição instrutória aparece como uma parte da potestade jurisdicional, ela é um todo, o qual deve também ser dividido em partes para que se lhe alcance o conhecimento" (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad.: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, t. II, p. 163).

se ao juízo da causa, em que um Conselho de Jurados, sob a presidência de um magistrado togado, é instituído para a análise do mérito.

Dessa forma, a proposta do presente capítulo reside no estudo das características em que se firmam as fases pelas quais é possível compreender a magnitude e complexidade do procedimento do Tribunal do Júri, percebendo que a decisão de pronúncia é, ao mesmo tempo, uma das possibilidades de que dispõe o juízo instrutor para o encerramento da fase sumarial e uma condição essencial para que exista a fase de plenário.

Inicialmente é firmado um breve estudo em torno da natureza do processo penal, assentando as bases para, na sequência, desenvolver uma análise da localização atual da temática no plano normativo, além das demais implicâncias doutrinárias merecedoras de relevo na proposta do vertente trabalho.

4.2 Uma dimensão para o processo penal

Ao analisar o contexto em que se insere o Direito Processual Penal é fatal encontrar em sua natureza uma ciência que tem em seus fins a análise sistemática das normas vigentes num determinado contexto histórico de uma sociedade, tendo por parâmetro os dogmas estabelecidos em várias culturas mundiais para viabilizar a aplicação do direito material.

No entanto, o vocábulo *processo* é de certo modo recente[1089]. O primeiro registro oficial da nomenclatura se deu na época do direito canônico, quando se vislumbrou a larga utilização em que fora empregado o verbete com o sentido de

[1089] Dessa forma, "é forçoso concluir que, verdadeiramente, o processo autêntico surgiu quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do Direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos, tornando-se, então, o Poder Judiciário como um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo" (GRECO FILHO, 2009, p. 6).

processo romano canônico[1090]. A dimensão em que se pode considerar o vocábulo, encontra-se fracionada em dois sentidos: amplo (*lato*) e restrito (*stricto*). Tomando por base o conjunto de princípios e regras jurídicas instituído para a administração da justiça e para a aplicação dos diplomas legais, tem-se o seu maior sentido[1091].

Na acepção restrita, o processo compreende um complexo iterativo de atos concatenados cronologicamente e materializados que se desenvolvem no lapso temporal[1092]. Seus fins residem no alcance da verdade judicial a partir do procedimento de avaliação do conjunto de provas e consequente prolação de uma decisão judicial[1093].

A forma pela qual o processo penal foi concebido cientificamente é analisada em períodos distintos. É de se registrar que uma abordagem nesse sentido é a de que o desenvolvimento do processo penal ocorreu em dois períodos diversos. No primeiro deles, registram-se três fases, quais sejam: a dos glosadores, a dos práticos e a dos precursores[1094].

A fase dos *glosadores* foi largamente observada num momento em que predominaram o casuísmo e as glosas. Os *práticos*, por seu turno, atuaram no século XVI e o estudo do direito nesse momento ganhou uma adequação técnica com a inserção da abordagem das questões penais numa ordem sistemática. A última fase, dos *precursores*, foi observada no século XV[1095].

[1090] Cf. MARQUES, 1960, p. 15.

[1091] Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad.: J. Casais y Santaló. Madrid: Inst. Ed. Reus, 1922, t. I, p. 85-87.

[1092] "A palavra *processo* – serve, na linguagem comum, 'para indicar um fenômeno em seu desenvolvimento'. Também no campo do direito, pode o vocábulo conservar esta acepção genérica; e assim se fala, algumas vezes, em *processo* de formação da lei, ou de um ato administrativo, ou de um negócio jurídico. [...] processo é a administração da justiça, em funcionamento relativo a casos particulares e corretos, abrangendo, nesse significado estrito, todos os atos compreendidos entre aquele que lhe determina ou marca o início, e o momento em que cessa e finda a prestação jurisdicional. [...] O processo, portanto, é 'meramente um instrumento de que o Estado se serve' para a aplicação jurisdicional do direito objetivo, abrangendo atos e atividades tendentes a êsse fim" (MARQUES, 1948, p. 15, grifo do autor).

[1093] Cf. ACOSTA, 1973, p. 9.

[1094] Cf. SOARES, 1977, p. 76-77.

[1095] Um dos expoentes glosadores foi ALBERTUS DE GANDINUS (autor de *Tractatus de maleficiis*, escrito em 1262). Destacaram-se entre os práticos: JÚLIO CLARO DE ALEXANDRIA (1525-1575) e PRÓSPERO FARINÁCIO (1554-1613). Dentre os precursores, por sua vez, registros para ANGELUS ARETINUS e HYPOLITO DE MARSIGLY. Nesse sentido: Ibid., p. 77-80.

O segundo período de desenvolvimento do processo penal ocorreu após a publicação do Código Criminal da França – *Code d'instruction Criminelle* – em 1808 e apresentou como característica fundamental o método legislativo de codificação[1096], que influenciou fundamentalmente o sistema jurídico de outros povos.

Por outro lado, tendo como critério a natureza jurídica do processo, três grandes momentos podem ser visualizados para sua formação: o primeiro, em que ele é associado ao procedimento; outro, em que é entendido como uma relação jurídica; e o terceiro, que o vislumbra como uma entidade complexa que contempla o procedimento em sua conceituação[1097].

É no processo penal que se discute a aplicação do direito objetivo[1098], direito este punitivo que legitima o Estado para a persecução criminal[1099] e que se materializa a partir do instante da prática de uma conduta delituosa. Com isso se nota que o objeto do processo penal[1100] repousa no ato penalmente ilícito que desencadeia a pretensão punitiva estatal[1101].

[1096] "Até então o panorama processual estava dominado pelos trabalhos de prática forense; era a época do procedimentalismo. Coube a FAUSTIN HÉLIE, em sua obra clássica, *Traité de l'Instruction Criminel'e*, a primazia de analisar os institutos processuais disciplinados pelo código de 1808. Na Itália, CARRARA dedica (em 1859) um dos volumes de seu *Programa*, ao estudo do *Juízo Criminal*, em que aplica o método jusnaturalista para sistematizar institutos processuais. Ainda na Itália, sobressaem os nomes de ARTURO ROCCO, o primeiro a levar, na doutrina peninsular, a teoria da *relação processual* para os estudos de processo penal, e de VINCENZO MANZINI, a quem coube a primazia de ter aplicado de forma sistemática, a teoria da relação processual, em 1912, em seu *Trattato di Procedura Penale*" (SOARES, 1977, p. 78-79, grifo do autor).

[1097] "Na primeira fase, não há ainda um tratamento científico do processo; há mera visão procedimentalista. [...] Contentam-se os estudiosos em enunciar regras práticas para a atuação nos processos, ou se limitam a descrever os dispositivos referentes aos atos e formas do processo. O processo é enfim mera seqüência de atos coordenados que se desenvolvem até a sentença. [...] 1868 constitui o marco de encerramento da primeira e início da segunda fase. Formulou de forma científica a teoria de que o processo é relação jurídica, com pressupostos, objeto e sujeito próprios, distintos da relação jurídica material. [...] Começa a terceira fase. O que marca essa nova fase é o fato de vir o procedimento a ser novamente considerado instituto processual de fundamental importância, essencial para a conceituação do processo" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 33-38).

[1098] Cf. CALAMANDREI, Piero. *Il processo civile inquisitorio*. Trad.: Sentis Melendo. Padova: CEDAM, 1945, p. 142-143.

[1099] "A perseguição ao crime é atividade administrativo-estatal, que compreende dois momentos: a) o da investigação; b) o da ação penal. Através do primeiro, o Estado, no uso do seu poder de polícia, trata de apurar a prática da infração (Cód. Proc. Penal, art. 4.º), preparando desta forma a ação penal" (MARQUES, 1948, p. 16).

[1100] Assim, "o objeto do processo penal é a pretensão processual assentada em uma situação substancial ampla que abrange os elementos do fato típico, a sua classificação e todas as circunstâncias de ordem material ligadas ao fato e ao agente responsáveis pela individualização da pena" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 44-47).

[1101] Cf. BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Paris: Giuffre, 1936, p. 15-20.

Para o cometimento de um ato ilícito é prevista uma sanção estatal, cuja aplicação deve ser requerida pelo interessado, em forma de acusação. Quem postula essa acusação o faz perante o órgão que detém a jurisdição, o qual atua imbuído pelos ditames da imparcialidade e descomprometido com o resultado final.

Como detentor da jurisdição penal, o Estado-juiz tem a obrigação de analisar a causa, nos termos em que foi proposta frente ao arcabouço de provas apresentados para, ao final, julgar com base nos preceitos normativos[1102]. Decidir o mérito é decidir o objeto do processo[1103].

4.3 A topografia do júri no Código de Processo Penal de 1941

Após a frustrada experiência de quebra da unidade processual na adoção do sistema federativo no Brasil, conforme apontado alhures, os esforços políticos se concentraram no sentido de harmonizar e uniformizar numa codificação as regras esparsas que estavam sendo aplicadas ao processo penal[1104].

Tal homogeneização[1105] se materializou com a edição final do Código de Processo Penal do Brasil através do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, sancionado pelo Presidente da República GETÚLIO DORNELLES VARGAS. Está em vigência desde o dia 1º. de janeiro de 1942, tendo sofrido variadas alterações em seu

---

[1102] Cf. FLORIAN, [1934?], p. 85-88.

[1103] Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 78-91.

[1104] No preceito traçado pela Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: "de par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem" (item II, da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941).

[1105] O Código de Processo Penal de 1941 "estabeleceu a homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil, até então disperso em códigos estaduais òbviamente heterogêneos. Até 1934, a competência para legislar sôbre processo penal, como ainda hoje o é com relação à organização judiciária, cabia aos Estados. Mas sòmente em 1938, com Decreto-lei referente ao júri, e em 1941, com o Código, a União legislou" (ACOSTA, 1973, p. 10).

Cf. SOARES, 1977, p. 96.

conteúdo durante sua trajetória, mas sempre mantendo seu espírito inicial de balancear interesses sociais e individuais[1106].

Alvo de ácidas críticas[1107], o Código de Processo Penal – CPP – encontra-se modelado ao longo dos seus 811 artigos, orientados na seguinte disposição temática: *Do processo em geral* (Livro I); *Dos processos em espécie* (Livro II); *Das nulidades e dos recursos em geral* (Livro III); *Da execução* (Livro IV)[1108]; *Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira* (Livro V); e *Disposições gerais* (Livro VI).

Num primeiro registro, o Código de Processo Penal de 1941, em seu Livro I (*Do processo em geral*), Título V (*Da competência*), artigo 74, § 1º.[1109], estabelece a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida[1110], consumados ou tentados e outros crimes em conexão com estes[1111],

---

[1106] Do norte perseguido pela Comissão elaboradora do Código de Processo Penal de 1941 há o registro de buscar-se um trabalho final no "sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade" (item XVIII, da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941).

[1107] "O estatuto que rege o nosso processo criminal é o que há de mais arcaico, ronceiro e ineficiente em matéria de disciplinamento da justiça penal. Despido de qualquer caráter científico, e afastado inteiramente da realidade de nossa vida forense, êsse código sem sistema e complicado é o principal responsável pelo estado lastimável em que se encontram os serviços do fôro criminal. O atraso no julgamento dos feitos, as procrastinações sucessivas de audiências e inquirições, o decurso completo dos prazos prescricionais – tudo isto deve ser contabilizado a débito do deficientíssimo código que rege nosso processo criminal" (MARQUES, 1960, p. 55-56).

[1108] Uma profunda reforma na legislação ocorreu com advento da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, cujo conteúdo disciplina acerca da Execução Penal. Sancionada pelo então Presidente da República, o general carioca JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA FIGUEIREDO (1918 – 1999), tal diploma alterou sobremodo as regras deitadas no Livro IV do Código de Processo Penal brasileiro, não chegando, contudo, a revogá-lo expressamente.

[1109] Artigo 74 do Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-lei n. 3.689, de 03.10.1941, redação original). A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do tribunal do juri.

§ 1.º Competirá privativamente ao tribunal do juri o julgamento dos crimes previstos no Código Penal, arts. 121, §§ 1.º e 2.º, 122 e 123, consumados ou tentados.

[...].

A Lei n. 263/1948 alterou a redação do § 1.º do artigo 74 do Código de Processo Penal do Brasil, passando para a seguinte redação:

§ 1º. Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º. e 2º., 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

[1110] O Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 07.12.1940), em sua Parte Especial, junto ao Título I (*Dos crimes contra a pessoa*), Capítulo I (*Dos crimes contra a vida*), dispõe acerca dos artigos: 121 (homicídio simples), § 1º. (causa de diminuição de pena no homicídio), § 2º. (homicídio qualificado); 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), parágrafo único (aumento de pena); 123 (infanticídio); 124 (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento); 125 e 126 (aborto provocado por terceiro); 127 (forma qualificada do aborto).

[1111] Cf. PORTO, 1993, p. 66.

seguindo a orientação de restrição de competência do júri notoriamente invocada pelos ideais republicanos.

Tratando dos processos em espécie, o Livro II do Código de Processo Penal estabelece em seu Título I (*Do processo comum*) as regras para o processo comum, observada a seguinte ordem: *da instrução criminal* (Capítulo I – artigos 394 a 405); *do processo dos crimes da competência do júri* (Capítulo II – artigos 406 a 497); *do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular* (Capítulo III – artigos 498 a 502).

As regras específicas para o processamento dos crimes da competência do júri, no âmbito do referido Código, acomodam-se no Capítulo II, orientadas na seguinte divisão tópica: *da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária* (Seção I – artigos 406 a 432); *da função do jurado* (Seção II – artigos 433 a 438); *da organização do júri* (Seção III – artigos 439 a 441); *do julgamento pelo júri* (Seção IV – artigos 442 a 496); *das atribuições do Presidente do Tribunal do Júri* (Seção V – artigo 497).

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, naquilo que é pertinente à matéria do júri[1112], a comissão elaboradora reconheceu a grandeza do Decreto-lei n. 167/1938, este que organizou de forma sistemática as regras para o funcionamento do júri. Por tal razão, com reservadas modificações, o Código de 1941 encampou os preceitos do Decreto regulamentador de 1938.

E mais, em relação à individualização da pena do réu no contexto do julgamento pelo júri, a Exposição de Motivos assevera a importância de deixá-la a cargo do presidente do tribunal, um juiz togado[1113], devido à complexidade oferecida pelas condições e circunstâncias que cercam o fato e a conduta do agente e que, por assim ser, inviabilizariam uma quesitação suficientemente compreensível e passível de respostas monossilábicas por parte dos jurados integrantes do

---

[1112] Os argumentos referentes ao júri estão no item XIV da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

[1113] Artigo 433 do Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-lei n. 3.689, de 03.10.1941, redação original). O tribunal do juri compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente, e de vinte e um jurados que se sortearão dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

Conselho de Sentença. Dessa forma a aplicação da norma jurídica e, no caso de condenação do réu, a realização do cálculo da pena, ficam a cargo do juiz presidente do Tribunal do Júri[1114].

Homenageando o princípio da soberania dos veredictos[1115], a Exposição de Motivos no atinente ao júri, em derradeiro, proclama que a decisão do Conselho de Sentença somente pode ser reformada, no juízo *ad quem*, em grau de apelação e nos fundamentos autorizadores da lei[1116].

Como o referido princípio não é cogitado quando da decisão do juiz-presidente, a irresignação que a esta toca pode ser objeto de apelação[1117] e dos embargos de declaração, conforme as regras gerais atinentes aos recursos no processo penal.

O Código de Processo Penal de 1941 proporcionou uma nova roupagem à pronúncia no procedimento do júri brasileiro[1118]. Movido, principalmente, pelo sentimento da desnecessidade de uma decisão provisória, de pronúncia, em todos os procedimentos judiciais criminais, uma vez que isso representava uma morosidade na prestação jurisdicional, o legislador à época excluiu a pronúncia da seara dos processos de competência do juízo singular[1119].

[1114] *Caput* do artigo 436 do Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-lei n. 3.689, de 03.10.1941, redação original). Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade.

[1115] "A soberania dos veredictos é uma das características essenciais do Tribunal do Júri conferida pela Constituição Federal (art. 5.º, inc. XXXVIII). Em uma análise apertada, é possível afirmar que a soberania dos veredictos impede que, em grau de recurso, o Tribunal se substitua aos jurados, condenando ou absolvendo o acusado" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 444).

[1116] Artigo 593, inciso III, alínea *d* e artigo 593, § 3.º, ambos do CPP.

[1117] Artigo 593, inciso III, alíneas *b* e *c*; artigo 593, §§ 1.º e 2.º e artigo 382, todos do CPP.

[1118] Ao analisar a redação original do código de 1941, tem-se que "a pronúncia é a sentença, em que, julgada procedente a denúncia ou queixa, é o réu considerado indiciado em infração penal, provada na sua materialidade, para efeito de, com o nome lançado no rol dos culpados e sujeito a prisão imediata, ser submetido ao julgamento definitivo pelo tribunal do júri" (ESPINOLA FILHO, 1965, v. IV, p. 243).

[1119] "Não foi mantida [...] a redação do inciso correspondente no Decreto-lei n. 167. Preferiu-se, no Código, omitir a expressão 'apreciando livremente as proas existentes nos autos'. Isso parece indicar que o juiz da pronúncia, se tem de um lado, o arbítrio de colocar o processo em condições de fornecer certa visão aproximada da verdade, não pode, por outro, ao proferir a sentença, afastar-se das conclusões permissíveis pelo mesmo, ainda se convença do contrário. Quer dizer: êle pronuncia, ou não, o acusado, tendo em vista estritamente a prova produzida. O direito de julgar de convicção é, dessa maneira, devolvido aos jurados" (CARVALHO, Plácido de Sá. *Código de Processo Penal interpretado pelos tribunais – com notas de doutrina e pareceres do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946, p. 320).

Revestiu o inquérito policial do condão de servir como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal[1120]. Atribuiu-lhe a missão de apuração dos fatos e colheita de provas suficientes para a formação de um conjunto probatório mínimo a fundamentar uma futura ação penal e um decreto condenatório.

Por via oblíqua, a aludida codificação manteve a pronúncia exclusivamente para os processos da competência do Tribunal do Júri, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Dessa forma ficou o procedimento do Tribunal do Júri estruturado tendo em vista dois estágios, quais sejam: o juízo da instrução – sumário da culpa[1121] – e o juízo da causa – juízo de mérito.

Desde sua entrada em vigor, em 1.º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal, na matéria referente ao procedimento do júri, sofreu ajustes pontuais pela edição de alguns diplomas legislativos até o ano de 1995. Tais modificações, em regra, visaram adequar o rito do júri a uma ou outra leitura de caráter constitucional ou, até mesmo, proporcionar celeridade aos trabalhos nas sessões de julgamento em plenário.

No entanto, em junho de 2008, após alguns anos de extensos debates de projetos de lei no Congresso Nacional, houve uma reforma significativa nos artigos insertos no Capítulo II, do Título I, do Livro II, do Código de Processo Penal, no que se refere ao procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri.

Mesmo após as alterações sofridas ao longo de sua existência no ordenamento jurídico nacional, hodiernamente o júri mantém a característica de ser um órgão julgador *colegiado* – uma vez que as decisões são tomadas por um conselho de jurados – e *heterogêneo* – porque é composto por um juiz togado, que aplica o

---

[1120] Em esboço no item IV – *A conservação do inquérito policial* – da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

[1121] "Tal novo Código do Processo Penal, de 1941 (que ainda vigora, embora prestes a ser substituído por outro, novíssimo), suprimiu o referido estranho monopólio probatório do Ministério Público, no processo da instrução criminal que desde 1832 marcara o perfil unilateral do velho *sumário de culpa*, chamado também *sumário da pronúncia*" (ALMEIDA, 1973, p. 164, grifo do autor).

direito, e por juízes leigos, que apreciam o fato. Em observância ao disposto no artigo 92 da Carta Política de 1988[1122] há entendimento no sentido de ser o júri também um órgão integrante do Poder Judiciário[1123].

4.3.1 Alterações no procedimento do júri pelo Decreto-lei n. 263/1948

Ao modificar a competência do Tribunal do Júri e dar outras providências, o Decreto-lei n. 263/1948[1124] determinou uma nova redação ao original artigo 466, acrescendo o § 1.º, a fim de que fossem lidas peças dos autos, a partir da solicitação elaborada pelas partes ou por qualquer jurado nesse sentido[1125].

O mesmo Decreto-lei alterou a redação do parágrafo único, do artigo 484 do CPP[1126], com o fito de que ao Conselho de Sentença fosse formulada quesitação referente às denominadas circunstâncias legais[1127] previstas na Parte Geral do Código Penal brasileiro, que são: circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 do Código Penal) e atenuantes (artigo 65 do Código Penal).

A aludida legislação reformadora teve três claros intuitos. O primeiro, de tornar obrigatória a redação de um quesito para cada agravante, tornando a votação mais pontual e minimizando, com isso, a contradição e a incompreensão dos quesitos. O segundo objetivo repousou na valoração do papel do jurado, para o qual

---

1122 Artigo 92 da Constituição da República de 1988. São órgãos do Poder Judiciário:
[...];
VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

1123 Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 449-450.

1124 Decreto–lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948, referido ao longo do Capítulo II do trabalho presente.

1125 § 1.º, do artigo 466/CPP (redação determinada pelo artigo 4.º, do Decreto-lei n. 263/1948). Depois do relatório, o escrivão lerá, mediante ordem do presidente, as peças do processo, cuja leitura for requerida pelas partes ou por qualquer jurado.

1126 Parágrafo único, *caput* e seus incisos, do artigo 484/CPP, com redação definida pelo artigo 5.º, do Decreto-lei n. 263/1948.

1127 "As agravantes e atenuantes genéricas são chamadas de circunstâncias legais porque vêm expressamente relacionadas no texto legal. [...] O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao *prudente* arbítrio do juiz" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 557, grifo do autor).

deve ser atribuída a análise completa do fato e de todas as suas circunstâncias. O terceiro claro intuito da legislação citada foi engrandecer a importância dos debates em plenário e do conteúdo tratado por sua ocasião, demonstrando o relevo destes para os membros do júri e para a causa em si.

Destarte, pela percepção do magistrado ou pela provocação das partes, se fossem extraídas novas circunstâncias favoráveis à acusação (agravantes) ou à defesa (atenuantes), a partir do conteúdo debatido e com base nas provas, deveriam ser elaborados quesitos específicos para que os jurados respondessem durante a votação analisando o mérito da causa.

4.3.2 A pronúncia e a prisão na Lei n. 5.941/1973

Atravessando o Brasil a fase posterior ao golpe militar de 1964, mas sob o jugo da Emenda Constitucional n. 1/1969, foi sancionada a Lei n. 5.941, em 22 de novembro de 1973[1128], a qual modificou a redação dada aos artigos 408 (*caput* e parágrafos) e 474, referentes ao procedimento do júri, e também aos artigos 594 e 596, atinentes ao recurso de apelação.

A sanção desse diploma legislativo em 1973 representou a primeira modificação de texto referente à pronúncia desde a edição do Código de Processo Penal, em 1941. Caminhou bem nesse sentido a reforma ao incluir uma nova locução ao § 2.º do artigo 408/CPP[1129], facultando ao magistrado, por ocasião da pronúncia, decidir quanto à manutenção ou não da privação da liberdade do réu, após análise das condições impostas para tanto. Percebe-se aqui a preocupação do legislador com o ânimo do réu ao ter ciência de que foi pronunciado.

[1128] Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973, – *Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal* – com apenas dois artigos e sancionada pelo então Presidente da República, o general gaúcho EMÍLIO GARRASTAZU MÉDICI (1905 – 1985).

[1129] § 2.º do artigo 408/CPP (redação determinada pelo artigo 1.º, da Lei n. 6.416/1977). Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

Dessa forma, ao se decidir pela admissibilidade da acusação, entendendo por enviar o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, o juiz devia manifestar-se a respeito da impossibilidade do réu aguardar o julgamento em liberdade, caso se encontrasse preso. E o fazia tendo como parâmetro a avaliação quanto ao caráter da primariedade e dos bons antecedentes do acusado.

O teor exarado pela redação de 1973 ao § 2.º do artigo 408/CPP é o de que a decretação ou manutenção da prisão, por ocasião da pronúncia, consistia numa regra que apresentava como exceção a liberdade do réu que fosse primário e tivesse bons antecedentes[1130].

No âmbito do artigo 474/CPP, que trata da questão da atuação das partes no Plenário do Júri através dos debates, réplica e tréplica, a lei modificadora, considerando a complexidade que pode surgir para o detalhamento pormenorizado das argumentações das partes, elevou o tempo destinado à acusação e à defesa para suas exposições durante o julgamento[1131].

4.3.3 A falta da testemunha na sessão do júri e a Lei n. 6.416/1977

Outro momento de alteração pontual no procedimento do júri foi observado quando da edição da Lei n. 6.416/1977[1132]. Esse diploma legislativo alterou a redação original do artigo 453/CPP, excluindo a possibilidade do juiz presidente do júri determinar a prisão de testemunha que faltasse, sem justa causa, à sessão de julgamento do júri, numa franca intenção de privilegiar o direito à liberdade

---

1130 Cf. NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 2007, p. 691.

1131 *Caput* do artigo 474/CPP (redação determinada pelo artigo 1.º, da Lei n. 6.416/1977). O tempo destinado à acusação e à defesa será de 2 (duas) horas para cada um, e de meia hora a réplica e outro tanto para a tréplica.

1132 Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, – *Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências* – composta de sete artigos e sancionada pelo então Presidente da República, o general gaúcho ERNESTO GEISEL (1907 – 1996).

individual daquele que tem a obrigação de cooperar com os esforços do magistrado pela busca da verdade no processo penal[1133].

Ainda movido pelo sentido maior de que a liberdade é a regra e a exceção desta é a privação da liberdade, a legislação reformadora retirou mais uma possibilidade legal de prisão, demonstrando que a pena pecuniária aplicada à testemunha faltosa, sem justa causa, já seria uma sanção adequada ao seu comportamento desidioso.

4.3.4 A presunção de inocência e a alteração da Lei n. 9.033/1995

Com o advento da Constituição da República, em outubro de 1988, a aplicação de todos os dispositivos do ordenamento jurídico ficou submetida ao crivo dos princípios albergados no texto da Carta Maior. Um desses princípios basilares do Estado de Direito é o da presunção de inocência[1134], que atua como uma garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal[1135].

Trilhando o caminho das garantias constitucionais incidentes no processo penal, a Lei n. 9.033, de 02 de maio de 1995[1136], modificou a redação até então vigente do § 1.º do artigo 408/CPP para excluir o comando pelo qual o magistrado, ao pronunciar o réu, mandaria lançar o nome deste no rol dos culpados, afrontando o preceito do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, com

---

1133 Artigo 453/CPP (redação determinada pelo artigo 2.º, da Lei n. 6.416/1977). A testemunha que, sem justa causa, deixar de comparecer, incorrerá na multa de cinco a cinqüenta centavos, aplicada pelo presidente, sem prejuízo do processo penal, por desobediência, e da observância do preceito do art. 218.

1134 Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
[...].

1135 Cf. ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 185.

1136 A Lei n. 9.033, de 02 de maio de 1995, – *Dá nova redação ao § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal* – contém somente dois artigos e foi sancionada pelo então Presidente da República, o sociólogo carioca FERNANDO HENRIQUE CARDOSO (1931 –).

claro desrespeito à dinâmica esboçada por essa Carta Política no sentido de preservar os direitos fundamentais do indivíduo[1137].

Como a pronúncia não é uma decisão de mérito, mas tão somente o acolhimento da acusação para o envio do réu ao julgamento pelo júri, o registro do nome do acusado no rol dos culpados implicaria uma imposição de culpa[1138] antes de ser conhecida a decisão final quanto ao mérito da acusação. Logo, de grande monta seriam os prejuízos para o acusado que viesse a ser absolvido, tendo seu nome registrado no rol dos culpados na fase anterior, da admissibilidade acusatória[1139].

A par da necessidade de uma revisão mais ampla nas leis processuais penais após a Carta Política de 1988, a reforma pontual apresentada pela Lei n. 9.033/1995 é merecedora de elogios porque excluiu da estrutura do ordenamento processual penal uma verdadeira mazela que invertia a ordem lógica do *jus puniendi* estatal que é a de primeiro processar a causa, para depois decidir quanto ao mérito.

4.3.5 A reforma no procedimento do júri pela Lei n. 11.689/2008

Num nítido movimento de reforma processual penal, o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados, em 12 de março de 2001, o Projeto de Lei n. 4.203 com a seguinte ementa: "*Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de*

1137 "O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processo penais condenatórios" (MORAES, 2002, p. 133).

1138 "La presunción de inocencia supone que, como se parte de la inocencia, quien afirma la culpabilidad ha de demostrarla y es la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa del ciudadano presumido inocente; no desmonstrándose la culpa, procede la absolución aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia" (MÉNDEZ, 1991, p. 359).

1139 O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados também representava ofensa a um dos fundamentos da República brasileira: a dignidade da pessoa humana, além de ser atentatória à integridade moral das pessoas que estavam sendo processadas criminalmente. Seria um despautério dentro do mesmo ordenamento jurídico a existência de uma lei garantidora do tratamento digno da pessoa e outra autorizando a prática de um ato atentatório à dignidade do acusado em juízo. Aí está o corolário que emerge da inteligência do artigo 5.º, inciso XLI, da Constituição da República de 1988.

outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências". Após o trâmite do processo legislativo, a redação final[1140] foi encaminhada para a sanção presidencial pela Mensagem n. 84/2008, remetida pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

O aludido PL 4.203/01[1141] foi sancionado pela Presidência da República sem nenhum veto e, através da MSC 349/2008, operou-se a comunicação à Câmara dos Deputados da aludida sanção do texto ora convertido na Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008[1142], com *vacatio legis* de sessenta dias. Pelo Ofício n. 339/08/PS-GSE, a Câmara dos Deputados comunicou ao Senado Federal a conversão em lei da matéria em apreço.

Inspirado na racionalização e simplificação o texto reformador da Lei n. 11.689/2008, em primeiro lugar, procurou adequar o procedimento do júri a uma estrutura permeada pelos princípios e garantias fundamentais albergados na Constituição da República de 1988. Para tanto, a referida legislação redesenhou e deu nova roupagem a alguns institutos processuais e excluiu outros por não mais representarem os ideais aos quais foram inicialmente concebidos ou ratificados pelo Código de Processo Penal de 1941.

Uma expressiva alteração diz respeito à simplificação do procedimento na etapa inicial do procedimento – *iudicium accusationis* – referente ao exame da admissibilidade acusatória, seguindo uma tendência a ser adotada para todos os demais procedimentos criminais constantes no sistema pátrio[1143].

Conforme testilhado, o legislador ordinário, movido pelos ditames da celeridade processual e da concentração dos atos, restringiu o interregno dessa fase

---

[1140] Relator da matéria foi o então Deputado Federal FLÁVIO DINO, eleito pelo PCdoB do Estado do Maranhão para o mandato de 1.º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2010.

[1141] Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Júri: projetos de reforma*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, SP, n. 58, p. 286-287, jan./fev. 2006.

[1142] A Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, conta com apenas quatro artigos e recebe o autógrafo do Presidente da República, o metalúrgico pernambucano LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (1945 –).

[1143] Cf. LOPES JÚNIOR. Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 170-174.

do rito do júri que, antes da aludida reforma, gozava de um procedimento preliminar mais adequado à complexidade da instrução probatória aplicada aos crimes dolosos contra a vida[1144].

No contexto do presente trabalho e sem a pretensão de esgotar qualquer foro de análise acerca da modulação da Lei n. 11.689/2008[1145], cumpre ressaltar algumas das principais alterações referentes ao novo procedimento do júri:

a-) a realização da defesa do imputado, por escrito e no prazo de 10 dias[1146]. É a defesa preliminar, que se encontra presente em alguns ritos[1147];

b-) a previsão da instrução por intermédio de uma audiência única[1148] na fase de formação da culpa, esta que antecede o juízo de admissibilidade da acusação, homenageando o princípio da celeridade processual[1149];

[1144] Em relação à garantia ao prazo "não basta, contudo, a existência do prazo. É necessário mais, faz-se mister prazo adequado para a parte desenvolver a sua atividade e, em relação ao acusado, para garantir a ampla defesa assegurada constitucionalmente. Não é qualquer prazo, mas um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 116).

[1145] Com o advento da Lei n. 11.689/2008, nova estrutura foi concedida ao Capítulo II (*Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri*) do Título I (*Do processo comum*) do Livro II (*Dos processos em espécie*) do Código de Processo Penal brasileiro. Dessa forma, o referido Capítulo II passa a contar com a seguinte divisão: Seção I (*Da acusação e da instrução preliminar*) – artigos 406 a 412; Seção II (*Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária*) – artigos 413 a 421; Seção III (*Da preparação do processo para julgamento em plenário*) – artigos 422 a 424; Seção IV (*Do alistamento dos jurados*) – artigos 425 e 426; Seção V (*Do desaforamento*) – artigos 427 e 428; Seção VI (*Da organização da pauta*) – artigos 429 a 431; Seção VII (*Do sorteio e da convocação dos jurados*) – artigos 432 a 435; Seção VIII (*Da função do jurado*) – artigos 436 a 446; Seção IX (*Da composição do Tribunal do Júri e da formação do Conselho de Sentença*) – artigos 447 a 452; Seção X (*Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri*) – artigos 453 a 472; Seção XI (*Da instrução em plenário*) – artigos 473 a 475; Seção XII (*Dos debates*) – artigos 476 a 481; Seção XIII (*Do questionário e sua votação*) – artigos 482 a 491; Seção XIV (*Da sentença*) – artigos 492 e 493; Seção XV (*Da ata dos trabalhos*) – artigos 494 a 496; Seção XVI (*Das atribuições do Presidente do Tribunal do Júri*) – artigo 497.

[1146] É o que se infere da leitura do artigo 406/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1147] À guisa de exemplificação de procedimentos em que a defesa preliminar é adotada: no caso dos denominados crimes funcionais (art. 514/CPP); no caso do julgamento dos crimes da competência originária dos tribunais; no âmbito do artigo 55 da Lei n. 11.343/2006.

[1148] Artigo 411/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

[1149] "O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais" (MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 131-132).

c-) o dever imposto ao magistrado de fundamentar a pronúncia, especificando as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena[1150]. Na ocasião dos debates em plenário, não é mais permitida a leitura ou referência à pronúncia ou decisões posteriores que julgam admissível a acusação. Cabe ao Ministério Público reger a acusação nos contornos dados pela pronúncia ou pelas posteriores decisões confirmatórias dessa[1151]. Permite-se, ainda, a intimação por edital do acusado solto que não for encontrado[1152] acerca da pronúncia;

d-) por ser considerada uma peça processual que dava azo à discussão de nulidades, o libelo-crime acusatório[1153] foi extinto do procedimento do júri. Tratava-se de uma peça articulada, da responsabilidade do Ministério Público, que continha a imputação filtrada pela pronúncia;

e-) a elaboração de um sucinto relatório do processo, por escrito, pelo juiz que atua na fase preliminar (*judicium accusationis*)[1154] e entregue, juntamente com cópias da pronúncia ou outra decisão posterior, a cada jurado quando da sessão de julgamento pelo júri[1155];

f-) A leitura das peças constantes dos autos foi consideravelmente limitada ao mínimo útil e necessário, em evidência à concentração dos atos e

---

[1150] O que se infere da leitura do artigo 413/CPP e seus parágrafos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1151] Na regência do artigo 476 e inciso I do artigo 478, ambos do CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1152] Parágrafo único do artigo 420/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

[1153] "O libelo-crime acusatório é o ato processual de postulação. Nêle encontra-se, por assim dizer, o ponto de interseção, nos procedimentos da competência do júri, entre o *judicium accusationis* e o *judicium causae*. O libelo emana da pronúncia e constitui a principal fonte do questionário que os jurados vão responder para externar o seu veredicto soberano" (MARQUES, 1955, p. 244-245).

[1154] Artigo 423/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

[...];

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

[1155] Parágrafo único do artigo 472/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

objetividade do julgamento[1156], regulamentando-se o direito ao aparte quando da sessão de julgamento pelo júri[1157];

g-) uma nova possibilidade de desaforamento do julgamento pelo júri quando restar comprovado o excesso de serviço no juízo[1158];

h-) a exigência de idade mínima de 18 anos e de idoneidade para a pessoa ser jurado[1159]. A recusa ao serviço do júri é permitida desde que motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importando, no entanto, na obrigação de prestação de serviço alternativo, atendidos os critérios da razoabilidade e proporcionalidade[1160];

i-) a fixação de vinte e cinco como o número de jurados sorteados para integrar cada sessão de julgamento[1161]. Ao rol dos impedidos de atuar como jurados no mesmo julgamento soma-se a proibição quanto às pessoas que vivem em união estável[1162], além das restrições impostas ao jurado que já tenha trabalhado em julgamento anterior do mesmo processo, bem como, àquele que já tenha previamente manifestado sua disposição para condenar ou absolver o acusado[1163];

[1156] § 3.º do artigo 473/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

[1157] Artigo 497/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:
[...];
XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.

[1158] As condicionantes gerais para o desaforamento estão arroladas no corpo do artigo 427/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), enquanto que o desaforamento por excesso de serviço no juízo está no *caput* do artigo 428/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1159] *Caput* do artigo 436/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

[1160] *Caput* do artigo 438/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.

[1161] *Caput* do artigo 433/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

[1162] No preceito do § 1.º do artigo 448/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1163] Na locução dos incisos I e II do artigo 449/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

j-) a proibição expressa quanto ao uso de algemas no acusado quando do seu julgamento em plenário, permitindo-se somente quando da absoluta necessidade à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes[1164], não podendo as partes fazerem alusão à determinação do uso de algemas no acusado e do seu silêncio[1165]. E, quanto ao acusado solto, se devidamente intimado da data do julgamento não comparecer à sessão, não será adiado o julgamento[1166];

k-) o registro dos depoimentos testemunhais, declarações das vítimas e interrogatório do réu por meios ou recursos magnéticos, eletrônicos ou similares buscando a celeridade dos trabalhos na sessão de julgamento e a fidelidade quanto à colheita da prova[1167];

l-) o tempo para os debates orais fixado em uma hora e meia para cada parte e de uma hora para réplica e outro tanto para tréplica, no caso de haver somente um réu. No caso de haver mais de um acusado o tempo para os debates entre acusação e defesa é acrescido de uma hora e o tempo para eventuais réplica e tréplica elevado ao dobro[1168];

m-) no que tange à quesitação houve uma redução quanto à complexidade da sistemática atual visando minimizar as causas de nulidade que atingem vários julgamentos pelo júri. Dessa forma, os jurados devem ser

---

[1164] § 3.º do artigo 474/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

[1165] Artigo 478/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

[1166] Na locução do artigo 457/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1167] No sentido do artigo 475/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1168] O legislador resgatou a fração temporal para os debates – uma hora e meia para cada parte – da redação original do CPP em 1941, inovando quanto ao tempo para eventuais réplica e tréplica. A nova sistemática que rege as frações temporais para debates, réplica e tréplica encontra-se no âmbito do artigo 477/CPP e seus parágrafos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

indagados: quanto à materialidade do fato; quanto à autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; e se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisão posterior que admitiu a acusação[1169];

n-) não mais se divulga o resultado completo das votações obtido na sala secreta, preservando-se o sigilo destas, em homenagem à liberdade de consciência do jurado que pode, dessa forma, livremente manifestar-se sem que com isso padeça das pressões externas, temores ou constrangimentos de qualquer espécie[1170]. A apuração de cada quesito é considerada encerrada assim que atingido um resultado por maioria dos votos[1171];

o-) a decisão que impronunciar o acusado ou que absolvê-lo sumariamente é atacada por meio de apelação[1172], reservando-se o recurso em sentido estrito para o caso de inconformismo quanto à decisão que pronunciá-lo[1173];

p-) está revogada a previsão acerca do recurso de protesto por novo júri no ordenamento jurídico nacional[1174]. Tal recurso tinha cabimento

---

[1169] A ordem e o conteúdo da quesitação estão dispostos no corpo do artigo 483/CPP, seus incisos e parágrafos (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Reconhecendo a materialidade do fato e a autoria ou participação do acusado, deve ser elaborado um quesito único para todas as teses da defesa, através da seguinte pergunta ao Conselho de Sentença: *o jurado absolve o acusado?*, em estrita observação ao teor do § 2.º do artigo 483/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1170] "O sigilo das votações, que está assentado no sistema da íntima convicção e representa uma exceção ao método da livre convicção fundamentada adotada pelo sistema processual penal, traduz uma autêntica garantia para os jurados e, como conseqüência, para um julgamento equânime, isento e justo" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 446).

[1171] Artigo 489/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

[1172] Artigo 416/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

[1173] O artigo 2.º da Lei n. 11.689/2008 alterou a redação do artigo 581/CPP, referente ao mecanismo de funcionamento do recurso em sentido estrito no que toca à decisão de impronúncia do acusado (parte final do seu inciso IV), além de revogar por completo seu inciso VI, este que previa o aludido recurso para os casos de absolvição sumária do acusado.

[1174] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Processo Penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Organizador.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 1-13.

> quando do caso do réu ser condenado à pena privativa de liberdade, igual ou superior a vinte anos de reclusão, por um único crime, ou quando este patamar de pena fosse resultado da continuidade delitiva ou concurso formal de crimes[1175].

4.4 O juízo de acusação e o juízo da causa

A constituição da relação processual é promovida pelo órgão jurisdicional a partir do teor expresso na peça acusatória – denúncia ou queixa[1176]. É o relato pormenorizado da notícia crime que consubstancia o elemento material indispensável para que a máquina estatal seja movida na direção do *jus puniendi*[1177] pela instrução criminal, uma vez que o Estado detém o monopólio de distribuição da justiça, vedada a autodefesa, como regra.

Quando a parte ofendida ou a acusação estatal, ingressando em juízo, pleiteiam uma prestação jurisdicional, visam à aplicação da lei material, abstrata, ao caso concreto. Essa lógica representa a essência do que se denomina direito de ação e tem no Estado o destinatário do conjunto probatório, o qual deve ser apto a produzir o convencimento que deve fundamentar o comando decisório[1178]. Ressalta-se que no contexto desse rito especial que é o júri, o direito de ação é

[1175] O artigo 4.º da Lei n. 11.689/2008 revogou o Capítulo IV (*Do protesto por novo júri*) do Título II (*Dos recursos em geral*) do Livro III (*Das nulidades e dos recursos em geral*) do Código de Processo Penal.

[1176] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
[...].

[1177] Cf. MANZINI, 1972, v. IV, p. 03-05.

[1178] A ação pode ser conceituada como "a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato (em linha de princípio, até porque, com ela, se concretiza), autônomo, público, genérico e subjetivo, qual seja o *direito à jurisdição*. Esse direito é, realmente, e de logo, *abstrato*, porque independente de ser fundada, ou não, a postulação do titular do direito material (ao qual é, porém, conectado). E *concreto*, na medida em que ganha efetividade com o aforamento da ação" (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78-79, grifo do autor).

observado em cada uma de suas fases, ou seja, no âmbito do *iudicium accusationis* e também do *iudicium causae*[1179].

A punição na seara penal somente pode ocorrer após o desenvolvimento do devido processo legal, que tem previsão expressa na Constituição da República de 1988[1180]. No âmbito processual, o devido processo legal representa a garantia oferecida à parte no processo para fazer valer a plenitude dos meios jurídicos disponíveis, invocando o axioma da paridade entre acusação e defesa. Materialmente, o devido processo legal é empregado para que seja respeitado o critério da proporcionalidade, preservando os valores como vida, liberdade e propriedade[1181].

Na sistemática nacional a fase designada como instrutória – instrução do crime – tem o significado peculiar de direcionar ao julgador as provas que são produzidas para que, formado o seu convencimento, decida quanto ao mérito da causa, aplicando a lei penal ao caso concreto. A instrução criminal tem sua razão de ser na medida em que é realizada para o juiz, materializando-se como toda a atividade que tenha por fim revelar as características do objeto da acusação para o conhecimento do julgador[1182].

O processo penal brasileiro reuniu a instrução criminal no juízo, visto ser da própria essência do sistema acusatório não admitir divisão entre as duas fases do processo. Dessa forma, não se adotou no ordenamento nacional um juizado de instrução ou jurisdição instrutória, como o que se utiliza em sistemas europeus.

[1179] Cf. NUCCI, 2008, p. 59-60.

[1180] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
[...].

[1181] Com grande poder de síntese, pode-se assumir o devido processo legal como "garantias previstas juridicamente" (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 647-649).

[1182] Identificando a instrução criminal como o próprio processo penal, vislumbra-se que a instrução "é o conjunto dos atos e formalidades necessárias para elucidar uma causa e pô-la em estado de ser julgada" (ALMEIDA, 1973, p. 4-8).

Valorizou-se a fase procedimental da instrução como fase preparatória a uma fase final de julgamento[1183].

Em relação ao procedimento do júri, a legislação nacional, desde os idos tempos do Império, cindiu-o em fases, tendo sempre por base os diferentes parâmetros que cercam a instituição na qual o julgamento do mérito ocorre por um colegiado composto de pessoas que não ostentam conhecimento técnico e que são presididas por um magistrado togado.

Uma primeira análise do procedimento do júri aponta-o como bifásico ou escalonado[1184]. A primeira etapa vislumbrada é a que se inicia com o recebimento da petição inicial penal – denúncia ou queixa – e tem termo na preclusão da decisão de pronúncia, dando início a uma segunda fase que se desenrola até o trânsito em julgado da sentença proferida pelo juiz presidente na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri[1185].

Tais fases recebem as denominações de juízo de acusação – *iudicium accusationis* – e juízo da causa – *iudicium causae*. A formação da culpa constitui a primeira fase do procedimento, cujo fito reside no pronunciamento judiciário acerca da legitimidade ou admissibilidade da acusação, delimitando a *res in iudicium deducta* para fixar os limites da acusação[1186].

O juízo de acusação, como etapa preliminar nesse rito especial, ocorre para que seja avaliado se a acusação tem direito à realização de um julgamento referente ao mérito da causa. Nesse particular atua a pronúncia como um mecanismo que, ao analisar a admissibilidade acusatória, evita que alguém seja conduzido à presença do

---

[1183] Com certeza extrai-se que "o antigo 'sumário de culpa' é hoje mantido com a restrita função de preparar processos para o plenário do Júri [...]. Acabou-se aquela inútil ficção [...] de que a acusação só começa depois da pronúncia" (MARQUES, 1965, v. I, p. 175-176).

[1184] Entendendo o procedimento do júri como bifásico ou escalonado: PORTO, 2005, p. 44-50; PEREIRA, José Ruy Borges. *Tribunal do Júri – crimes dolosos contra a vida*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 29.

[1185] Cf. RODRIGUES, Maria Estela Vilela Souto Lopes. *ABC do processo penal*. 3. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 244-245.

[1186] Cf. BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. *O novo procedimento do Júri – comentários à Lei n. 11.689/2008*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

Conselho de Sentença de modo temerário sem que haja, para tanto, um mínimo de suporte fático[1187]. Conseguintemente, os fins da pronúncia são exclusivamente processuais porque dela aflora-se tão somente a possibilidade de inaugurar-se outra fase procedimental: o *iudicium causae*.

No juízo da causa, por seu turno, ocorre o julgamento propriamente dito ou juízo definitivo, o qual define se a conduta do acusado é passível de pena. Destarte, a propriedade dessa fase é a materialização do comando legal, a solução da lide penal, aplicando a norma em abstrato ao caso concreto[1188]. Enfim, o Estado entrega às partes e à sociedade a prestação jurisdicional.

O advento da reforma do procedimento do júri, proporcionado pela Lei n. 11.689, em junho de 2008, estabeleceu como responsabilidade do magistrado a preparação do processo para que seja encaminhado o réu a julgamento em plenário. Tal estágio composto de atos preparatórios para o plenário advém da preclusão da decisão de pronúncia, conforme se anuncia no corpo dos artigos 422 a 424/CPP, com redação ditada pela referida lei. Percebe-se nesse momento do rito do júri a coexistência de medidas administrativas e judiciais.

A finalidade desse expediente é fazer com que o juiz delibere quanto às diligências necessárias para sanar as nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa, bem como, elaborar um sucinto relatório do processo e determinar sua inclusão na pauta de julgamento pelo júri, encerrando-se essa etapa do procedimento.

Caso esse estágio seja entendido como uma verdadeira fase intermediária, entre a formação da culpa e o julgamento propriamente dito, então será trifásico o especial procedimento do júri[1189].

1187 "*Judicium accusationis* é a fase preliminar da formação da culpa, na qual a imputação é declarada provável, delimitando-se e fixando-se a *res in judicium deducta*, ou seja, ao mesmo tempo em que a acusação é declarada admissível em tese, também lhe é delimitado o campo de atuação" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 450).

1188 Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 173.

1189 Pela defesa do procedimento do júri como trifásico e especial: NUCCI, 2008, p. 46-48.

4.4.1 Da formação da culpa

Ocorrido o crime, a apuração da materialidade e autoria ou participação se desenrola no âmbito do inquérito policial. Findado este, o caderno apuratório segue ao magistrado competente que abre vista ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, arquivamento ou requerimento de novas diligências. Recebida a denúncia, tem início a fase da formação da culpa[1190].

Também denominada de *iudicium accusationis*[1191], instrução preparatória, informação[1192], instrução criminal ou instrução preliminar[1193], a formação da culpa tem por objetivo principal preparar os parâmetros que devem servir de suporte para que se atinja a certeza sobre a legitimidade de acusar uma pessoa em juízo – juízo de acusação –, conduzindo-a a julgamento. É a primeira fase do procedimento do júri[1194].

No ordenamento brasileiro o juízo de acusação foi mantido somente nos quadrantes do procedimento do júri. Analisando alguns dos diversos ordenamentos europeus, percebe-se que tal juízo é mantido como fase intermediária entre a investigação criminal e o juízo de mérito ou da causa para boa parte dos

---

[1190] "Em accepção ampla, diz-se *formação da culpa* a informação legalmente sufficiente para determinar culpa sujeita á accusação criminal. É por essa informação que se constata a existência, natureza e circumstancias do delicto, e quaes sejam seus autores e cúmplices, investigação que tem logar em todos os processos criminaes. Em sentido restricto e technico, a *formação da culpa* só tem logar nos processo dos crimes em que o réo se livra preso ou afiançado. Nestes casos a accusação faz-se por libello, mas este não póde ser offerecido, sem que seja verificado si o facto dá logar á accusação, isto é, sem que se proceda preliminarmente a *formação da culpa* e *pronuncia*" (SIQUEIRA, 1937, p. 328, grifo do autor).

[1191] O juízo de acusação está disciplinado ao longo dos artigos 406 a 421/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1192] "A informação, instrucção ou formação da culpa é a parte preliminar do processo criminal ordinário, a série de actos autorisados pela lei por meio dos quais o juiz competente investiga, colige todos os esclarecimentos, examina e conclue que o crime existe ou não, e no caso afirmativo quem é indiciado como autor d'elle ou como cumplice" (BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, p. 93).

[1193] E ainda divide-se a instrução judiciária "do ponto-de-vista da constituição da prova criminal, em: a) *instrução preliminar* ou simplesmente 'instrução'; e b) *instrução definitiva*. E a 'instrução preliminar' – funcionalmente – pode ser contemplada como: a) *preparatória*; e b) *preservadora*" (ALMEIDA, 1973, p. 8, grifo do autor).

[1194] "Se lembrarmos do princípio constitucional da inocência, poderíamos até denominá-lo *sumário de inocência*. [...] O vocábulo *sumariante* se refere ao *sumário de culpa*" (FEITOZA, 2009, p. 495, grifo do autor).

procedimentos na esfera criminal, assim como em outros sistemas jurídicos essa fase foi suprimida[1195].

Várias são as razões alegadas na doutrina estrangeira a favor e contra a adoção de uma fase intermediária para o processo penal[1196]. Na defesa, alguns dos argumentos dão conta de que é salutar para a prestação jurisdicional realizar uma triagem na acusação, verificando se não há alegações levianas, precipitadas, temerárias ou mesmo órfãs de justa causa para levar o réu a um julgamento, dando espaço para que a defesa possa apresentar o contraponto aos fatos sustentados pela acusação[1197].

Na literatura estrangeira as premissas contrárias à adoção da *iudicium accusationis* dão conta de que as funções institucionais e sociais desempenhadas pelo Ministério Público resguardam-no de credibilidade para avaliar a existência da justa causa para processar o acusado e conduzi-lo a um julgamento seguro, o que tornaria o juízo de acusação inútil[1198].

O juízo de acusação está assentado sobre as bases dos elementos probatórios comuns para analisar a viabilidade de um futuro e possível julgamento criminal sobre o mérito da causa[1199]. Assim o fazendo, essa fase instrutória tem por móvel o fundamento acusatório. Por isso é que comumente se reconhece na pronúncia o juízo de acusação[1200].

[1195] O juízo da formação da culpa "corresponde à jurisdição instrutória do direito europeu, ou seja, ao poder conferido ao órgão judiciário de 'declarar se existe ou não fundamento para submeter a julgamento determinada pessoa por um fato suscetível de repressão penal'" (MARQUES, 1965, v. I, p. 173-174).

[1196] Cf. ALMEIDA, 1973, p. 10-16.

[1197] Favoráveis à adoção do juízo de acusação: HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*. Paris: [s.n.], 1853, v. V, p. 3-17; CIVOLI, Cesare. *Manuale di procedura penale italiana*. Turim: Fratelli Bocca, 1921, p. 192; LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Florença: G. Barbera, 1895, p. 290. Todos citados também por ALMEIDA, 1973, p. 11-13.

[1198] Contrários à adoção do juízo de acusação: ALIMENA, Bernardino. *Studi di procedura penale*. Turim: Fratelli Bocca, 1906, p. 262; BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Il codice di procedura penale italiano commentato*. Milão: [s.n.], 1878, v. III, § 848. Ambos citados também por ALMEIDA, 1973, p. 15.

[1199] O objetivo da formação da culpa reside no esclarecimento acerca da existência de uma suspeita de fato contra o acusado, suficiente para conduzi-lo a um julgamento. Nesse sentido: SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Trad.: Jose Manuel Nunez. Buenos Aires: Bibl. Argentinas, 1957, p. 195-198.

[1200] Cf. ALMEIDA, 1973, p. 10.

No que toca à formação da culpa, há que se ressaltar que se trata de um juízo de caráter preliminar[1201], com finalidades próprias, preparatório para outro procedimento[1202] porque avalia e decide quanto ao caráter da legitimidade da acusação. E esse expediente se faz confrontando os fatos com o arcabouço de provas produzido na primeira fase do procedimento do júri, ao longo do devido processo legal[1203] que deve ser sustentado pelas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório[1204].

O fato de que a produção das provas seja realizada no âmbito do juízo de acusação, distante dos jurados que devem analisar o mérito da causa, poderia gerar certo desconforto ou insegurança jurídica pela simples alegação de que os jurados não teriam a verdadeira dimensão da realidade produzida pela prova visto que seriam submetidos a cansativas leituras das peças processuais e dependeriam do desempenho técnico do defensor do réu e do órgão de acusação para poder compreender o sentido da prova.

No entanto, não deve prosperar tal entendimento dado que no procedimento do júri a colheita das provas na fase anterior ao julgamento está em harmonia com o preceito do controle da admissibilidade acusatória, vez que o conteúdo probatório, inicialmente, dirige-se ao convencimento do juiz da instrução que deve decidir se conduz, ou não, o acusado a um julgamento pelo Tribunal Popular[1205].

[1201] Cf. GARRAUD, René. *Précis de droit criminel.* 14. ed. rev. et corrigée avec la collaboration de Pierre Garraud. Paris: Recueil Sirey, 1926, p. 585-588.

[1202] Cf. BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni Di Diritto Processuale Penale*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1956, p. 173-174.

[1203] "Onde está admitido o juízo da formação da culpa, ou juízo da acusação, ou instrução preliminar, o processo penal fica dividido nas seguintes fases: *a*) investigação prévia; *b*) instrução; *c*) juízo ou julgamento; *d*) execução penal" (MARQUES, 1965, v. I, p. 174).

[1204] "Em decorrência do devido processo legal dá-se às partes os direitos ao contraditório e a ampla defesa. [...] Contraditório e ampla defesa formam um binômio inarredável e uma conseqüência lógica do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito. [...] A ampla defesa é um corolário do processo como modo de garantia individual" (SILVA, 2001, p. 17-21).

"O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 63).

[1205] A produção de provas visando a decisão da causa não é o fim único dessa fase de formação da culpa, mas verificar a necessidade de desenvolvimento da fase posterior do processo. Nesse sentido: NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della senteza instruttoria penale*. Milano: Societa Editrice Vita e Pensiero, 1953, p. 2-7.

Se entender que sim, que é viável um julgamento pelo que se infere das provas produzidas na fase da formação da culpa, deve o magistrado pronunciar o réu. Na fase de julgamento do mérito, os jurados tomam contato com as provas produzidas, ouvem o ofendido, se possível, as testemunhas e o acusado, assim como, assistem aos debates podendo interferir para espancar qualquer dúvida sobre os pontos externados nas teses esboçadas pelas partes[1206].

Nos moldes em que se analisa essa etapa de formação da culpa no procedimento do júri não é equivocada a assertiva de que os expedientes levados a cabo nesse estágio convergem, ao final, para a formação do convencimento livre do magistrado quanto à admissibilidade ou não da imputação contida na peça acusatória, decisão esta que é condição *sine qua non* para que a fase de plenário exista, no caso de uma decisão de pronúncia.

A prestação jurisdicional que encerra o juízo da culpa é de cunho declaratório. Essa natureza encontra guarida na razão em que o magistrado satisfaz as pretensões formuladas na denúncia ou queixa, indicando se é ou não admissível a acusação formulada e se a causa pode ser levada a fase de plenário para julgamento do mérito[1207].

Na luz da legislação reformadora do procedimento do júri, a Lei n. 11.689/2008, a primeira fase do rito do júri – *iudicium accusationis* – recebeu a chancela legal de *instrução preliminar*[1208]. Seu termo inicial ocorre quando o magistrado recebe a denúncia ou a queixa ordenando a citação[1209] do acusado para respondê-la,

---

[1206] É o que se infere da locução dos artigos 473; 474; 480, § 3.º e parágrafo único do artigo 484, todos do Código de Processo Penal (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1207] Cf. MARQUES, 1980, v. I, p. 358-359.

[1208] No âmbito do procedimento do júri, inserto no Código de Processo Penal brasileiro, a instrução preliminar está locada no contexto da Seção I (*Da acusação e da instrução preliminar*) – artigos 406 a 412 – e da Seção II (*Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária*) – artigos 413 a 421 (com a nova redação e estrutura ofertadas pela Lei n. 11.689/2008, modificadora do citado rito).

[1209] "Na citação por edital, como o acusado não é citado para o comparecimento em juízo, e sim para a apresentação da resposta escrita, a partir da ausência da resposta, quando ele não constituir advogado ou não tiver efetivo conhecimento da causa, que se deve aplicar a regra do art. 366, do CPP, com a suspensão do processo e do prazo prescricional, sem prejuízo da adoção das providências ali mencionadas" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 567).

por escrito, no prazo de dez dias[1210]. Seu termo final se dá quando opera a preclusão da pronúncia[1211], decisão de natureza marcantemente processual[1212].

Em síntese, a *iudicium accusationis*, denominada de instrução preliminar na seara do novo procedimento do júri fixado pela Lei n. 11.689/2008, deve ser concluída no prazo máximo de noventa dias[1213]. Os atos dessa fase podem ser vislumbrados na seguinte estrutura legal:

a-) apresentação da denúncia pelo Ministério Público ou da queixa pelo querelante, podendo o magistrado receber ou rejeitar a peça acusatória. Recebendo-a, ordena o juiz a citação do acusado[1214] para oferecer por escrito sua resposta (defesa prévia) no prazo de dez dias. Tanto a acusação quanto a defesa podem arrolar até o máximo de oito testemunhas cada qual[1215];

b-) com o recebimento da resposta do acusado é aberto o prazo de cinco dias para o órgão ministerial ou querelante se manifestar acerca das preliminares e documentos apresentados pela defesa[1216]. Assim, no

---

[1210] *Caput* do artigo 406/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

[1211] *Caput* do artigo 421/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

[1212] Ainda, quanto ao pronunciamento jurisdicional com que se finaliza a formação da culpa, sabe-se que opera "efeito preponderantemente processual: se de inadmissibilidade da acusação (ou de *impronúncia*) consiste ela em verdadeira *absolutio ab instantia*; se de admissibilidade, ou sentença de pronúncia, determina que se prossiga na relação processual, para que o réu seja submetido a julgamento em que se decidirá o *meritum causae*" (MARQUES, 1965, v. I, p. 175, grifo do autor).

[1213] Artigo 412/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

[1214] A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – *Altera dispositivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos* –, com três artigos e *vacatio legis* de sessenta dias após sua publicação, alterou e suprimiu vários artigos do Código de Processo Penal vigente. Uma de suas alterações foi a introdução da citação com hora certa na redação do novo artigo 362/CPP, nos moldes preconizados pelos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Dessa forma, se o réu estiver se ocultando para não ser citado, o oficial de justiça certificará o ocorrido e procederá à citação com hora certa. Uma vez completa essa modalidade de notificação e o acusado, assim mesmo, não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo para representá-lo no curso processual, apresentando a defesa prévia (em consonância com o novo parágrafo único do artigo 362/CPP).

[1215] No preceito dos §§ 2.º e 3.º do artigo 406/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1216] Artigo 409/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

prazo derradeiro de dez dias, o magistrado determina a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes[1217];

c-) a audiência de instrução deve ser realizada com a observância da seguinte ordem nos trabalhos[1218]: *i.* oitiva do ofendido, quando possível; *ii.* inquirição das testemunhas da acusação; *iii.* inquirição das testemunhas da defesa; *iv.* esclarecimentos como a oitiva de peritos, acareações, reconhecimentos de pessoas e coisas, etc.; *v.* interrogatório do acusado; *vi.* o debate entre as partes[1219];

d-) a finalização da fase da formação da culpa com quatro possibilidades, quais sejam: *i.* a pronúncia, quando o magistrado entender admissível a acusação e enviar o réu a julgamento em fase posterior[1220]; *ii.* a impronúncia, quando o magistrado extingue o processo sem o julgamento do mérito[1221]; *iii.* a desclassificação, quando o juiz remete os autos do processo para outro juízo por reconhecer a incompetência do júri para o julgamento do caso[1222]; *iv.* a absolvição sumária, quando o magistrado encerra o processo julgando o mérito no sentido de absolver o acusado das formulações propostas na peça vestibular[1223].

[1217] Artigo 410/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

[1218] Ordem estabelecida na locução do *caput* do artigo 411/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1219] § 4.º do artigo 411/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

[1220] Do convencimento do magistrado quanto à possibilidade de ter havido crime doloso contra a vida e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado, opera a pronúncia nos termos do § 1.º do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1221] Do não convencimento do magistrado quanto à materialidade do fato ou de que existam indícios suficientes que atribuam a autoria ou participação ao réu, incide a impronúncia nos termos do artigo 414/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), permitindo-se a qualquer instante, desde que não extinta a punibilidade, a formulação de uma nova denúncia ou queixa se houver prova nova, como bem indica o parágrafo único do referido artigo.

[1222] Do convencimento do magistrado da existência de crime diverso da competência do júri e do qual não seja o juízo competente para o julgamento, exsurge a desclassificação do crime e remessa dos autos ao juízo que o seja, atendendo ao que reza o artigo 419/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1223] Se provada a inexistência do fato, ou provado que dele o réu não é o autor ou partícipe, ou se o fato não constituir infração penal, ou restar provada que ocorreu causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, o juiz absolverá desde logo o réu, em sintonia com o disposto no artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

4.4.2 Da preparação do processo para julgamento em plenário

Antes da reforma do procedimento do júri, operada a preclusão da pronúncia abria-se vista dos autos ao órgão do Ministério Público para que em cinco dias oferecesse o libelo acusatório[1224] para que, posteriormente, a defesa em igual prazo oferecesse a contrariedade[1225] ao libelo, completando o contraditório constitucional[1226]. Com o libelo acusatório os atos preliminares de plenário tinham início[1227].

O conteúdo do libelo não podia afastar-se da classificação da infração penal realizada no âmbito da pronúncia. Estava atrelado aos limites traçados nessa decisão que findava o juízo de acusação. Daí a imposição ao Ministério Público para não extrapolar as balizas impostas pela pronúncia quando da confecção do libelo, salvo quando provas inequívocas fossem evidenciadas após a citada decisão.

Após a apresentação de libelo e contrariedade ao libelo, os autos seguiam conclusos ao magistrado para que todas as providências fossem tomadas de ofício, ou despachando os requerimentos formulados pelas partes, para sanar nulidades ou esclarecer fato que interessasse à decisão da causa. Uma vez esclarecido o fato e regularizado o processo, o magistrado marcava a data para o julgamento,

---

[1224] Libelo é a "*exposição escripta e articulada do facto criminoso e das suas circumstancias, não só as elementares, como as aggravantes, concluindo pela declaração da pena, a que na forma da lei, deve ser o réo condemnado*" (SIQUEIRA, 1937, p. 423, grifo do autor).

O libelo é a "exposição escrita e articulada, feita em proposições simples e distintas, do fato delituoso e suas circunstâncias agravantes, de acôrdo com a pronúncia, da qual, em regra, não pode afastar-se, concluindo pelo pedido de pena determinada, ou graduada, segundo as circunstâncias agravadoras mencionadas" (LIMA, Múcio de Abreu e. *Do Libelo Crime Acusatório*. Belo Horizonte: [s.n.], 1930, p. 17).

O libelo é a "*peça escrita*, porque é lançada nos autos pelo próprio autor. Diz-se *articulada*, porque é redigida em forma de artigos ou proposições distintas" (ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 524, grifo do autor).

[1225] Contrariedade é a "refutação escrita às argüições ou à conclusão do libelo, pela negativa do fato, retificação de circunstâncias, ou alegação de motivos que excluam, ou modifiquem a responsabilidade" (TORRES, Antonio Eugênio Margarinos. *Processo Penal do Júri no Brasil*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 296).

Contrariedade é a "peça escrita em que o réu contesta a acusação contida no libelo; supõe sempre a existência de um libelo, sem o qual não tem razão de ser" (ROSA, 1942, p. 531).

[1226] O libelo estava previsto na redação original dos artigos 416 a 420/CPP, ao passo que a contrariedade ao libelo constava no corpo dos artigos 421 e 422/CPP.

[1227] Cf. FRANCO, 1956a, p. 58.

determinando as notificações das partes e testemunhas[1228]. Findavam-se os atos preparatórios ao julgamento.

A Lei n. 11.689/2008, ao disciplinar o novo procedimento do júri, introduziu no Capítulo II do Título I do Livro II do Código de Processo Penal a Seção III, sob a denominação *Da preparação do processo para julgamento em plenário*. Com as ressalvas doutrinárias outrora realizadas acerca da evidência ou não de uma nova fase no rito do júri após a aludida reforma, pode-se dizer que a citada seção tem por fim orientar o magistrado quanto à realização de expedientes preparatórios para o julgamento em plenário[1229].

Nas regras do novo rito do júri foram suprimidos o libelo-crime acusatório e a contrariedade ao libelo. Dessa forma, a vigente sistemática do procedimento do júri, no tocante à preparação do processo para o julgamento em plenário, pode assim ser sintetizada:

a-) o juiz presidente do júri, ao receber os autos, determina a intimação das partes para apresentarem o rol de testemunhas, até o máximo de cinco, que considerem imprescindíveis para que deponham em plenário, bem como, requerer diligências e apresentar documentos[1230];

b-) com o recebimento das petições das partes, o juiz deve deliberar sobre as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer algum fato que entenda ser de interesse para o julgamento da causa[1231];

[1228] Segundo a orientação disposta na redação original dos artigos 422 a 425/CPP.

[1229] A preparação do plenário "é a fase intermediária, entre a formação da culpa e o juízo de mérito. Antes do advento da Lei 11.689/2008, o ponto central dessa fase consistia na apresentação do libelo pelo órgão acusatório, especificando, em formato de artigos, o teor da imputação. Após, a defesa oferecia a contrariedade ao libelo" (NUCCI, 2008, p. 99).

[1230] Artigo 422/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem o rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

[1231] Esse expediente descrito no inciso I do artigo 423/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008) é o equivalente à medida cautelar de justificação (artigos 861 a 866/CPC) que visa à constituição da prova de algum fato ou relação jurídica que seja de relevo para o julgamento e que, no momento da instrução, não era conhecida e, por isso, não foi carreada aos autos.

c-) o magistrado presidente do Tribunal do Júri ou o juiz competente para o preparo deve elaborar o relatório sucinto do processo para que seja incluído na pauta de julgamento pelo júri[1232];

d-) a organização da pauta de julgamento, deve priorizar os processos referentes a réu preso e, havendo outros processos com réus na mesma situação, a preferência deve ser daqueles referentes ao réu que se achar preso há mais tempo[1233];

e-) com o processo em ordem, o juiz presidente manda notificar as partes, o ofendido, se possível, as testemunhas e os peritos acerca da sessão de instrução e julgamento pelo júri[1234];

f-) após organizada a pauta, o juiz presidente realiza, de portas abertas, o sorteio dos vinte e cinco jurados que devem atuar na reunião periódica, devendo para esse ato serem intimados o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública[1235].

Ainda nessa fase de preparação para o julgamento pelo júri, prevê o Código de Processo Penal[1236] a análise quanto ao pedido de desaforamento[1237]. Sob olhares críticos[1238], tal medida foi introduzida pela primeira vez na legislação brasileira pelo

---

[1232] Na previsão da locução do inciso II do artigo 423/CPP e do artigo 424/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008). O relatório escrito é peça fundamental para que, na fase de plenário – de acordo com o parágrafo único artigo 472 (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008) –, os jurados analisem não só o andamento processual como o conteúdo das provas e possam extrair sua convicção.

[1233] Em estrita obediência ao disposto no artigo 429/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1234] Na organização da pauta do júri estão previstas as notificações, em concordância ao que dispõe a redação do 431/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1235] O sorteio e a convocação dos jurados integram a Seção VII do Código de Processo Penal, onde estão arrolados os artigos 432 a 435 (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1236] Ao longo da Seção V – *Do desaforamento* – na redação dos artigos 427 e 428/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1237] O desaforamento é "um ato excepcional da Instância Superior, modificador da regra de competência territorial e com restrita aplicação no procedimento do Júri" (PORTO, 2005, p. 103-104).

[1238] "Regra é de direito público que todo crime deva ser julgado no lugar em que se perpetuou: não só pelo interesse da justiça que aí terá os melhores elementos de informação, como para não sacrificar os cidadãos de outra jurisdição com perturbações sociais que não lhe interessam; e ainda poupar às testemunhas e partes os incômodos de viagem e estranhezas de outro meio" (TORRES, 2008, p. 302).

Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul e posteriormente adotado nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro[1239].

A redação original do Código de Processo Penal possibilitava o pedido de desaforamento para os casos em que o interesse da ordem pública o reclamasse ou pairasse dúvida quanto à imparcialidade dos jurados ou à segurança pessoal do acusado. A reforma do Código de Processo Penal tratou de outra possibilidade para o pedido de desaforamento quando, em razão do comprovado excesso de serviço no juízo, o julgamento não ocorrer no prazo de seis meses decorridos da preclusão da pronúncia[1240].

4.4.3 Do julgamento do mérito

Com as ponderações realizadas acerca dos expedientes visando à preparação do processo para julgamento em plenário, preclusa a decisão de pronúncia tem início a fase denominada de *iudicium causae*[1241], a qual tem seu termo final com o trânsito em julgado da sentença do Juiz Presidente do Tribunal do Júri que relata a decisão de mérito emanada pela votação do Conselho de Sentença e dispõe, no caso de condenação do réu, sobre a dosimetria e o regime inicial de cumprimento da pena, além de outras providências.

O direito de punir é declarado no juízo da causa a partir da análise do conjunto probatório obtido na fase da instrução preliminar e na fase da instrução definitiva. Dessa análise o jurado emite seu veredicto pela procedência ou improcedência da ação penal, isto é, pela condenação ou absolvição do acusado. A etapa de julgamento em plenário é formada por uma série de atos complexos[1242].

[1239] Cf. GUSMÃO, Sadi. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1942, p. 139-140.

[1240] A incidência dessa nova possibilidade de desaforamento por excesso de serviço no juízo está disciplinada nos limites do artigo 428/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1241] O juízo da causa está disciplinado ao longo dos artigos 422 a 497/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1242] Cf. NUCCI, 2008, p. 115-116.

O Tribunal do Júri é um órgão colegiado composto por um presidente que é um magistrado togado, responsável pela coordenação e trâmite dos trabalhos pertinentes ao julgamento, e por vinte e cinco jurados[1243], sorteados dentre os alistados[1244]. Antes do início da sessão solene, o magistrado que preside os trabalhos deve analisar os casos de isenção ou dispensa dos jurados que lhe forem solicitados, assim como avaliar o pedido formulado por qualquer interessado no sentido de adiamento da sessão de julgamento[1245].

As sessões de instrução e julgamento do Tribunal do Júri[1246], presididas pelo juiz togado, requerem, além do Conselho de Sentença, a participação do Ministério Público, do assistente de acusação, se houver, e da defesa[1247]. São reuniões públicas e solenes, instaladas para a análise e decisão de um processo com a constituição específica de um Conselho de Sentença.

Antes da constituição do Conselho de Sentença o magistrado presidente determinará que as testemunhas sejam recolhidas a um ambiente onde não possam ter contato de nenhuma natureza com os depoimentos que se sucederão no plenário[1248].

Do *quorum* de vinte e cinco jurados, sete são sorteados com a participação da acusação e defesa, sendo observado o sistema de recusas[1249], para formarem o

---

[1243] A composição do júri está na redação do artigo 447/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1244] Para que sejam instaurados os trabalhos de plenário devem estar presentes, no mínimo, quinze jurados, como enfatiza o artigo 463/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1245] No plano do artigo 454/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1246] "Em Plenário desenvolve-se uma audiência de instrução e julgamento incindível: de instrução porque em seu desenvolver são colhidas provas (interrogatório, inquirição de testemunhas); de julgamento porque, formuladas as alegações finais e orais pelas partes em momento de oferta de valoração das provas em confronto com a acusação fixada pela pronúncia, decidem os jurados na votação do questionário, proferindo, a seguir, o Juiz Presidente a sentença" (PORTO, 2005, p. 115-116).

[1247] Não se deve adiar o julgamento pelo não comparecimento à sessão do acusado, regularmente intimado, que estiver solto, bem como, essa constatação, por si só, não é causa para a decretação de sua constrição preventiva. No entanto, deve-se adiar o julgamento quando o acusado preso não for conduzido à sessão dado que nesse caso constata-se uma falha do organismo estatal. Disciplina dos §§ 1.º e 2.º do artigo 457/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1248] Disposição expressa no corpo do artigo 460/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1249] As regras para as recusas dos nomes de jurados sorteados estão descritas nos artigos 468 e 469/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008). Havendo mais do que um réu, a recusa será promovida somente por um dos defensores, não vigorando mais a regra da cisão de julgamento por recusas incompatíveis entre os defensores.

Conselho de Sentença para cada sessão de julgamento, ressalvados os impedimentos, suspeições e incompatibilidades a eles impostos[1250]. Em relação aos jurados impera a incomunicabilidade da causa[1251].

Conforme anotado, os atos desenvolvidos no âmbito do procedimento em plenário do júri constituem o denominado juízo da causa. Uma vez verificadas as partes presentes, tomadas as providências quanto às testemunhas e realizada a escolha dos jurados, o presidente do júri finalmente anuncia o julgamento. Por conseguinte, podem-se aduzir os atos da instrução em plenário na seguinte ordem:

a-) a tomada de declarações do ofendido, se possível[1252];

b-) a inquirição das testemunhas[1253]. Primeiro, as arroladas pela acusação. Na sequência, as arroladas pela defesa do acusado[1254];

c-) o requerimento das partes e dos jurados, caso queiram, quanto às acareações[1255], ao reconhecimento de pessoas e coisas[1256], ao

---

[1250] Os impedimentos, suspeições e as incompatibilidades a que se refere o artigo 466/CPP estão arrolados no corpo dos artigos 448 e 449/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1251] A advertência aos jurados quanto à incomunicabilidade sobre o processo deve ser realizada antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, como requer o artigo 466/CPP e seus §§ 1.º e 2.º (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1252] Previsão expressa no *caput* do artigo 473/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), a oitiva do ofendido, uma vez intimado, se faz por declarações, à luz do artigo 201/CPP. O ofendido não é considerado uma testemunha e, conseguintemente, não presta o compromisso de dizer a verdade.

[1253] As demais regras que incidem na inquirição das testemunhas encontram-se ao longo dos artigos 202 a 225/CPP. E ainda a testemunha que falta com a verdade pode incidir nas penas do delito de falso testemunho, conforme a redação ofertada ao artigo 342 do Código Penal.

[1254] Na disposição do artigo 473/CPP e seus parágrafos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), primeiro o presidente do júri faz as perguntas à testemunha e, depois, quem a arrolou. As perguntas podem ser feitas diretamente pelas partes às testemunhas. Os jurados, inversamente, somente podem expressar suas indagações ao ofendido e às testemunhas por intermédio do presidente do júri, como impõe o § 2.º do citado artigo.

[1255] A acareação é ato processual disciplinado pelos artigos 229 e 230/CPP e que pode ser realizado na audiência do júri em conformidade com o § 3.º do artigo 473/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

"Acarear (ou acaroar) é confrontar cara a cara, face a face, pessoas cujas declarações divergem" (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. I, p. 435).

[1256] O reconhecimento de pessoas e coisas é ato descrito nos artigos 226 a 228/CPP e que pode ser realizado tanto na fase do inquérito policial quanto da instrução criminal em juízo.

O reconhecimento de pessoas "se faz necessário quando o ofendido ou uma testemunha não conhece o agente do crime, mas se recorda de seus traços individuantes, sendo capaz de reconhecê-lo se o vir. Procede-se então ao reconhecimento, apresentando ao ofendido ou à testemunha o indiciado" (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. II, p. 66-67).

esclarecimento dos peritos quanto à perícia[1257] realizada e à leitura de peças que sejam referentes exclusivamente às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares que foram antecipadas ou que sejam irrepetíveis[1258];

d-) o magistrado realiza o interrogatório do acusado[1259], caso esteja presente, podendo o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, formular diretamente perguntas ao réu[1260];

e-) encerrada a instrução tem início o estágio dos debates. Em primeiro lugar, fala o Ministério Público, no caso de se tratar de ação pública incondicionada ou, se for caso de ação penal de iniciativa privada, começa o querelante e, em seguida, o Ministério Público[1261]. Após a acusação, tem vez a defesa. Ambos gozam de uma hora e meia cada para suas sustentações[1262] e se houver réplica e tréplica o tempo é de uma hora para cada[1263], observado o direito de aparte[1264];

[1257] O perito é "un coadiutore del giudice nella raccolta del materiale di prova [...] un organo di giustizia" (BORETTINI, Adelmo. *Perizia nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 1940, p. 95-98).
A perícia se constitui "na declaração de ciência quando relata as percepções colhidas pelo perito [...] na interpretação ou apreciação dos fatos em causa" (SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. V, p. 30-31).

[1258] "Há, porém, providências pròpriamente de provas, ou de *instrução antecipada*, que se apresentam como verdadeiro procedimento cautelar destinado 'a prevenir o *periculum in mora* inerente ao eventual procedimento ordinário'" (MARQUES, 1965, v. II, p. 311, grifo do autor).

[1259] O interrogatório do acusado deve ser realizado conforme o preconizado pelos artigos 185 a 196/CPP.
Entendendo o interrogatório como meio de defesa, pode-se conceituá-lo como o "ato processual constituído pelas declarações que, no juízo penal, presta o indiciado, argüido pela autoridade judicial, para a sua defesa" (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 4).
Acerca do interrogatório em juízo divide-se em "*interrogatório de qualificação* (colheita de dados pessoais [...]), *interrogatório de mérito* (colheita da versão do réu a respeito da imputação acusatória) e *interrogatório de individualização* (coleta de dados acerca da vida pessoal [...])" (NUCCI, 2008, p. 186-187, grifo do autor).

[1260] Previsão do artigo 474/CPP e seus parágrafos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1261] À luz do *caput* do artigo 476/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), a acusação deverá ser realizada nos limites estritos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, não vigendo mais na dinâmica do júri, conforme aventado, o libelo-crime acusatório.

[1262] O artigo 478/CPP e seus incisos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008) trazem as temáticas que não podem ser referenciadas ao longo dos debates, sob pena de nulidade caso ocorra o descumprimento.

[1263] Os debates estão preconizados ao longo dos artigos 476 a 481/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1264] Pela dinâmica dos debates travados no plenário do júri e o princípio da oralidade é de se admitir o direito ao aparte por três minutos, conforme previsão locada no inciso XII do artigo 497/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). E mais, considera-se o aparte "o direito que a parte possui de interromper o discurso da outra, durante sua manifestação, para, brevemente, expor algum ponto controverso ou prestar algum esclarecimento, no interesse maior do Conselho de Sentença" (NUCCI, 2008, p. 202).

f-) finalizados os debates o juiz presidente do Tribunal do Júri questiona os jurados se estão preparados para julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos[1265]. Em seguida, o presidente deve ler os quesitos e indagar das partes se têm algum requerimento ou reclamação a fazer, explicando aos jurados o significado e a extensão de cada quesito proposto para a votação[1266];

g-) encerrada a leitura e explicação dos quesitos[1267] aos jurados, além de estarem sanadas quaisquer dúvidas e atendidos os requerimentos das partes, o presidente anuncia o julgamento na sala especial de votação ou, não existindo esse recinto, solicita a todos os presentes, inclusive o acusado, que se retirem do plenário[1268];

h-) após o procedimento de votação na sala especial ou em lugar apropriado para preservar o sigilo da votação[1269], ocorre a apuração do veredicto pelas respostas dos membros do Conselho de Sentença;

i-) apurado o veredicto, o juiz presidente, determinando que todos retornem ao plenário, deve elaborar a sentença[1270]. Finalizando os trabalhos, a sentença deve ser lida e o escrivão deve lavrar ata com o detalhamento dos trabalhos ocorridos na sessão de julgamento, colhendo a assinatura das partes e do juiz presidente[1271].

[1265] § 1.º do artigo 480/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

[1266] Artigo 484/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

[1267] Os quesitos devem obedecer à ordem legal estabelecida no artigo 483/CPP e seus parágrafos (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1268] Na disciplina do artigo 485/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1269] Procedimento de votação com a previsão nos artigos 486 a 491/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

[1270] Os parâmetros que devem constar na referida sentença estão arrolados no artigo 492/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1271] A ata dos trabalhos da sessão de julgamento pelo júri está disciplinada nos artigos 494 a 496/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

4.5 Da pronúncia do acusado

A sistemática adotada para o processamento dos crimes dolosos contra a vida, da competência do júri, prevê ao final da instrução preliminar a necessidade do magistrado manifestar-se acerca da admissibilidade acusatória para que o réu tenha ciência se deve ou não ser julgado pelo plenário do júri, numa etapa posterior, e quais os fundamentos dessa decisão judicial[1272].

Entendendo ser admissível a acusação formulada, o magistrado encaminha o réu a julgamento pelo júri em decisão fundamentada. Denominada de pronúncia, essa decisão judicial hodiernamente está inserida no ordenamento jurídico nacional no âmbito do processamento das infrações penais da competência do júri e marca o encerramento da fase da instrução preliminar ou sumarial.

Ao decidir quanto à admissibilidade acusatória, o magistrado resolve uma importante questão endoprocessual[1273]. A aceitação da acusação formulada revela a vontade do Estado em ver o seguimento do procedimento a uma fase de plenário na qual se vislumbra uma possibilidade de haver condenação do réu pela autoria ou participação na prática de uma infração penal dolosa contra a vida[1274].

Esse entendimento corrobora a noção que recai sobre a pronúncia[1275]. Daí se asseverar que se trata de uma decisão interlocutória – porque realizada no âmbito do

---

[1272] "Vencidas, no *judicium accusationis*, as etapas postulatórias e instrutória, surge a primeira fase decisória do procedimento do Júri, a ser cumprida pelo Juiz. É a chamada 'fase da pronúncia'" (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 4. ed. rev. ampl. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58).

[1273] A pronúncia "corresponde assim aos reclamos da coletividade, e se impõe em perfeito ajuste à consciência social, formada em sutis conjeturas da alma popular. [...] É sabido que na pronúncia o juiz não julga afinal: nem cumpre ao julgador esperar por uma prova robusta completa" (CARVALHO, 1946, p. 321).

[1274] Cf. ALMEIDA, 1973, p. 9-10.

[1275] A pronúncia é "decisão interlocutória, proferida no curso do procedimento e que fixa uma classificação penal para ser decidida pelos jurados; é, portanto, decisão 'processual de conteúdo declaratório em que o Juiz proclama admissível' a imputação que aceita e encaminha para julgamento pelo Tribunal do Júri" (PORTO, 2005, p. 70).

"É a decisão pela qual declara o Juiz a realidade do crime e a sua soposição fundada sôbre quem seja o autor" (NORONHA, 1969, p. 268).

processo – e que não possui a finalidade de haver julgado o mérito da causa, mas tão somente, de ter permitido que o Conselho de Sentença possa, numa fase posterior do rito do júri, manifestar-se acerca da imputação que é formulada contra o réu[1276].

O espírito que dá vida a essa decisão interlocutória requer muita cautela do magistrado para não adentrar ao mérito da causa e transformar esse ato judicial numa antecipação do julgamento do réu[1277], vez que não é o juízo competente para tanto mas sim um juízo que permite a sequência do processamento[1278], donde se infere ser a pronúncia um juízo de possibilidade de condenação futura[1279].

É inegável que ao analisar o cabimento da pronúncia o magistrado tenha que adentrar num terreno onde o mérito da causa esteja pontilhado. No entanto, a prudência indica que deve o juiz analisar os pressupostos sob ângulação exclusiva do direito de acusar[1280].

Não é momento para aplicar sanções ou pormenorizar acerca da culpabilidade do acusado. Para a pronúncia a análise deve repousar na probabilidade de haver uma condenação no juízo da causa, este que decide quanto ao direito de punir[1281].

Na redação original do Código de Processo Penal – Decreto-lei n. 3.689/1941 – essa decisão judicial que encerrava o juízo de instrução estava prevista no corpo do artigo 408 e seus parágrafos em que, destacadamente, o legislador referia-se a ela como *sentença de pronúncia*. Após a edição da Lei n. 11.689/2008, a

---

1276 "A pronúncia é sentença processual com que se encerra o sumário de culpa e pela qual o juiz proclama admissível a acusação, para que esta seja decidida pelo júri" (BARAÚNA, 1978, p. 251-252).

1277 "Ao julgar procedente a denúncia, não impõe o julgador, com a sentença de pronúncia, pena alguma ao réu, nem qualquer outra *sanctio juris* de Direito Penal, mas ùnicamente declara admissível a acusação, para que, assim, se submeta o réu a julgamento no plenário do Júri" (MARQUES, 1963, v. I, p. 228).

1278 Cf. TORNAGHI, 1987, v. 2, p. 210-211.

1279 "Pronúncia é a decisão em que se apuram a existência do crime, certeza provisória da autoria e indícios da responsabilidade do réu" (TORRES, 2008, p. 221).

1280 "Além do mais, a *communis opinio doctorum*, inspirando-se ainda em textos expressos anteriores, proclama que é necessária a prova plena da existência do crime e de indícios sérios da autoria. [...] Assim, quanto à existência do delito, é mister prova *convincente*" (NORONHA, 1969, p. 269, grifo do autor).

1281 Cf. ALMEIDA, 1973, p. 10-11.

qual reformou o procedimento do júri, houve uma adequação terminológica para *decisão de pronúncia*, como grafa a locução do artigo 413/CPP.

Ao largo da topografia legal infere-se que a pronúncia foi mantida no ordenamento brasileiro especificamente no procedimento das infrações penais dolosas contra a vida, subsistindo como a única decisão que põe termo ao juízo de acusação para inaugurar o juízo da causa nesse rito e cujo norte está orientado para a análise da admissibilidade acusatória.

A pronúncia assume a estrutura formal de uma sentença[1282]. O Código de Processo Penal reserva pressupostos específicos que devem ser avaliados pelo magistrado para servirem de fundamento à motivação dessa decisão de admissibilidade acusatória[1283]. Contudo, observando o magistrado a ausência de algum desses pressupostos, fica impedido de pronunciar o acusado, impondo-se outra decisão[1284].

4.5.1 A finalidade da pronúncia

O procedimento escalonado do júri indica a existência de fases nas quais se edifica o direito de acusar. Para que os reais fins desse rito especial possam ser atingidos à luz do que prescrevem as garantias ínsitas no ordenamento jurídico, reserva a legislação de processo penal um mecanismo de controle da admissibilidade acusatória presente na fase sumarial desse procedimento.

Tal mecanismo é concebido para que o magistrado, através do seu prudente olhar técnico e imparcial, possa avaliar todo o arcabouço de provas que foi produzido ao longo da fase instrutória – *iudicium accusationis* – e decidir se estão

---

[1282] "O Código exige que a sentença de pronúncia seja fundamentada, exigência que mais a aproxima de uma sentença, caracterizando-a como tal, o que é interessante, porque antes do Código se discutia se a pronúncia era ou não uma sentença" (AZEVEDO, 1958, p. 200).

[1283] Pressupostos estabelecidos pelo artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1284] No contexto dos artigos 414, 415 ou 419, todos do CPP (com redações ofertadas pela Lei n. 11.689/2008).

presentes os pressupostos de admissibilidade da acusação e, portanto, se é plausível o encaminhamento do réu para que seja deliberado o mérito da ação penal pelo plenário do júri em fase ulterior, vislumbrando sempre o magistrado a possibilidade de êxito da acusação ao final da demanda.

Trata-se, sem dúvida, de uma atuação técnica, jurídica, na qual são analisados todos os elementos de prova produzidos na fase sumarial. Por isso é que a lei exige que esse controle seja exercido por um magistrado de carreira, o qual detém conhecimento técnico para a aplicação dos princípios inerentes à essa etapa do procedimento do júri.

É a decisão de pronúncia o ponto-chave do procedimento do júri. Incorpora um importante instrumento de controle dos excessos no direito estatal de acusar, resguarda as garantias do acusado, revelando-se como um filtro que inibe um julgamento temerário.

E por desempenhar essa função de depuração, a pronúncia está localizada ao final da fase instrutória, após a realização de todos os atos do sumário de culpa. Não podia ser diferente uma vez que, primeiramente, o réu deve ter ciência da acusação que pesa contra si, entrar em contato com as provas que sustentam-na para, após, defender-se com provas que julgue pertinentes. Encerrado o contraditório, o magistrado decide se deve prosseguir o procedimento para a fase de julgamento em plenário.

Sendo a pronúncia a decisão que entende admissível a acusação, é ela, então, o mecanismo de controle judicial. Dessa feita somente segue para plenário as causas que apresentem uma viabilidade de julgamento, ou seja, causas que tenham possibilidade de êxito da acusação formulada pelo Estado. Em consequência, ficam afastadas do conhecimento do Conselho de Sentença as causas temerárias e que não tenham lastro suficiente para proporcionar um julgamento justo[1285].

[1285] Cf AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da Pronúncia*. Coleção Direito Processual Penal. Geraldo Prado (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 105-106).

É desejo de um sistema que prima pelos direitos e garantias fundamentais evitar a ocorrência de um julgamento desarrazoado[1286], em que o réu fique exposto a situações constrangedoras, correndo-se o risco de que caia em descrédito um dos princípios mais abalizados do próprio ordenamento jurídico: o devido processo legal, este que visa a aplicação do direito material de modo isonômico, justo e equilibrado.

Enfim, exercendo o controle na atividade acusatória, no âmbito do procedimento do júri, a pronúncia serve como uma importante ferramenta colocada à disposição do Estado para que sejam observados preceitos mínimos que impeçam o erro judiciário[1287] e os gastos desnecessários[1288], uma vez que se corre esse risco se uma causa temerária ou desarrazoada for levada à apreciação dos juízes leigos.

4.6 Do afastamento da pronúncia

Conforme testilhado, um dos principais atributos da fase da instrução preliminar – *iudicium accusationis* – no procedimento do júri no Brasil é o de possibilitar ao magistrado que conduz a instrução judicial o conhecimento da denúncia que objetiva, pela pronúncia do acusado, o julgamento deste pelo Tribunal do Júri. Destarte, essa fase é a primeira destinada à formação da culpa do acusado quando do processamento das infrações penais dolosas contra a vida.

[1286] A função da pronúncia "é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável. É comum dizer-se que a função da pronúncia é a de remeter o réu a júri. Mas rejeitamos, terminantemente, essa impostação. A função da fase de pronúncia é exatamente a contrária. Em outras palavras, a função do juiz togado na fase da pronúncia é a de evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude do julgamento soberano, em decisão, quiçá, de vingança pessoal ou social. Ou seja, cabe ao juiz na fase da pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal. Usando expressões populares, pode-se dizer que compete ao juiz evitar que um inocente seja jogado 'às feras', correndo o risco de ser condenado, ou que o júri pode fazer uma injustiça absolvendo, não podendo fazer uma injustiça ao condenar" (GRECO FILHO, Vicente. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 119).

[1287] Cf. NUCCI, 2008, p. 61.

[1288] A análise da admissibilidade acusatória, pela pronúncia, constitui uma "*verdadeira garantia da inocência* do cidadão contra acusações infundadas ou temerárias; sob outro aspecto, também garante o próprio Judiciário contra o custo e a inutilidade em que redundariam" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2001, p. 232, grifo do autor).

O acolhimento inicial da peça acusatória faz com que uma série de atos processuais sejam desencadeados no juízo penal. Boa parte destes busca ampliar o contato do magistrado com o conjunto probante, como a realização da inquirição das testemunhas, proporcionar as alegações das partes e também interrogar o acusado, ouvindo sua versão para os fatos.

Conforme aludido, no procedimento do Tribunal do Júri a instrução preliminar deve ser encerrada com uma análise judicial quanto à admissibilidade da acusação formulada para encaminhar o réu a julgamento pelo Conselho de Sentença. Admitindo-a, o magistrado o faz através da decisão de pronúncia, a qual atingindo a preclusão inaugura um segundo estágio denominado de juízo da causa – *iudicium causae*.

No entanto, além de admitir a acusação contra o réu no encerramento da instrução preliminar do procedimento do júri, outras alternativas legais são postas à disposição do magistrado. E tais alternativas possuem o condão de encerrar a fase da *iudicium causae* sem que o réu seja encaminhado ao juízo da causa[1289].

Em outras palavras, entendendo viável uma dessas possibilidades o juiz não permite que o processo dê seguimento para a fase de plenário do júri, afastando a pronúncia e findando o procedimento. São decisões que encerram a relação processual iniciada com a formulação da acusação ou que enviam os autos para o juízo competente para análise da matéria.

Logo, não admitindo a acusação formulada no âmbito do procedimento do júri o magistrado pode proferir a impronúncia do acusado ou sua absolvição sumária. Ainda, quando restar convencido de que o crime cometido não está na alçada dos delitos dolosos contra a vida e nem com eles se encontra em regime de conexão, deve remeter os autos para o juízo competente.

[1289] "Pode haver outras possibilidades, como declarar a extinção da punibilidade ou ordenar 'antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante' (art. 156, II, 2.ª parte, do CPP, com a redação da Lei n. 11.690/2008)" (FEITOZA, 2009, p. 505).

A decisão do juiz por qualquer uma dessas alternativas legais encerra o procedimento afastando a pronúncia[1290]. E dessa forma, optando por qualquer alternativa que não seja a pronúncia, não segue o procedimento para a fase de julgamento do mérito – *iudicium causae* – ou juízo da causa.

4.7 Da impronúncia

No encerramento da instrução preliminar no procedimento do júri, não estando o magistrado convencido da materialidade do fato ou, ainda, da existência de indícios que sejam suficientes para apontar a autoria ou a participação do acusado, deve impronunciá-lo[1291].

Através da decisão de impronúncia, considera-se encerrada a relação processual e o réu não segue para o julgamento pelo Tribunal do Júri, não é inaugurada a fase do *iudicium causae*[1292]. Indubitavelmente é uma decisão de conteúdo processual porque não analisa o mérito da causa. Assim, não gera efeito algum no campo da responsabilidade civil *ex-delicto*[1293].

Em linhas gerais, pode-se admitir a impronúncia como uma decisão interlocutória mista de conteúdo terminativo[1294], cujo efeito prático é o de terminar

---

[1290] Somente a pronúncia funciona como "uma espécie de 'sinal verde' para a acusação continuar com os atos persecutórios [...] em plenário" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 65).

[1291] Artigo 414/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

[1292] A impronúncia é "a sentença de não remessa a juízo" (AZEVEDO, 1958, p. 200).

[1293] Por ser uma decisão de natureza processual "efeito algum, na responsabilidade civil, pode dela provir ou emanar. [...] E se dessa natureza são as conseqüências da impronúncia, evidente é que se lhe não pode transformar em causa impeditiva da propositura de ação civil" (MARQUES, 1963, v. I, p. 239).

[1294] "A decisão de impronúncia pode ser classificada como terminativa, na proporção em que põe fim a instância penal sem discutir o mérito da pretensão punitiva deduzida. [...] Essa decisão interlocutória mista não adquire, em princípio, a estabilidade da coisa julgada material" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 452).

a fase da formação da culpa sem que haja um juízo de mérito[1295]. Para tanto, o magistrado julga a denúncia ou a queixa formulada como improcedente, demonstrando também a natureza declaratória da impronúncia[1296].

Com a decisão de impronúncia, o magistrado não está isentando definitivamente o réu da imputação contida na denúncia. O que ocorre é uma *absolvição de instância* do acusado[1297] porque na instrução preliminar não foram reunidas provas suficientes da materialidade delitiva ou indícios suficientes da autoria ou participação do acusado[1298].

Isso quer dizer que enquanto não estiver extinta a punibilidade do agente nova denúncia ou queixa podem ser formuladas a respeito do mesmo fato contra o mesmo acusado caso surja prova nova e diferente de qualquer outra que tenha servido para compor o arcabouço probatório quando da instrução preliminar outrora encerrada[1299]. Uma nova relação processual deve ser inaugurada então.

Pela possibilidade de ser inaugurada nova relação processual envolvendo o acusado quando do surgimento de prova nova, enquanto não estiver extinta a

---

[1295] Cf. NUCCI, 2008, p. 85.

As decisões interlocutórias mistas "também denominadas *decisões com força de definitivas*, são aquelas que encerram a relação processual sem julgamento de mérito, ou põem termo a uma etapa do procedimento. Quando a decisão interlocutória mista trancar a relação processual sem resolver o mérito, fala-se em *interlocutória mista terminativa*" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 234, grifo do autor).

[1296] Na impronúncia "há sentença declaratória da não procedência da denúncia [...]. Sem que o fato típico fique provado, e a autoria imputada ao réu se tenha por provável, inadmissível a acusação contra êste: daí a sentença de impronúncia, como decisão declaratória de inadmissibilidade do *jus accusationis*. [...] o que na decisão se contém é a declaração de ser inadmissível a acusação, pelo que o denunciado fica livre dos vínculos e ônus que o prendiam à instância penal" (MARQUES, 1963, v. I, p. 237-239).

[1297] A impronúncia "nada decide em definitivo em favor do réu, o qual apenas é absolvido da instância" (BITTENCOURT, Edgar de Moura. *A instituição do Júri – anotações aos dispositivos do Decreto-lei n. 167, de 05 de janeiro de 1938 – Doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939, p. 90).

Dessa forma "a sentença de impronúncia não decide em definitivo a favor do acusado. O que ela faz, realmente, é absolvê-lo da *instância*, já que outro processo poderá ser instaurado contra êle, uma vez que se apóie em *novas provas*, isto é, em provas que não foram produzidas e apreciadas no processo, findo com a impronúncia. Como, entretanto, êste não pode ficar eternamente suspenso sôbre a cabeça do réu, sua renovação depende de que não esteja extinta a punibilidade" (NORONHA, 1969, p. 273, grifo do autor).

[1298] Cf. PEREIRA, 2000, p. 278.

Cf. MANSO, Manuel da Costa. *Processo na Segunda Instância e suas applicações a Primeira*. São Paulo: Saraiva, 1923, p. 534-537.

[1299] Acerca das provas novas, deve-se distinguir entre as duas espécies possíveis: "a) *substancialmente novas*: as que são inéditas, ou seja, desconhecidas até então, porque ocultas ou ainda inexistentes [...]; b) *formalmente novas*: as que já são conhecidas e até mesmo foram utilizadas pelo Estado, mas que ganham nova versão. [...] Somente se admite a propositura de novo processo contra o réu no caso de surgirem provas *substancialmente novas*" (NUCCI, 2008, p. 88, grifo do autor).

punibilidade, a decisão de impronúncia faz coisa julgada formal[1300]. Por não decidir o mérito da causa não pode gerar coisa julgada material[1301].

Há que se ponderar quando da ocorrência dos casos de conexão entre os crimes da competência do juiz singular e os da competência do júri. A impronúncia não se pode estender aos delitos conexos que, originariamente, não são da competência do júri. Quanto a estes, deve o magistrado que proferiu a impronúncia remeter os autos ao juízo competente[1302].

Dessa forma, sendo o réu impronunciado pela infração penal da competência do júri, deve o magistrado examinar a infração penal conexa pela qual foi o réu acusado. Uma vez transitada em julgado a decisão de impronúncia, os autos devem ser encaminhados à distribuição caso exista outro juízo que seja competente para apreciar a matéria ou, na inexistência, o próprio magistrado que prolatou a impronúncia deve analisar o mérito.

Suportando intensas críticas[1303], mesmo quando da reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008 no Código de Processo Penal, a impronúncia, em sua essência, não padeceu de significativas alterações[1304] sendo-lhe alterada somente a redação legal[1305]. No entanto, o legislador impôs textualmente ao magistrado o dever de

---

[1300] Cf. LEAL, Saulo Brum. *Júri Popular*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 46.
Em caso de impronúncia "ocorre a coisa julgada material que impede a propositura de nova ação penal" (GRECO FILHO, 1999, p. 123).
"A sentença de impronúncia faz apenas coisa julgada formal, ou seja, o processo é extinto e, nele, não se pode mais discutir a causa criminal. Contudo, não se forma a coisa julgada material, pois, a mesma causa poderá ser novamente discutida em outro processo contra o mesmo réu" (FEITOZA, 2009, p. 506).

[1301] Cf. FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, v. II, p. 18.
É certo que na impronúncia "os efeitos que produz não são imutáveis, uma vez que não estão acobertados pela coisa julgada" (MARQUES, 1963, v. I, p. 237).

[1302] À luz do artigo 419/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1303] "A decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado, e pior: nem vai a júri. Se solicitar sua folha de antecedentes, consta o processo que está 'encerrado' pela impronúncia, mas sem julgamento de mérito" (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 104-106).
No tocante à decisão de impronúncia, critica-se a reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008 porque, sem dúvida, "perdeu-se a oportunidade de sanar esse estranho meio-termo, que torna a impronúncia uma *sentença provisória*, algo inconciliável com o processo penal democrático almejado pela Constituição Federal de 1988" (NUCCI, 2008, p. 85-86, grifo do autor).

[1304] Assim "as hipóteses de impronúncia são, a nosso ver, a dúvida sobre a materialidade do fato e a dúvida (resultante da insuficiência de indícios) sobre a autoria ou a participação" (FEITOZA, 2009, p. 506).

[1305] No âmbito do artigo 414/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

fundamentar a decisão de impronúncia. Trata-se de um reforço desnecessário uma vez que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, por imposição constitucional[1306].

Como a decisão de impronúncia tem o condão de finalizar a relação processual[1307] é de se inferir que o magistrado tenha, em sua fundamentação, que aprofundar sua análise a fim de embasar os argumentos que o conduziram ao convencimento de não enviar o réu a julgamento em plenário, diferentemente do que ocorre quanto à fundamentação da pronúncia, esta que não permite o aprofundamento nos pontos que possam antecipar indevidamente o mérito para a fase sumarial do rito do júri.

A motivação da decisão de impronúncia deve seguir a orientação geral aplicável às decisões judiciais, devendo ser clara o bastante para expor os termos em que se operou o convencimento judicial com base na análise das provas colhidas na fase da instrução preliminar, na avaliação dos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do acusado, além de ponderar a respeito das argumentações da acusação e da defesa.

Essa análise não deve se limitar com relação à brevidade ou extensão dos argumentos judiciais. É o magistrado que detém a consciência dos limites em que deve ser externado seu raciocínio. Contudo, como ao impronunciar o réu o juiz não analisa o mérito em si, mas tão somente a não admissibilidade acusatória, deve evitar em sua motivação a utilização de termos muito incisivos ou contundentes[1308].

[1306] A motivação das decisões judiciais está inserida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988, no Capítulo III (*Do Poder Judiciário*) do Título IV (*Da organização do Estado*).
Dois pontos fundamentais estão presentes nesse dispositivo: "o primeiro diz respeito à extensão do dever judicial de motivar: ao referir-se a *todas as decisões*, o constituinte evidentemente pretendeu incluir nessa exigência todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que contenha uma carga decisória, mínima que seja [...]. O segundo está relacionado à previsão da sanção de nulidade no próprio texto constitucional" (GOMES FILHO, 2001, p. 71-72, grifo do autor).

[1307] Com a impronúncia "encerrada fica a relação processual. O juízo de formação da culpa finda-se e com êle também o processo condenatório que se instaurara com a propositura da ação penal. Mas, o julgamento sôbre a pretensão punitiva do Estado, isto é, sôbre o mérito, não existe, de forma alguma, na sentença que o juiz profere, impronunciando o réu" (MARQUES, 1963, v. I, p. 239).

[1308] Cf. NUCCI, 2008, p. 86-87.

Após a reforma do procedimento do júri, a decisão de impronúncia passou a ser guerreada através do recurso de apelação[1309]. Interposto e provido o recurso e, tendo o órgão *ad quem*, substituído a decisão do magistrado e remetido o caso à apreciação do júri, não há qualquer vedação legal para que as partes façam alusão à decisão de impronúncia em plenário do júri[1310].

4.8 Da despronúncia

Convencendo-se da materialidade delitiva e da existência de indícios suficientes da autoria ou participação do acusado, o magistrado profere a decisão de pronúncia. Essa decisão pode ser atacada pelo recurso em sentido estrito[1311] que, por seu turno, possibilita ao magistrado exercer seu juízo de retratação[1312].

Retratando-se de sua decisão de pronúncia, o magistrado estará decidindo pela impronúncia do acusado[1313]. Opera aqui o que a doutrina historicamente[1314] denomina de *despronúncia*[1315]. Também é notado esse fenômeno no juízo *ad quem*

[1309] Na conformidade do artigo 416/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).
Cf. FEITOZA, 2009, p. 512.

[1310] A vedação legal para argumentação em plenário, nos termos do inciso I do artigo 478/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), sob pena de nulidade, se faz em relação à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas.

[1311] Artigo 581/CPP. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
[...]
IV – que pronunciar o réu (com redação dada pela Lei n. 11.689/2008);
[...]

[1312] Artigo 589/CPP. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de 2 (dois) dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários.

[1313] Cf. LEAL, 1993, p. 60.
Cf. ESPINOLA FILHO, 1965, v. IV, p. 263.

[1314] "Ao tempo da lei de 3 de dezembro e do Regulamento n. 120, de 1850, os subdelegados e delegados de polícia deviam ordenar a remessa do processo em que tivessem pronunciado algum réu, ao juiz municipal. Havia, aí, por parte deste, a prolação de despacho de 'sustentação ou revogação da pronúncia'. E quando ocorria a revogação, falava-se em 'despronúncia'. Nesse sentido emprega o vocábulo *despronúncia* o insigne João Mendes Júnior" (MARQUES, José Frederico. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. São Paulo: Forense, 1962, p. 138, grifo do autor).

[1315] Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1911, v. II, p. 320.
Se o juízo *ad quem* "der provimento ao recurso do réu e reformar a decisão de primeira instância, dá-se a êste julgado a denominação de *despronúncia*" (AZEVEDO, 1958, v. II, p. 202, grifo do autor).
Cf. NUCCI, 2008, p. 87.

quando, ao analisar o recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia, reforma a decisão do juízo *a quo*, substituindo a pronúncia pela impronúncia, operando o mesmo efeito citado[1316]. Destarte, a despronúncia é a desconstituição da pronúncia anteriormente decretada, seja através da reconsideração por parte do juízo de primeira instância, seja por parte do juízo *ad quem* que ao analisar recurso interposto em favor do acusado modifica a sentença de pronúncia para impronúncia[1317].

Mesmo sendo alvo de críticas quanto a sua terminologia[1318], a despronúncia apresenta distinções quanto à impronúncia[1319]. Nesta, o magistrado, desde logo, reconhece como comprovada a inexistência do crime ou de indícios suficientes de autoria ou participação do acusado. Entende-se, no entanto, que os efeitos da impronúncia são idênticos ao da despronúncia[1320].

Na despronúncia é necessário haver uma anterior sentença de pronúncia, a qual pode ser substituída pelo próprio magistrado sentenciante, exercendo o juízo de retratação quando da interposição do recurso em sentido estrito, ou pelo juízo *ad quem*, reformando a decisão de pronúncia do juízo *a quo*.

4.9 Da absolvição sumária do acusado

Cediço é que o magistrado, ao final da instrução preliminar, realiza a triagem do conteúdo da acusação formulada em juízo. Convencendo-se da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado

---

1316 "Pronunciando o réu, e interpondo recurso em sentido estrito, se o Tribunal *ad-quem* prover o recurso, ocorrerá, o que se denomina na técnica processual, a *despronúncia*" (FRANCO, 1956a, p. 228, grifo do autor).

1317 Cf. AZEVEDO, 1958, p. 202.
Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 35.
Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 453.

1318 Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 203-205.

1319 Ao contrário, entendendo que "despronúncia é a revogação da pronúncia, equivalendo, portanto, à própria impronúncia, salvo se o juiz *a quo*, ou o juízo *ad quem*, acabar por absolver sumàriamente ao réu. [...] Seus efeitos são idênticos aos da impronúncia, além, é claro, do efeito específico de revogar a pronúncia e suas conseqüências imediatas" (MARQUES, 1963, v. I, p. 238).

1320 Cf. ACOSTA, 1973, p. 460.

deve encaminhar os autos para a apreciação do Conselho de Sentença, elaborando, portanto, a decisão de pronúncia.

Entretanto, se da análise do que foi produzido no juízo instrutório entender que o fato não ocorreu ou que não constitui crime, que o réu não é o autor ou partícipe do fato ou, ainda, se estiver patente alguma causa de isenção de pena ou de exclusão do crime[1321], não resta outro caminho ao magistrado a não ser absolver sumariamente o acusado, desde que as provas sejam estremes de dúvida[1322]. E assim o fazendo analisa o mérito, não deixando, certa forma, de subtrair a competência do júri[1323].

Ocorre que ao estabelecer essa possibilidade legal – absolvição sumária – o legislador reconhece as singularidades do rito do júri, notadamente a que diz respeito às limitações do conhecimento do jurado em relação às questões jurídicas que podem ser alegadas pelas partes na instrução preliminar pleiteando a absolvição sumária do acusado[1324]. Nisso se observa um peculiar aspecto da fase instrutória – a *duplicidade de juízo*[1325].

Diante de provas inequívocas contidas na instrução criminal não teria sentido algum o magistrado enviar o réu a julgamento pelo júri. Por essa razão é que o comando legal disponibiliza ao juiz a possibilidade de optar pela sentença de absolvição sumária do acusado quando ao final da instrução preliminar restar evidente e devidamente comprovada alguma das possibilidades estampadas no

---

1321 "As excludentes de ilicitude (causas de justificação) e de culpabilidade excluem o crime e a correspondente punibilidade, por força, então, do próprio ordenamento (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28, § 1.º, todos do CP). E quando não se cuidar de crime, não haverá motivo para se reclamar a competência do Tribunal do Júri" (OLIVEIRA, 2008, p. 569).

1322 "A absolvição sumária autorizada pelo Código é norma tradicional do direito pátrio e inspira-se na razão preponderante de evitar para o réu inocente as delongas e os notórios inconvenientes do julgamento pelo Júri" (NORONHA, 1969, p. 274).

1323 "Faculdade excepcional, que subtrai o julgamento aos juízes indicados pela própria Constituição, ou sejam os juízes de fato, ou jurados. Só se justifica, ou só é tolerada, por favorável ao réu, estabelecida em benefício do réu" (AZEVEDO, 1958, p. 204).

1324 Incidências descritas no corpo do artigo 415/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

1325 "Há, porém, no processo instrutório que precede ao juízo pròpriamente dito, verdadeira duplicidade de juízo, os chamados *judicia duplicia*, pois o réu pode impetrar, paralelamente ao pedido da parte contrária sôbre a admissibilidade da acusação, que o juiz declare inexistente o *jus puniendi*, absolvendo-o sumàriamente" (MARQUES, 1955, p. 84).

ordenamento de processo penal. Para tanto se exige que tal decisão esteja estribada em provas contundentes e estremes de qualquer dúvida[1326].

Dessa forma, a absolvição sumária do acusado ou absolvição *in limine*[1327] é uma decisão de mérito sobre todos os fatores constitutivos do crime e definitiva[1328], que põe termo à relação processual, julgando improcedente a acusação ou queixa formulada contra o acusado no juízo penal, encerrando a formação da culpa. É, portanto, absolutória porque julga improcedente a pretensão punitiva do Estado, impedindo que seja inaugurada a fase do juízo da causa no procedimento do júri.

Transitando em julgado a absolvição sumária está decidido em definitivo o objeto da ação penal, com a imutável declaração de improcedência da pretensão punitiva estatal. Opera, pois, coisa julgada formal e material. Uma vez absolvido sumariamente o acusado, devem incidir neste todos os efeitos que operam por força das decisões absolutórias[1329].

Havendo infrações penais conexas e que sejam da competência do juízo singular, a absolvição sumária no tocante à infração de competência do júri não as

---

[1326] "Mas, para o acolhimento de uma destas opções é preciso que a prova se mostre estreme de dúvidas [...]. Somente com prova induvidosa da excludente é que poderá ser proclamada a absolvição sumária, neste momento processual" (LEAL, 1993, p. 54-55).

"A absolvição peremptória do acusado, em despacho de pronúncia, sòmente é possível, quando provas cabais, extremes de qualquer dúvida, convencem da existência de alguma justificativa ou dirimente em favor do réu. [...] A absolvição sumária, qualquer que seja o motivo que a determine, exige prova concludente, cabal, plena, extreme de dúvidas, totalmente convincente da inexistência do crime, da não autoria, da exclusão da criminalidade, da exclusão da punibilidade ou da exclusão da responsabilidade" (CARVALHO, 1946, p. 327).

[1327] Cf. OLIVEIRA, Olavo. *O júri na terceira República*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1949, p. 267-269.

[1328] "A sentença de absolvição sumária é decisão definitiva, uma vez que declara improcedente a pretensão punitiva do Estado, incidindo, dêsse modo, sôbre o *meritum causae*. [...] Na sentença de absolvição sumária, porém, o juiz declara a improcedência da denúncia, por ser também improcedente a pretensão punitiva. [...] A diferença entre a impronúncia e a absolvição sumária está em que a primeira é simples *absolutia ab instantia* e a segunda *absolutio ab causa*" (MARQUES, 1963, v. I, p. 219-242).

"A absolvição sumária é a sentença em que, fundamentadamente, o juiz, desde logo (isto é, sem admitir que vá para o tribunal do júri), extingue o processo, rejeitando a pretensão condenatória (ou absolutória imprópria), com um dos fundamentos especificados em lei" (FEITOZA, 2009, p. 514).

[1329] O artigo 386/CPP dispõe acerca da sentença absolutória. Em seu parágrafo único apontam-se os principais efeitos gerados pela sentença absolutória.

Além dos efeitos oriundos da sentença absolutória como ato jurisdicional, outros podem advir pela simples qualidade de fato juridicamente relevante. Tais são denominados de efeitos secundários ou reflexos, dos quais se destacam, dentre outros: o impedimento da propositura da ação civil *ex delicto* (se o fundamento absolutório for a excludente de ilicitude, a inexistência do fato, negativa de autoria ou de participação do réu, etc.); levantamento da medida assecuratória (sequestro e hipoteca legal, por exemplo); restituição da fiança. Nesse sentido: TOURINHO FILHO, 2002, p. 269-270.

abrange, devendo haver remessa dos autos referente àquelas ao juízo competente para que as providências legais sejam adotadas.

Novamente a reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008 inseriu a locução *fundamentadamente* no contexto do artigo 415/CPP. Conforme anteriormente aludido, tratou-se de um reforço desnecessário em razão da obrigatoriedade constitucional de motivação das decisões judiciais. E com maior razão ainda o é, uma vez que a absolvição sumária analisa o mérito da causa, afigurando-se uma decisão absolutória por excelência. Logo, acarreta nulidade a ausência de fundamentação judicial.

4.9.1 Do cabimento legal

As hipóteses legais que autorizam o magistrado, no âmbito do juízo da culpa, a absolver sumariamente o acusado estão previstas no corpo do artigo 415 do Código de Processo Penal e seus incisos, com redação ditada pela Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008.

A primeira hipótese legal para o cabimento da absolvição sumária é quando restar devidamente provada na instrução a inexistência do fato que é objeto da imputação penal[1330]. Como corolário lógico, deve o acusado ser absolvido sumariamente pela completa ausência de um fato para levá-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

A segunda hipótese legal pela qual é cabível a absolvição sumária ocorre quando ficar devidamente provado na instrução que o acusado não é autor ou não é partícipe do fato objeto da imputação penal[1331]. A exemplo da previsão anterior

---

[1330] Hipótese prevista no inciso I do artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Cf. norma disposta no inciso I do artigo 386/CPP.

[1331] Hipótese prevista no inciso II do artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Cf. norma disposta no inciso IV do artigo 386/CPP pela qual a sentença absolutória é aplicável quando o réu não houver concorrido na prática da infração penal.

deve o acusado ser absolvido sumariamente pela ausência de responsabilização penal que possa a ele ser atribuída.

Autorizado também está o magistrado a absolver sumariamente o acusado quando o fato objeto da imputação penal não constituir infração penal, sendo esta a terceira hipótese legal[1332]. Nesse contexto pode-se até provar a ocorrência do fato, mas esse não se reveste de uma infração penal, ou seja, trata-se de um fato atípico. Assim, qualquer excludente de tipicidade pode ser considerada para fins do disposto na referida premissa legal.

Enfim, a última hipótese autorizadora da absolvição sumária do acusado[1333], na fase do *iudicium accusationis*, é quando estiver demonstrada causa de isenção de pena (excludente de culpabilidade)[1334] ou de exclusão de crime (excludente de ilicitude)[1335]. Assim, convencendo-se o magistrado da existência de circunstância que exclua o crime ou que isente o réu de pena, deve sumariamente absolvê-lo[1336].

Lançados os pontos cardeais da absolvição sumária, mister é concluir que as referidas excludentes de culpabilidade e de ilicitude somente podem ser reconhecidas na sede do juízo da culpa quando restarem devidamente comprovadas com tal clareza e força que a formulação de juízo de admissibilidade da acusação significaria manifesta injustiça cometida em desfavor do réu.

[1332] Hipótese prevista no inciso III do artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Cf. norma disposta no inciso III do artigo 386/CPP.

[1333] Hipótese prevista no inciso IV do artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Cf. norma disposta no inciso V do artigo 386/CPP arrolando a incidência das excludentes autorizadoras da sentença absolutória.

[1334] Quanto às excludentes de culpabilidade, arrolam-se: a-) erro de proibição (artigo 21/CP); b-) coação moral irresistível (artigo 22/CP); c-) obediência hierárquica (artigo 22/CP); d-) embriaguez acidental (artigo 28, § 1.º/CP); e-) inimputabilidade (*caput* do artigo 26/CP); e-) inexigibilidade de conduta diversa (excludente supralegal). Quanto ao erro de tipo "há quem insira como excludente de tipicidade, logo, do crime; outros o vêem como excludente de culpabilidade. De todo modo, comporta absolvição sumária, se considerado escusável" (NUCCI, 2008, p. 95-96).

[1335] O Código Penal prevê as seguintes excludentes de ilicitude: a-) o estado de necessidade (artigos 23, inciso I e 24); b-) a legítima defesa (artigos 23, inciso II e 25); o exercício regular de direito (artigo 23, inciso III); e o estrito cumprimento do dever legal (artigo 23, inciso III). Pode-se ainda acrescentar a "excludente de ilicitude supralegal consistente no consentimento do ofendido" (Ibid., p. 96).

[1336] No caso da inimputabilidade penal prevista no *caput* do artigo 26 do Código Penal a que se refere o parágrafo único do artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008), não se aplica a absolvição sumária, exceto se for essa a única tese defensiva. No caso da semi-imputabilidade, de acordo com o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o réu deve ser pronunciado e, caso seja condenado, deve ter sua pena reduzida conforme o disposto legal.

4.9.2 A absolvição sumária e a tutela da liberdade individual do réu

A possibilidade do magistrado responsável pela formação da culpa absolver sumariamente o acusado na fase da análise da admissibilidade acusatória não era tolerada no Código de Processo Criminal do Império, não se admitindo ao acusado provar a existência de alguma causa justificadora de absolvição sumária no juízo da formação da culpa[1337].

A hipótese de se absolver sumariamente o réu foi inicialmente permitida no Brasil pelo Decreto n. 2.033/1871[1338], o qual foi regulamentado pelo Decreto n. 4.824/1871[1339]. Contudo, muito antes de tornar-se um preceito legal a absolvição sumária já era colocada em prática pelos magistrados que conduziam a instrução criminal nos crimes da competência do júri[1340].

Por outra via, com os citados decretos imprimiu-se uma vestimenta legal para essa medida garantidora dos direitos individuais do acusado, a qual foi mantida na fase republicana do Brasil, notadamente com o advento do Decreto-lei n. 167/1938 que federalizou a instituição do Tribunal do Júri[1341].

E, finalmente, com o advento do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal brasileiro, a absolvição sumária manteve-se na capitulação referente ao processo dos crimes de competência do

---

1337 Cf. BUENO, 1959, p. 362.

1338 Artigo 20 do Decreto n. 2.033/1871. Os casos de que trata o art. 10 do Codigo Criminal são do conhecimento e decisão do Juiz formador da culpa, com appellação ex-officio para a Relação, quando a decisão fôr definitiva.

1339 Artigo 84 do Decreto n. 4.824/1871. Os casos de que trata o art. 10 do Codigo Criminal são do conhecimento e decisão do Juiz formador da culpa, com appellação ex-officio para a Relação, quando a decisão fôr definitiva. É decisão definitiva a que julgar improcedente o procedimento, por estar o réo incluido em qualquer das especies do citado art. 10, ou seja ella proferida immediatamente pelos Juizes de Direito das comarcas especiaes ou pelos Juizes de Direito das comarcas geraes, em gráo de recurso necessario.

1340 Cf. OLIVEIRA, 1949, p. 268-269.

1341 Artigo 17 do Decreto-lei n. 167/1938. O juiz absolverá dêsde logo o réu quando se convencer da existência de alguma justificativa ou dirimente (Consol. das Leis Penais, arts. 27 e 32 a 35), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Êste recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

júri[1342], na fase da verificação da admissibilidade acusatória, tendo o magistrado que recorrer *ex officio* da decisão absolutória[1343]. Nesse contexto, a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida manteve-se na Carta Política de 1946[1344].

Andou bem, pois, o legislador reformador na Lei n. 11.689/2008 em resguardar a possibilidade do magistrado absolver sumariamente o acusado nos procedimentos afetos ao júri, inserindo ainda três novas possibilidades (inexistência do fato, prova da tese de negativa de autoria ou participação do acusado e o fato não constituir infração penal)[1345].

É sabido que a Constituição da República do Brasil de 1988 remeteu ao Tribunal do Júri a responsabilidade pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida, no Título que alberga os direitos e as garantias fundamentais. Uma análise acerca da competência constitucional do júri frente ao dispositivo processual que assegura a absolvição sumária pelo magistrado, evitando com isso o julgamento pelo júri, pode gerar dúvidas sobre um possível conflito entre as duas previsões legais.

Entretanto, em bases sólidas pode-se assegurar o final da instrução preliminar no procedimento do júri como um momento real de controle da

---

[1342] Artigo 411 do Decreto-lei n. 3.689/1941 – CPP. O juiz absolverá desde logo o réu quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

[1343] Ao absolver sumariamente o acusado o juiz da instrução inibe a competência de análise do mérito pelo júri, razão essa justificadora da interposição do recurso *ex officio*, como forma de dar conhecimento da decisão ao juízo *ad quem* para que se manifestasse quanto ao acerto ou não da decisão. Não mais vige essa possibilidade no âmbito do Código de Processo Penal.
Cf. PEREIRA, 2000, p. 287.
Cf. TOURINHO FILHO, 2002, p. 67.

[1344] Analisando os dispositivos da Carta de 1946 é certo que não estava no pensamento do constituinte "suprimir ao juiz, ao pronunciar-se sôbre o processo, na fase em que decidirá se o acusado deve, ou não, ser submetido a julgamento, cercear-lhe a atitude tradicional do direito brasileiro, de poder proclamar, sumàriamente, que o acusado tem em seu favor, cumpridamente provado do processo, circunstância que exclua o crime ou o isente de pena" (FRANCO, 1956a, p. 101-102).

[1345] Artigo 415/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:
I – provada a inexistência do fato;
II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
III – o fato não constituir infração penal;
IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

admissibilidade acusatória que obriga o magistrado a percorrer todo o conjunto de provas produzidas nessa fase para analisar a viabilidade ou não do envio do réu a julgamento pelo júri.

Disposição outra não pode imperar a não ser absolver sumariamente o réu caso se tenha extraído do todo apurado na fase instrutória a ocorrência de uma ou mais incidências autorizadoras da lei de processo penal. É direito assegurado ao réu ter, antes de seu encaminhamento a julgamento pelo plenário do júri, analisadas todas as provas produzidas em contraposição aos fatos narrados na peça acusatória, a fim de ser certificado realmente que se trata de processo da competência constitucional do júri.

O Conselho de Sentença somente pode atuar para análise dos crimes quando ao menos uma infração, isoladamente ou em conexão com as demais, for dolosa contra a vida. A fase da instrução preliminar no procedimento do júri serve exatamente para analisar e depurar os processos para que sejam somente enviados a plenário os que de fato sejam da competência do júri[1346].

Desse modo, não fere o espírito da Constituição o fato do juiz da instrução evitar a remessa do processo para o julgamento pelo júri absolvendo sumariamente o acusado, desde que, repita-se, haja no âmbito dos autos prova irrefutável e inconteste que dê supedâneo a essa decisão, a qual se coloca no patamar das decisões de mérito.

O que o texto constitucional impõe é que seja privativo do júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cujo autor tenha sido pronunciado como tal, sendo elementar que não pode ser pronunciado o acusado em cujo favor se prova alguma das causas inseridas no texto legal. A competência constitucional tende a revestir de

---

[1346] "Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu, da falta de culpabilidade, da inexistência do fato, da sua atipicidade ou da inocência do réu, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. [...] cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta para o juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, por dúvida intransponível, um *crime doloso* contra a *vida*" (NUCCI, 2008, p. 96-97, grifo do autor).

maior segurança a liberdade individual em cujo favor representa a absolvição sumária providência adequada[1347].

4.10 Da desclassificação

A competência do Tribunal do Júri se assenta nas bases constitucionais em que lhe é resguardado o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados e das demais infrações penais desde que conexas aos referidos. Firma-se a noção de que o *iudicium causae* somente pode ser postulado se houver alguma infração penal dolosa contra a vida pronunciada a julgamento. Da análise das provas produzidas pode ocorrer que o juiz se convença da existência de uma infração penal diversa da que se encontra disposta na peça acusatória formulada contra o réu e que não seja enquadrada na modalidade delitiva dolosa contra a vida.

Como no estágio da formação da culpa analisa-se a admissibilidade acusatória para decidir quanto ao envio do acusado para julgamento pela prática de um crime doloso contra a vida, se restar comprovada a existência de uma infração diversa daquela capitulação, não há como seguir ao juízo da causa por não ser competente o júri para o conhecimento dessa infração.

Na esteira desse pensamento o Código de Processo Penal prevê que diante de uma comprovada infração que não seja dolosa contra a vida e nem esteja em conexão com uma dessa espécie, deve o magistrado, não sendo competente para dela conhecer, enviar os autos para o juízo que o seja, operando a *desclassificação*[1348].

[1347] A absolvição sumária foi a providência que a lei adotou para "libertar inocentes das delongas do julgamento perante o Júri" (BITTENCOURT, 1939, p. 95).

[1348] "O termo 'desclassificação', largamente empregado pela doutrina ao tratar do art. 419 do CPP [...] é inapropriado. Toda desclassificação, a rigor, é uma hipótese de *emendatio libelli* e, portanto, o fato desclassificado deve estar contido no fato originário. Contudo, no caso, o termo se aplica a qualquer fato que não seja de competência do tribunal do júri, ainda que não seja uma *redução* do fato originário, englobando, portanto, quaisquer hipóteses de declaração, de ofício, da incompetência do tribunal do júri" (FEITOZA, 2009, p. 512-513, grifo do autor).

A desclassificação é, portanto, uma decisão interlocutória simples[1349] que tem o condão de modificar a competência do juízo[1350]. Não analisa o mérito da causa e não encerra a relação processual. Opera, na realidade, uma nova adequação legal dos fatos devido ao convencimento atingido pelo magistrado da instrução preliminar diante da presença de provas nos autos que indiquem a ocorrência de infração penal diversa da narrada na peça acusatória. É dar nova classificação ao fato criminal[1351].

Na decisão que desclassifica a infração, não compete ao magistrado fixar especificamente uma nova e determinada classificação penal. O recomendável é que na referida decisão seja realizada uma classificação de cunho genérico ou que, ao menos, não afirme categoricamente qual a infração residual, não vinculando o juízo singular competente e deixando que este elabore a classificação específica para os fatos apurados, após o novo processamento[1352].

Caso a desclassificação se dê para outra infração da competência do júri, nessa mesma decisão o magistrado realiza a pronúncia pertinente à nova capitulação dolosa contra a vida, enviando o acusado para o julgamento em plenário, aguardando o trânsito em julgado da referida decisão.

Merecedor de registro é o fato de que nas Comarcas em que houver apenas um magistrado, uma vez operada a desclassificação da infração penal dolosa contra a vida para outra infração penal que não seja da competência do júri, e transitada em julgado tal decisão, os autos devem continuar perante o próprio magistrado, o qual é o único competente para a análise do feito.

Geralmente a desclassificação pode ocorrer em dois momentos distintos. Na primeira oportunidade, conforme exposto, pode ocorrer a desclassificação ao final

---

[1349] Nas decisões interlocutórias simples decidem-se "questões emergentes relativas à sua regularidade ou marcha que exigem maior exame" (TOURINHO FILHO, 2002, p. 233).

[1350] "O 'despacho' de desclassificação, que tal é, por lhe faltarem as características de 'sentença', (aliás, inadmissível esta, de quem se declara incompetente), é uma decisão mista, pelo seu efeito quanto à jurisdição, mas *sui-generis*, pela forma, que deve ter, e caráter precário, sem prejuízo da minúcia e estudo que reclama" (TORRES, 2008, p. 262-263).

[1351] Cf. LEAL, 1993, p. 48.

[1352] Cf. NUCCI, 2008, p. 88.

da primeira fase – instrução preliminar – pelo juízo sumariante[1353]. Na segunda oportunidade, a desclassificação pode ser vislumbrada no âmbito da fase do juízo da causa, pelo júri[1354].

Quando o júri rechaça a incidência penal carreada no âmbito da pronúncia e desclassifica para outro tipo penal sem fazer qualquer afirmativa, condenando ou absolvendo, acerca da nova infração penal, concluindo somente que o fato em julgamento não é da competência do júri, ocorre a chamada desclassificação própria. Por outro lado, se ao desclassificar a infração penal o júri condenar o réu em outra modalidade penal não descrita na pronúncia, opera a desclassificação imprópria[1355].

4.10.1 Incidência legal

Em sua redação original, de 1941, o Código de Processo Penal previa a desclassificação no bojo do seu artigo 410. Após a aludida reforma do procedimento do júri, provocada pela Lei n. 11.689/2008, a autorização para que o magistrado proceda à desclassificação da infração penal, na seara do procedimento do Tribunal do Júri, está assente no corpo do artigo 419, *caput*, do citado ordenamento de processo penal[1356].

Há que se registrar, inicialmente, que uma vez recebida pelo juízo da instrução a denúncia ou a queixa que verse sobre a infração dolosa contra a vida, ocorre o processamento como se tal fosse, para que sejam colhidas as provas,

---

[1353] De acordo com o *caput* do artigo 419/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1354] Na locução ofertada pela Lei n. 11.689/2008 aos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro: § 4.º do artigo 483 e §§ 1.º e 2.º do artigo 492/CPP.

[1355] Cf. LEAL, 1993, p. 51-53.

"Resta observar que quando o caso for de desclassificação *imprópria*, a competência do Tribunal do Júri permanecerá, isto é, tanto o crime imputado inicialmente como aquele apurado pela desclassificação seriam dolosos contra a vida (homicídio para infanticídio, por exemplo)" (OLIVEIRA, 2008, p. 573).

[1356] Artigo 419/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1.º do art. 74 deste Código e não for o competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

inquiridas as testemunhas, interrogado o acusado e analisadas as argumentações da acusação e defesa. Quando do encerramento da instrução preliminar, o magistrado diante de indubitável certeza acerca da ocorrência de uma infração penal diversa da competência do Tribunal Popular, prolata a decisão desclassificatória. Para tanto, as provas devem ser seguras e incapazes de produzir dúvida quanto ao conteúdo desclassificatório[1357].

De acordo com a alínea *d* do inciso XXXVIII do artigo 5.º da Constituição da República de 1988 e com o § 1.º do artigo 74/CPP, são da competência do júri o julgamento das seguintes infrações, consumadas ou tentadas: homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto. A certeza plenamente amparada pelas provas da ocorrência de uma infração penal diversa dos tipos citados autoriza ao magistrado prolatar a decisão de desclassificação.

Pairando qualquer tipo de dúvida quanto à desclassificação nessa fase o procedimento a ser adotado pelo magistrado e também o que mais se coaduna ao espírito do rito do júri é decidir pela pronúncia do acusado[1358]. Outra solução poderia ferir mortalmente dois dos maiores axiomas constitucionais aplicados ao júri: a soberania dos veredictos e a sua competência para julgamento das infrações dolosas contra a vida[1359].

No mais, ao pronunciar o acusado, mesmo diante de dúvida acerca da existência da infração penal dolosa contra a vida, o juiz da instrução possibilita que a matéria seja analisada pelo Conselho de Sentença que pode, quando da votação do questionário, alterar a classificação penal fixada pela decisão de pronúncia. É o caso de ocorrência de nova oportunidade, dessa vez no juízo da causa, de desclassificação da infração penal para outra modalidade delitiva que não seja da competência do júri[1360].

1357 Cf. NASSIF, 2008, p. 109-111.
1358 Cf. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 299-301.
1359 Cf. NUCCI, 2008, p. 89.
1360 Cf. PORTO, 2005, p. 68.

Estando diante de crimes conexos, a desclassificação operada quanto à infração penal dolosa contra a vida, até então de competência do júri, para outra infração que seja da competência do juízo singular, faz com que o outro crime conexo a esse ora desclassificado siga também para o juízo que seja competente[1361]. Por via oblíqua, ocorrendo a desclassificação de uma infração penal dolosa contra a vida e persistindo outra, da competência do júri em sistema de conexão, ambas seguem para a análise pelo Conselho de Jurados[1362].

4.10.2 Providências no juízo competente

Uma vez operando o trânsito em julgado da decisão desclassificatória, a matéria debatida no juízo da instrução e decidida pelo magistrado nessa oportunidade encontra-se preclusa para esse juízo, não podendo mais esse juízo alterar os seus termos. Também fica preclusa a classificação originária proposta pela peça acusatória, tratando-se essa de uma decisão não mais restaurável, ou seja, irretratável[1363].

Realizada a desclassificação da infração penal pelo juiz da pronúncia, os atos praticados no âmbito da instrução preliminar do procedimento do júri não se consideram anulados. Os autos, após o trânsito da referida decisão, devem seguir para o juízo competente para os trâmites legais[1364], abrindo-se novamente as discussões visando ao possível enquadramento jurídico do fato, sendo vedada somente a possibilidade de se definir a infração penal como de competência do júri, uma vez que a decisão desclassificatória já transitou em julgado[1365].

[1361] Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 455.
[1362] Cf. NUCCI, 2008, P. 90.
[1363] Cf. PORTO, 2005, p. 67.
[1364] Cf. PEREIRA, 2000, p. 282.
[1365] Com relação à classificação penal sugerida pelo juízo remetente e o conflito negativo suscitado no juízo remetido "quer parecer-nos que essa seria a única solução admissivel, se bem que a instância superior, para decidir o conflito negativo, teria de entrar na apreciação da classificação do crime afim de firmar a competência do juiz e fixar a marcha do processo. Haveria aí um prejulgamento do tribunal superior, em relação à classificação da infração penal" (CÂMARA LEAL, 1942, v. III, p. 75).

A reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008, no que toca à decisão desclassificatória, não indica qual o procedimento deve ser seguido no juízo competente. Valorizando os princípios da busca da verdade real, do contraditório e da ampla defesa, deve ser aberta vista para que seja realizado o aditamento da denúncia pela acusação e para que a defesa indique as provas que devem ser produzidas no juízo receptor, realizado novo interrogatório do acusado e demais expedientes no âmbito processual[1366].

Conforme testilhado, o juízo responsável pela desclassificação não deve proporcionar a qualificação jurídico-penal do fato. Deve limitar-se a indicar que a infração penal atribuída ao acusado não está relacionada na seara da competência do Tribunal do Júri[1367]. Se, ao contrário, o juízo desclassificatório adentrar nos ditames de uma nova qualificação do fato incorre no risco de prejulgar a matéria antes da sua discussão no juízo pertinente, invadindo a competência legal[1368].

Uma questão que se coloca nesses termos é a que se refere à possibilidade do juízo que recebe os autos, após o trânsito em julgado da decisão desclassificatória, poder ou não suscitar o conflito negativo de jurisdição[1369], fazendo com que nenhuma das autoridades judiciárias – o juízo da desclassificação e o juízo que recebe os autos – se declarem competentes para o processamento da causa objeto da desclassificação[1370].

1366 Cf. NUCCI, 2008, p. 92-93.

1367 Agindo com a devida cautela na decisão desclassificatória a conclusão do magistrado "sobre o próprio fato e a responsabilidade do réu, não pode ser peremptória e sim, apenas, 'opinativa'; visto que seu despacho não prejulga a causa, nem obriga o outro juiz, que dela vai conhecer e que pode discordar, suscitando conflito negativo de jurisdição" (TORRES, 2008, p. 262).

1368 Cf. TOURINHO FILHO, 2002, p. 68.

1369 Quando dois ou mais magistrados, em relação ao fato delituoso, "recusam tomar conhecimento dele, há o conflito *negativo* de jurisdição" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 227, grifo do autor).

"Com o nome de conflito de jurisdição, trata o Código de Processo Penal da discrepância entre juízes (juiz singular ou colegial) em questões de competência" (TORNAGHI, 1991, p. 186).

Cf. AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127.

1370 Dessa forma "pode o juiz que recebeu o processo discordar da desclassificação e reconhecer-se também incompetente, quando haverá um conflito negativo de jurisdição. Ainda que transite em julgado a decisão no juízo de formação de culpa, pela concordância do Ministério Público e do réu, não fica o juízo que recebeu os autos obrigado a aceitar a desclassificação" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 454).

"Se o Juízo indicado reconhecer-se também incompetente, haverá *conflito negativo de jurisdição* (aliás, de *competência*)" (NORONHA, 1969, p. 272, grifo do autor).

Duas posições são postas na dianteira dessa problemática[1371]. Pela primeira o juízo singular que recebe os autos não pode suscitar tal conflito de jurisdição porque não é possível restaurar a classificação originária, de infração penal dolosa contra a vida da competência do júri, por já ter operado o trânsito em julgado da decisão desclassificatória e a temática não poder mais ser debatida nesses patamares[1372].

O segundo entendimento inclina no sentido da possibilidade do magistrado que recebe os autos, em qualquer fase procedimental, declarar a sua incompetência para o processamento do feito, uma vez que a competência em questão se dá em razão da matéria e esta tem natureza absoluta, não podendo ser prorrogada[1373].

No mais, a defesa pela possibilidade do conflito de competência leva a crer que não deve ser aceita a coisa julgada da decisão do juízo anterior[1374], desclassificatória, uma vez que se pode correr o risco do processamento do feito tramitar num juízo absolutamente incompetente[1375]. Desse modo, não é obrigatória a aceitação por parte do juízo que recebe os autos da competência deslocada pelo juízo desclassificatório[1376].

Ademais, ao desclassificar a infração para outra que não esteja inserida na competência do júri, o juiz não deve dar uma qualificação específica ao fato, uma vez que o juízo desclassificatório não é o juízo da causa e qualquer medida que sugira a análise de mérito no seio de uma decisão desclassificatória é incompatível com os fins desejados para essa fase do especial rito do júri[1377].

[1371] Cf. PENTEADO, Jacques de Camargo. *Acusação, defesa e julgamento*. Campinas: Millennium, 2001, p. 339-341.

[1372] Cf. GUSMÃO, 1924, p. 145-146.
Cf. FRANCO, 1956a, p. 116.

[1373] Cf. FARIA, 1942, v. II, p. 19.
Cf. TORRES, 2008, p. 263.
"Se porventura tiver havido recurso para a Superior Instância, e esta entendeu como correta a sentença desclassificatória, não poderá o magistrado singular que receber o processo suscitar o conflito de competência" (LEAL, 1993, p. 49).

[1374] Há que se destacar que "o juiz recipiente não está obrigado a aceitar tal desclassificação [...]. Na verdade, a decisão desclassificatória é de natureza processual, não podendo fazer coisa julgada" (TOURINHO FILHO, 2002, p. 69).

[1375] Cf. NUCCI, 2008, p. 90-92.

[1376] Cf. TORRES, 2008, p. 263.

[1377] Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 454.

CAPÍTULO V

PLANOS CARACTERÍSTICOS DA PRONÚNCIA

SUMÁRIO: 5.1Ponderações preliminares – 5.2 A pronúncia e sua natureza jurídica: 5.2.1 No âmbito dos diplomas do Brasil Império; 5.2.2 Na fase republicana; 5.2.3 Na perspectiva hodierna – 5.3 Aspectos formais da decisão de pronúncia: 5.3.1 Do relatório; 5.3.2 Da fundamentação; Do dispositivo e da autenticação – 5.4 As provas e a motivação do ato decisório: 5.4.1 O objeto da prova e a pronúncia; 5.4.2 A relatividade dos elementos de prova; 5.4.3 A motivação e os sistemas de análise da prova; 5.4.4 O livre convencimento do magistrado; 5.4.5 A regra das máximas de experiência do juiz na pronúncia; 5.4.6 A utilização dos indícios; 5.4.7 A prova emprestada no juízo acusatório – 5.5 Requisitos para a pronúncia: 5.5.1 A certeza da materialidade do fato; 5.5.2 A qualidade da prova da materialidade delitiva; 5.5.3 Indícios suficientes de autoria ou participação do acusado; 5.5.4 A prova indiciária na pronúncia – 5.6 Os efeitos da pronúncia: 5.6.1 Um panorama histórico dos efeitos da pronúncia; 5.6.2 Efeitos da pronúncia na reforma da Lei n. 11.689/2008; 5.6.3 A preclusão; 5.6.4 A interrupção da prescrição – 5.7 A intimação da decisão de pronúncia: 5.7.1 A intimação da pronúncia após a reforma do rito do júri.

"Todo o conhecimento exige um conceito,
por mais imperfeito ou obscuro que ele possa ser.
O juízo é o conhecimento imediato de um objeto,
consequentemente a representação de uma representação desse objeto.
O juízo em geral é a faculdade de pensar o particular
como compreendido sob o universal."

CRÍTICA DA RAZÃO PURA

IMMANUEL KANT (1724 – 1804)

5.1 Ponderações preliminares

Não se compreende a instituição do Tribunal do Júri sem entender a necessidade inamovível da participação popular nas atividades do Poder Judiciário. E dos motivos condicionadores de sua concepção na cultura jurídica de uma sociedade encontra o legislador os pilares que sustentam o funcionamento dessa instituição.

É inegável que o Tribunal Popular desperte paixões e clamores nos quadrantes brasileiros por conservar viva a chama dos julgamentos populares[1378]. Também o é, para outros, uma instituição que perdera o seu brilho[1379], embora conserve ainda algumas virtudes como a possibilidade do réu ter a sua defesa analisada por seus pares. E isso se faz através não só da análise dos autos como também das argumentações debatidas entre acusação e defesa em plenário[1380].

O diferenciado procedimento que contorna o Tribunal do Júri no Brasil leva a crer que uma de suas principais características foi manter, ao lado da participação popular, a condução das questões técnicas pelo magistrado togado. Para tanto, o referido procedimento foi cindido de acordo com o objeto ao qual se deseja atingir ao final de cada estágio propriamente dito.

A primeira grande etapa do rito do júri diz respeito ao mecanismo procedimental que visa à formação de um conjunto probante suficiente para despertar o convencimento do magistrado acerca da admissibilidade ou não da acusação a que responde o réu.

Nesse compasso, pleiteia-se uma providência jurisdicional de análise quanto ao encaminhamento do indivíduo acusado da prática de uma infração penal dolosa contra a vida para o julgamento, em outro estágio, por seus pares em plenário do júri. Esse é o mote que envolve essa fase da formação da culpa do acusado.

1378 "Para uns, o júri é a garantia democrática de ser o indivíduo, em determinados crimes, julgado pelos cidadãos, acima das normas inflexíveis da lei, e o direito do cidadão julgar seus semelhantes; entendem que é a sociedade mesma, representada por membros de pura idoneidade, que procura restabelecer o equilíbrio quebrado pela ofensa ao direito. [...] Para outros, embora seja certo que o júri, nos seus primórdios, foi um respiradouro às reivindicações populares, no sentido de se suprimir a intervenção dos juízes togados, integrantes da nobreza, desapareceu no entanto essa razão, depois que ditos juízes passaram a vir do seio do povo, com a democratização da Justiça" (SOARES, 1977, p. 312-313).

1379 "O *júri* morreu no Brasil. Não deixa saudades, apesar do pranto das carpideiras que ainda refletem, nas lágrimas e lamentações, os ecos longínquos de suas efetivas virtudes políticas, mas fanadas, e a timidez de seus ilustrados carrascos que, mesmo matando-o, cuidam de poupar-lhe a vida. [...] A melhor virtude do júri, entre nós, tem sido, entretanto, de caráter estritamente processual [...]. A prática do foro criminal ensina que a publicidade das razões de acusação e defesa, a proximidade imediata entre as partes e os juízes, a contrariedade verbal, exigem, no sumário, tanto do autor e do advogado do réu, quanto do juiz, maior interesse pela prova, pelos pormenores que constituem as circunstâncias do crime ou da sua justificativa ou dirimente" (ALMEIDA, 1975, p. 148, grifo do autor).

1380 Cf. PORTO, 2005, p. 116.

Pelas alternativas postas ao magistrado, essa decisão, conforme analisado anteriormente, pode colocar ou não fim à relação processual iniciada quando do recebimento da acusação em juízo. E somente através da alternativa que indica a admissibilidade da acusação nos termos formulados é que se pode cogitar da fase de plenário nesse rito diferenciado.

O posicionamento por qualquer outra alternativa que não seja a pronúncia sepulta a possibilidade de envio do réu a julgamento perante o Conselho de Sentença no âmbito dos mesmos autos, após a preclusão da decisão, fixando o término da relação processual existente até então.

Nessa esteira é que se vislumbra a pronúncia como a única decisão judicial apta por excelência a encaminhar o réu a julgamento em plenário do júri após admitir a viabilidade da acusação formulada. O mecanismo que rege o seu funcionamento permite entendê-la como um ato jurisdicional que declara aceita a acusação formulada para que o mérito seja definido no juízo da causa.

Também não há como desvencilhar-se da finalidade principal da pronúncia que é a de evitar que seja conduzida a julgamento uma causa temerária ou infundada, submetendo o acusado a todo o tipo de infortúnio. Daí a sua maior propriedade, a de servir como um filtro que somente remete ao plenário a causa em que se vislumbre a possibilidade de êxito na acusação[1381].

Dessa forma, para que seja satisfatória a compreensão do mecanismo de funcionamento prático que rege a pronúncia, parte-se da premissa da necessidade de realizar um estudo caracterizador para alcançar com segurança as implicâncias jurídicas que envolvem a temática.

O móvel do presente Capítulo, cuja titulação destaca os *planos característicos*, é analisar os elementos identificadores da pronúncia, os quais devem ser especificados

[1381] Cf. GRECO FILHO, 1999, p. 119.

e confrontados à luz da disciplina jurídica regida pelo ordenamento pátrio, notadamente o Código de Processo Penal, com ressalto na Reforma proporcionada nesta codificação.

5.2 A pronúncia e sua natureza jurídica

O processamento da ação penal pela prática do crime doloso contra a vida está dividido em fases. De acordo com os artigos 406 a 412 da Seção I (*Da acusação e da instrução preliminar*) do Capítulo II (*Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri*), insertos no Código de Processo Penal, a fase inicial que recebe a denominação de *instrução preliminar* destina-se à formação da culpa.

Nessa fase inicial do rito do júri o magistrado togado analisa a admissibilidade da acusação formulada para decidir, ao seu final, se existe contra o réu uma suspeita de ter ele praticado um ato ilícito que seja hábil para conduzi-lo perante o Tribunal Popular[1382]. Entendendo então pela viabilidade acusatória, o magistrado prolata a decisão de pronúncia[1383].

Com a preclusão da decisão de pronúncia se finda o estágio destinado à formação da culpa[1384]. É inaugurada a etapa destinada à avaliação do mérito da ação penal, denominada de juízo da causa. Observa-se, desde logo, que o efeito imediato após o referido lapso temporal é o encaminhamento dos autos ao magistrado presidente do Tribunal do Júri para que o feito siga seu processamento.

Em suma, analisando de modo estático a localização da decisão de pronúncia, tem esse ato procedimental o condão de se apresentar como o marco

---

[1382] "Pronúncia é a decisão em que se apuram a existência do crime, certeza provisória da autoria e indícios da responsabilidade do réu" (TORRES, 2008, p. 221).
[1383] No que disciplina o *caput* do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).
[1384] Marco delimitatório estabelecido no *caput* do artigo 421/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

delimitatório entre a etapa de instrução do processo – *iudicium accusationis* – e a do julgamento da causa em plenário – *iudicium causae*.

5.2.1 No âmbito dos diplomas do Brasil Império

Na esfera do ordenamento jurídico brasileiro não houve preocupação em delimitar uma extensão legal para a natureza jurídica da pronúncia. Das Ordenações Manuelinas, aceitas como as primeiras codificações com validade em terras nacionais, até os hodiernos tempos, os diplomas legislativos que trataram da matéria do procedimento do júri flutuaram nas designações da pronúncia[1385].

Seguindo os preceitos ditados nas Ordenações Manuelinas no tangente ao processamento das querelas e devassas, as Ordenações Filipinas conceberam a pronúncia sob os contornos de uma verdadeira sentença na qual o magistrado declarava o nome do réu, a infração penal por ele praticada e estabelecia o modo pelo qual ele se livrava da constrição[1386].

E dessa forma o juízo penal na época das referidas Ordenações não só aceitava a acusação formulada, encaminhando o réu à etapa de julgamento, como também, praticamente admitia como inconteste sua culpabilidade. A pronúncia encerrava a fase de instrução criminal e viabilizava o julgamento do réu.

A Lei de 20 de setembro de 1830 – *Sobre o abuso da liberdade da imprensa* – instituiu, em seu Título IV, o júri de acusação e, no Título V, o de julgamento. A decisão dos jurados que compunham o primeiro júri reconhecendo que nos autos havia elementos suficientes para o processamento da causa, impelia o magistrado a

---

[1385] Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1920, v. II, p. 226-228.

[1386] Em consonância com o § 12 do Título CXVII do Livro V das Ordenações Filipinas, no que tange ao disciplinamento do recebimento das querelas pelo juízo do feito.
Cf. ALMEIDA, 1973, p. 56.

pronunciar o acusado através de uma sentença com características similares às que cercam hodiernamente a pronúncia[1387].

A referida lei expressava que o intuito do legislador fora o de manter a pronúncia na roupagem de uma verdadeira sentença por entender que havia um julgamento na análise da admissibilidade, inclusive por se antecipar certos efeitos de uma futura condenação[1388], tais como, determinar a constrição do réu e de apreender todo e qualquer objeto de seu labor que pudesse ser associado à conduta delituosa objeto de análise por parte dos jurados que admitiram a acusação formulada.

Uma importante mudança legislativa no que concerne à natureza da pronúncia ocorreu com a publicação do Código de Processo Criminal, em 29 de novembro de 1832. Esse diploma determinou que a etapa da formação da culpa passasse para a alçada do juiz de paz, ao qual foi atribuída a incumbência de analisar as provas e as argumentações apresentadas para, ao final, declarar se era procedente ou não a denúncia ou queixa formulada.

Estando convencido da existência da infração penal e da autoria do mesmo deveria o juiz pronunciar o acusado por mero despacho a ser lançado nos referidos autos de processo[1389]. Esse ato procedimental, embora tivesse a rubrica de despacho, assumia um viés de sentença, ao passo que obrigava o acusado à prisão ou, contrariamente, decidia de modo fundamentado quanto à sua liberdade.

A edição da Lei n. 261, em 03 de dezembro de 1841, acrescentou às autoridades policiais a atribuição para a condução dos trabalhos na fase de formação da culpa, atribuição nitidamente judicial, podendo até elaborar a pronúncia do acusado dependendo da complexidade do caso[1390]. Em caso de pronúncia elaborada pela autoridade policial, havia remessa obrigatória para o magistrado municipal, este

[1387] Na disciplina do artigo 23 da Lei de 20 de setembro de 1830.
[1388] Cf. BUENO, 1922, p. 125-126.
[1389] No que circunscreve o artigo 144 do Código de Processo Criminal de 1832.
[1390] Na redação disposta no artigo 6.º da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841.

que tinha a competência de verificar se a autoridade policial havia pronunciado à luz dos pressupostos autorizadores desse ato. Caso contrário, deveria retificar o ato e enviar os autos para novas diligências[1391]. No âmbito do seu artigo 54, inserto no Capítulo IX (*Do julgamento das causas perante o Conselho de Jurados*), a referida legislação devolveu à pronúncia a rubrica de sentença. No entanto, ao regulamentar a matéria disposta na citada lei, o Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842, dispôs sobre a pronúncia como um despacho a ser proferido nos autos pela autoridade criminal[1392].

O Decreto n. 120/1842 indicou como formalidade essencial do despacho de pronúncia a necessidade de se fazer constar a capitulação criminal a que estava incidindo o acusado, delimitando a matéria a ser apreciada pelos jurados quando do julgamento de mérito.

Tal determinação legal fez com que a pronúncia assumisse uma feição de verdadeira sentença, uma vez que o magistrado deveria especificar a conduta do acusado e a inscrição legal da prática delituosa, mostrando os contornos do crime e discorrendo acerca de todas as questões relativas à acusação, abandonando-se a prática de somente lançar nos autos um despacho admitindo a acusação formulada em juízo[1393].

No entanto, o Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850, que indicava o processamento dos crimes da alçada do júri, fez referência expressa[1394] à pronúncia como um despacho a ser lançado nos autos pelo juiz municipal com recurso *ex officio* para o magistrado togado, deixando claro que na fase do julgamento em plenário haveria uma sentença do júri[1395]. A reforma do processo criminal imposta pela Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, manteve a pronúncia com a natureza de despacho[1396], disposição esta que foi ratificada pela edição do Decreto n. 4.824, de

---

[1391] Previsão ofertada pelo § 3.º do artigo 16 e pelo artigo 49, ambos da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841.
[1392] De acordo com o disposto na locução dos artigos 285 e 288 do Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842.
[1393] Cf. SIQUEIRA, 1937, p. 428-429.
[1394] No disposto no *caput* dos artigos 2.º e 20 do Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850.
[1395] No teor do § 2.º do artigo 24 do Decreto n. 707, de 09 de outubro de 1850.
[1396] Em concordância ao parágrafo único do artigo 9.º da Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871.

22 de novembro de 1871, diploma que regulamentou aquela, indicando que deveria a autoridade encarregada da elaboração desse ato indicar a sua decisão sem a necessidade de fundamentação exauriente nos autos[1397].

A instituição do júri no âmbito federal ocorreu com a edição do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1871. Esse diploma houve por bem manter à pronúncia as características de um despacho a ser proferido pelo magistrado federal[1398], desafiando o recurso a ser interposto pela parte prejudicada diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Novamente aparelhou-se a pronúncia com o instrumental de uma verdadeira sentença pelo conteúdo decisório que trazia em seu bojo, muito embora houvesse menção explícita no texto desse decreto à expressão *despacho*. Todavia, a extensão dos efeitos desta se assemelhava aos contornos de uma sentença.

Disciplinando acerca do julgamento de determinados crimes para o âmbito do rito do júri, a Lei n. 515, de 03 de novembro de 1898, estabeleceu ao juiz substituto da seção a competência para a formação da culpa, proferindo o despacho de pronúncia, o qual deveria ser ratificado ou não pelo juiz titular[1399]. Ficou mantida a chancela legal da pronúncia como um despacho do juízo criminal que admitia a denúncia ou queixa formulada contra o acusado.

Pouco antes da Proclamação da República, o Decreto n. 3.084, de 05 de novembro de 1898, confirmou a pronúncia como um despacho da competência do juiz da seção[1400], mantendo a mesma linha adotada antes pela Lei n. 515/1898. Encerrava-se assim a fase legislativa do Império, sendo a pronúncia considerada um ato processual com a natureza de um despacho do magistrado nos autos produzindo efeitos práticos que, em alguns casos, conforme aludido, aproximava-a dos contornos de uma sentença.

[1397] No âmbito do § 1.º do artigo 4.º e do artigo 57, ambos do Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871.
[1398] Como orientavam os artigos 63, 65 e 66, todos na província do Decreto n. 808, de 11 de outubro de 1871.
[1399] Na disciplina dos artigos 2.º e 6.º da Lei n. 515, de 03 de novembro de 1898.
[1400] Na redação ofertada ao artigo 68 do Decreto n. 3.084, de 05 de novembro de 1898.

5.2.2 Na fase republicana

O primeiro diploma a tratar da matéria na fase republicana foi o Decreto n. 4.780, em 27 de dezembro de 1923. Neste diploma houve a menção à pronúncia como um despacho que encerrava a formação da culpa e que devia ser ratificado ou não pelo magistrado titular da seção[1401].

Embora tivesse inserido esse controle da atividade judicial que pronunciava o acusado, o legislador manteve o entendimento de que a pronúncia era um ato processual que servia para dar movimento interno ao processo, muito embora fossem observados que alguns de seus efeitos eram assemelhados aos efeitos de uma sentença de mérito[1402].

A matéria do júri sofreu nova regulamentação pela edição do Decreto-lei n. 167, em 05 de janeiro de 1938, o qual se aplicava a todo território nacional. Alterando as regras referentes à pronúncia, o referido diploma atribuiu a esta a natureza de sentença, na qual o magistrado responsável por sua elaboração deveria declarar o dispositivo legal em cuja sanção estivesse incurso o réu, lançando seu nome no rol dos culpados e determinando a sua prisão[1403].

Percebeu-se uma adequação da natureza da pronúncia frente ao que se propunha como efeitos desse ato processual no juízo criminal. Representou um verdadeiro acerto na técnica de redação legislativa ao fazer referência à pronúncia como uma sentença que deveria ser elaborada em concordância com as formalidades essenciais ali dispostas.

[1401] Em consonância com o teor do artigo 41 do Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923. "Há aqui um lamentável emprêgo da palavra *despacho de pronúncia*, tratando-se evidentemente de sentença e não de despacho" (ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código de Processo Penal do Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1925, p. 321, grifo do autor).

[1402] Preferiu-se o vocábulo sentença porque "na pronúncia ou não pronúncia, há um *julgamento*, conquanto sujeito a recurso em sentido restrito e à ulterior reconsideração em plenário" (GUSMÃO, Helvécio. *Código de Processo Penal do Distrito Federal Anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1933, p. 324, grifo do autor).

[1403] Na disciplina do § 1.º do artigo 14 e dos artigos 18 e 19, todos do Decreto-lei n. 167, de 05 de janeiro de 1938.

Com a edição do Código de Processo Penal do Brasil – Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – o processamento dos crimes da competência do júri ganhou reservado espaço no âmbito do Capítulo II do Livro II do referido ordenamento.

O legislador fez menção à pronúncia como uma sentença[1404] que encerra a fase da instrução criminal[1405], indicando que na estrutura desse referido ato processual o magistrado deveria indicar o dispositivo legal em cuja sanção julgasse incurso o réu, recomendando à prisão em que se encontrasse preso ou tomando as providências necessárias para a sua captura[1406].

Com a lógica empregada pelo legislador à época da edição do Código de Processo Penal indicava-se que a pronúncia encerrava processualmente a etapa destinada à instrução criminal no rito do júri sem avaliação do mérito da causa. Logo, soava estranho rubricá-la como uma sentença[1407], o que poderia permitir conclusões açodadas acerca de nela discutir-se o mérito[1408].

E realmente não teria como associar à pronúncia a natureza jurídica de uma sentença em sentido estrito, não obstante a existência de pensamento abalizado em

---

[1404] Conforme expressa a redação original do CPP nos seguintes dispositivos: § 1.º do artigo 408; 413, *caput*; 414; 415; 416.

[1405] § 1.º do artigo 408/CPP (redação original). Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

[1406] A pronúncia é "sentença de mérito pois que decide sôbre o que se provou e supõe tenha incidido a regra de direito material" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. III, p. 138).

[1407] A pronúncia não pode ser qualificada como sentença porque sentença é "a decisão definitiva, isto é, a que versa sobre o fato principal, objeto do processo, absolvendo, ou condenando o réu. Ora, a pronúncia não chega a esta conclusão decisória, porque apenas declara o réu incurso em tal ou tal artigo da Lei Penal, com o fim de sujeitá-lo a posterior julgamento. [...] A pronúncia é uma decisão judicial, porque só compete a quem exerce as funções judiciais, ou se trate de Juízo singular, qual o do Juiz de Direito, ou de Juízo ou tribunal coletivo, qual o Tribunal de Justiça" (ROSA, 1982, p. 504).

[1408] "Trata-se de sentença em *sentido formal* e não substancial" (MARREY et al., 2000, p. 257, grifo do autor).

"Entendemos que se trata de uma sentença, porque o estatuto processual em diversas passagens a trata como tal [...]. Ademais, pelo menos formalmente, já que pode ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito [...]. Além disso, ela está sujeita aos mesmos requisitos do art. 381, que se lhe aplica" (LEAL, 1993, p. 28).

"O caráter de interlocutória dado à sentença de pronúncia é simplesmente um dogma, aceito, geralmente, sem exame; e eu só me submeto aos dogmas jurídicos, quando eles são conformes com a razão e preceitos científicos" (TORRES, 2008, p. 230).

sentido antagônico[1409]. Isso porque nessa fase do processamento, julgando o magistrado pela pronúncia, não havia nenhum juízo de mérito, muito embora a matéria tivesse sido analisada.

E nem poderia ser diferente porque quando da admissibilidade da acusação o juízo natural, por imperativo constitucional, é o plenário do júri, o qual detém a prerrogativa de julgar as infrações penais dolosas contra a vida, em atenção ao disposto no texto constitucional de 1988.

5.2.3 Na perspectiva hodierna

A reforma no procedimento do júri proporcionada pela Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, revigorou a matéria constante no Capítulo II – *Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri* – do Título I – *Do processo comum* – do Livro II – *Dos processos em espécie* – do Código de Processo Penal.

Nessa oportunidade o legislador utilizou de redação adequada ao referir-se à pronúncia como uma decisão judicial[1410]. Agindo assim evitou, pela primeira vez no histórico legislativo do direito processual penal, as chancelas legais de sentença ou despacho ao se referir à pronúncia[1411], ajustando a denominação deste ato processual aos efeitos por ele queridos no âmbito do referido ordenamento[1412].

E ainda, a citada legislação modificadora sugeriu a natureza jurídica da pronúncia como uma decisão interlocutória ao destacar o recurso em sentido estrito

---

[1409] "Fala-se, às vezes, em *despacho* de pronúncia, mas, na verdade, trata-se de *sentença*. [...] Há nela um *julgamento*, embora sujeito a recurso e modificação no plenário. [...] Tanto é sentença e tanto há nela julgamento, que o Juiz pode absolver o acusado, subtraindo-o até ao julgamento do Júri" (NORONHA, 1969, p. 269, grifo do autor).

[1410] Na redação ofertada pela Lei n. 11.689/2008 aos seguintes dispositivos do CPP: artigo 420; artigo 421, *caput* e seu § 1.º; parágrafo único do artigo 472; *caput* do artigo 476; inciso I do artigo 478;

[1411] Cf. GRECO FILHO, 1999, p. 118.

[1412] Sem prejuízo ao raciocínio o comando estabelecido no *caput* e incisos do artigo 800/CPP sugere a seguinte classificação para os atos judiciais: decisões definitivas, decisões interlocutórias mistas, decisões interlocutórias simples e despachos de expediente.

como única modalidade recursal a ser invocada pela parte em caso de inconformismo com tal decisão[1413], reservando a apelação para os casos de impronúncia ou de absolvição sumária do acusado[1414].

Nunca é demais frisar que a opção pela pronúncia é a admissão da acusação após a instrução preliminar, uma decisão no bojo dos autos, interlocutória. Por conseguinte, não é analisado o mérito da causa, não se reconhece o direito punitivo estatal[1415].

O debate acerca da pretensão punitiva e a eventual aplicação de uma sanção jurídica são matérias que ficam reservadas à apreciação do Conselho de Sentença, no *iudicium causae*, foro competente para tanto.

Daí a envergar na decisão de pronúncia a natureza jurídica de uma decisão interlocutória[1416] mista ou de decisão mista não terminativa[1417], com estrutura similar à de uma sentença. Por não ser considerada uma sentença, não condiciona a decisão do conselho de jurados, os quais podem decidir com base em sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentação das suas conclusões[1418].

[1413] Conforme o preceituado no inciso IV do artigo 581/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1414] Ao que prescreve o artigo 416/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1415] Em relação à pronúncia, tem-na como um "*juízo de acusação*, operação jurisdicional diversa do *juízo da causa*. Não declara que o ato examinado é passível de punição, mas decide, no caso, da legitimidade de se instaurar ação penal. Assentando sôbre elementos probatórios comuns aos do futuro e possível julgamento criminal pròpriamente dito, a pronúncia não lhe esgota, nem lhe diminui, todavia, o conteúdo. Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas apenas o fundamento acusatório. Suas premissas são, como o *juízo da causa*, a lei e um fato concreto; mas, enquanto a lei que êste aplica exprime o *direito de punir*, a pronúncia declara, tão-só, o *direito de acusar*; e, ao passo que o fato sôbre que recai o *juízo da causa* é o pretenso crime ou contravenção, o fato que a *pronúncia* aprecia é a *existência de prova* do pretenso crime ou contravenção, quanto baste legalmente para justificar uma ação penal" (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação Penal: análises e confrontos*. [S.l.]: [s.n.], 1938, p. 100-101, grifo do autor).

[1416] Os provimentos não-finais ou interlocutórios são proferidos no curso do processo sem lhe colocar fim. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 297.

"Há quem coloque a decisão de pronúncia como interlocutória simples, mas a 'carga decisória' da pronúncia é muito forte, especialmente pela possibilidade de atingir, *a priori*, o direito de punir, quando, por exemplo, o juiz singular exclui qualificadoras de forma definitiva" (FEITOZA, 2009, p. 505).

[1417] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 234.

[1418] "O jury, por seu julgamento moral, que corresponde, de alguma sorte, á *aequitas* dos antigos, póde corrigir os defeitos do *summum jus* com seus veredictos superficiaes á lei escripta. E, após isto, o jury segue sempre a 'convicção intima', a 'inspiração do sentimento', a 'voz da consciencia', o 'puro instincto', em vez das regras artificiosas e duras do juiz togado. [...] O que é evidente e manifesto, acima de qualquer contestação, é a perniciosidade do jury, que julga levado pelo sentimento, e por impressões colhidas no correr dos debates, em que nem sempre figura a logica" (REZENDE, 1939, v. I, p. 622-653).

Por apresentar a definitividade somente com relação à admissibilidade acusatória e o envio do réu a julgamento é que se vislumbra na pronúncia o viés de ser uma decisão que se aproxima da natureza de uma sentença, mas somente pelo ângulo processual uma vez que seus efeitos estão inseridos no bojo do processo[1419].

É a pronúncia o ato jurisdicional que põe termo a etapa da instrução preliminar acolhendo a acusação formulada, não impedindo a fluência da relação processual, esta que se prolonga para a fase de plenário, em que se propõe a discussão acerca do mérito da causa.

Com a preclusão da decisão de pronúncia observa-se seu caráter estritamente processual com o encerramento de uma fase do procedimento do júri sem que haja julgamento do mérito, não se aplicando nenhuma *sanctio iuris* de direito penal ao réu[1420]. Com a pronúncia o magistrado finda a formação da culpa para que se abra dentro dos limites objetivos e subjetivos traçados por ela o *iudicium causae*[1421].

O que de fato se analisa na fase da formação da culpa é o direito de acusar. A acusação no procedimento especial do júri pede a pronúncia do réu para que seja julgado em plenário, em fase posterior. Quando proferida a decisão de pronúncia, está certa e ajustada a imputação no que tange à existência da infração penal e provável na parte que toca à autoria ou participação do acusado[1422].

Em diversos ordenamentos estrangeiros, os quais admitem decisões de envergadura semelhante à pronúncia adotada no Brasil, percebe-se a natureza multifacetária que pode esse ato judicial atingir. Isso demonstra a dificuldade

---

[1419] Cf. SILVA, 1957, p. 13-15.

[1420] "Passando em julgado a pronúncia, é irretratável e termina o ofício do juiz sumariante" (TORRES, 2008, p. 230).

[1421] Cf. MARQUES, 1963, v. I, p.228.

[1422] "A acusação é a pretensão punitiva deduzida no juízo penal. Nela se pede, por isso, a aplicação de sanções penais, mediante condenação do réu, e com base em imputação, a este, de fato delituoso. Onde o processo caminha para diante, 'escalonadamente', como se dá no caso do processo penal do Júri, a 'formação da culpa', ou instrução preliminar, como fase propedêutica do julgamento da lide penal, versa apenas sôbre a imputação. [...] A denúncia, no processo penal do Júri, deduz a imputação e pede a pronúncia do réu. Se o juiz a declarar procedente, o réu é pronunciado" (Ibid., p. 229).

enfrentada pela doutrina e legislação comparada para caracterizar, de modo pontual, a decisão que admite a acusação formulada e envia o réu a julgamento pelo júri[1423].

5.3 Aspectos formais da decisão de pronúncia

A decisão judicial veicula um comando de vontade emitido pelo magistrado acerca da análise dos fatos constantes dos autos. É uma declaração que se materializa numa simbologia padronizada (linguagem escrita) após a realização de uma operação intelectual em que o objeto (fato) é apreendido e depurado. Em seguida, são descartadas as hipóteses preconcebidas e que não se adaptam ao objeto da averiguação.

Antes de eleger a pronúncia como ato decisório, o magistrado defronta-se com várias possibilidades deliberativas, as quais devem ser analisadas pelo confronto entre o elemento de prova e a alegação do fato. Concluindo pela improbabilidade ou impossibilidade da premissa posta inicialmente, o magistrado afasta-a para acolher, ao final, a que melhor representa o seu convencimento, à luz de todo o material de provas constante nos autos[1424].

[1423] Como exemplo, a análise dos seguintes dispositivos: artigo 125, item 3 do Código de Processo Penal da Itália (*il decreto Che dispone il giudizio*); artigo 307 do Código de Processo Penal de Portugal (*despacho de pronúncia*); artigo 633 da Ley de Enjuiciamiento Criminal da Espanha (*auto de apertura*).

[1424] "Na mais antiga tradição, o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos. Assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais. Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como um processo mais complexo que, num sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem [...] a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão da sua legitimidade. Com uma resposta podemos pretender uma satisfação *imediata* para o conflito, no sentido de que propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas. [...] Esta visão alargada da decisão permite ver que se trata de um procedimento dentro de um processo, portanto, muito mais complexo que uma deliberação individual fizesse crer. O ato decisório é visto como um componente de uma situação de comunicação, entendida como um sistema interativo global, pois decidir é ato sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes. Decisão aparece inicialmente como termo correlato de conflito, o qual está entendido como o conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução. Por isso mesmo o conflito exige decisão. [...] Por essas observações podemos perceber que uma concepção geral da decisão jurídica é correlata de uma concepção de conflito jurídico" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 310-312, grifo do autor).

A decisão judicial, expediente desenvolvido pelo magistrado, apresenta notados reflexos que demonstram a carga ideológica da mensagem transmitida através do ato. O seu convencimento é obtido a partir da submissão do fato provado ao comando imperativo da lei que o autoriza a adotar determinado posicionamento para que seja colocado como uma decisão lícita e legítima[1425].

Daí se observar que essa decisão apresenta reflexos internos e externos ao processo. Internamente porque pode desafiar o inconformismo das partes levando-as a contestar no juízo *ad quem* o conteúdo decisório do ato em si[1426]. E externamente ao indicar à sociedade a atuação presente do Estado na condução e solução dos conflitos[1427].

Ao final da instrução preliminar a declaração de vontade do magistrado, acatando os termos da acusação, ocorre pela decisão de pronúncia. Para que sejam eficazes os fins almejados com esse ato jurisdicional deve o juízo reconstruir o fato a partir do conjunto de provas apresentados para concluir, indubitavelmente, acerca da existência da materialidade delitiva[1428]. Em outras palavras, deve concluir pela ocorrência inconteste da infração penal.

Todavia torna-se ainda necessário que da análise dos autos esteja clara a existência de indícios da autoria ou participação do acusado nos fatos e que tais indícios sejam suficientes para justificar o seu julgamento perante o Conselho de

---

[1425] "O direito é a ideologia que sanciona, é a linguagem normativa que instrumentaliza a ideologia do legislador ou a amolda às pressões contrárias, a fim de que sobreviva. [...] O que é preciso lembrar é que o direito não é algo fora de nós, à margem de nossa existência, algo que apenas usamos quando surge a hipótese de incidência. O direito, sorrateiramente, sem que ninguém perceba, invade, com a ideologia dominante, nossos corações e mentes" (AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 79-83).

[1426] A decisão de pronúncia desafia o recurso em sentido estrito, conforme o preceituado no âmbito do inciso IV do artigo 581/CPP (redação ditada pelo artigo 2.º da Lei n. 11.689/2008). Entendendo pela natureza recursal dos embargos de declaração, registra-se seu cabimento no âmbito da decisão de pronúncia, conforme o estatuído na locução dos artigos 382 e 619, ambos do CPP.

[1427] Com a recordação de que a prestação jurisdicional ofertada pela pronúncia não é a de mérito, uma vez que não é o juízo pronunciante o competente para o julgamento da causa. A pronúncia movimenta os autos para o juízo da causa, o qual analisa o mérito. Nesse sentido: MARQUES, 1963, v. I, p.228.

[1428] O expediente de submeter os fatos sob análise ao preceituado na norma jurídica recebe a chancela de subsunção. "Em sentido próprio, a assunção da premissa menor do silogismo, chamada de *hipolema* por HAMILTON, para reservar o termo *lema* (v.) à premissa maior" (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 928, grifo do autor).

Sentença, sem que se esteja cometendo injustiça com o acusado nessa fase do procedimento especial do júri[1429].

A par da existência de outros pontos não menos importantes que podem ser objeto de análise pela pronúncia, em linhas gerais, essa decisão abarca uma declaração de vontade do magistrado dividida em dois grandes segmentos: um, para aceitar a acusação proposta nos autos contra o réu e, outro, para encaminhar o acusado a julgamento pelo plenário do júri.

Como ato jurisdicional a pronúncia deve ser elaborada mediante a observância de formalidades específicas, as quais a revestem de conformidade diante dos padrões legais estabelecidos para a feitura do ato. Essa adequação do ato à forma torna-se uma importante garantia à regularidade processual, evitando a existência de vícios que possam macular o processo levando à alegação de nulidades.

Embora esteja nítida a natureza jurídica da pronúncia como uma decisão interlocutória mista que não põe termo à relação processual estabelecida, mas tão somente encerra a instrução preliminar admitindo a acusação, a sua estrutura, conforme assentado, deve ser assemelhada à de uma sentença propriamente dita[1430].

O afastamento da pronúncia da natureza de uma sentença *stricto sensu* deve-se ao fato de que nesta há uma decisão de fundo, decidindo o mérito da causa. A definitividade da pronúncia envolve somente os limites da admissibilidade acusatória e o envio do réu a julgamento. No entanto, a estrutura lógica da pronúncia deve conter o relatório, a fundamentação, o dispositivo e a parte autenticativa[1431], partes que integram uma sentença judicial[1432].

[1429] "Por – *indício* – se entende toda e qualquer circunstância que tenha conexão com o fato mais ou menos incerto, de que se procura a prova" (FARIA, 1942, v. II, p. 14, grifo do autor).

[1430] Cf. NUCCI, 2008, p. 61.

[1431] "A pronúncia é uma decisão interlocutória que se exterioriza com a adoção da forma da sentença final e de mérito" (PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Decisão de pronúncia: Tese apresentada para concurso à cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 44).

[1432] A temática referente à sentença penal está disposta ao longo dos artigos 381 a 393, insertos no Título XII (*Da sentença*) do Livro I (*Do processo em geral*) do Código de Processo Penal brasileiro.

5.3.1 Do relatório

Por encerrar a primeira fase do procedimento escalonado do júri, a decisão de pronúncia deve conter em sua estrutura uma primeira partição denominada de *relatório* reservada para a anotação das principais ocorrências que são merecedoras de registro. Dessa forma, no relatório são consignados os nomes das partes ou as indicações necessárias para a sua identificação, a exposição e o pedido formulado na peça acusatória, os termos em que se deu a defesa e todos os demais atos processuais ocorridos na fase da instrução preliminar[1433].

Como a etapa inicial do procedimento do júri destina-se à formação da culpa, todos os esforços das partes e também do magistrado caminham no sentido de carrear aos autos os elementos que tragam as coordenadas comprovadoras da existência ou não da infração penal, assim como, dos indícios necessários para que se possa discutir sobre a responsabilização ou não do réu como autor ou partícipe.

Nesse sentido é que se mostra necessária a elaboração do relatório da pronúncia de forma precisa e clara, registrando o histórico do processo. Também pelo relatório pode-se aferir o zelo do magistrado em realizar um exame detido dos autos, o que significa um indício de esmero desse sujeito processual na condução dos trabalhos[1434].

5.3.2 Da fundamentação

A complexidade do trabalho de raciocínio do ser humano não pode ser reduzida num conteúdo mínimo expositivo que seja suficiente para arrazoar um ato jurisdicional de conteúdo decisório. A velocidade e a grandeza do raciocínio do

[1433] Cf. TORNAGHI, 1987, v. II, p. 164.
[1434] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 244-245.

indivíduo não permitem a completa absorção pela linguagem escrita, ainda mais tendo em vista o vasto campo de possibilidades fáticas e jurídicas nas quais se inscreve o processo penal.

O juízo é resultado do esforço do magistrado tendente a solucionar o pedido ventilado na peça vestibular através da cognição obtida na fase instrutória[1435]. A pronúncia é uma decisão judicial que tem como fim específico a análise do direito de acusar, conforme registrado. E como tal, evidentemente, necessita receber a motivação da autoridade judicial[1436].

A fundamentação da pronúncia deve ser apropriada aos fins almejados para esse ato. Como se tem em vista um juízo pautado em certeza do fato e indícios de autoria ou de participação do acusado, logo, juízo de *possibilidade*[1437] – de haver êxito na acusação formulada – cabe ao juiz responsável por sua elaboração analisar primordialmente a viabilidade da acusação formulada na denúncia ou queixa, evitando antecipar a análise de mérito.

O conteúdo da motivação no âmbito da pronúncia deve ser totalizado através da cognição integrada entre os elementos de fato e de direito presentes nos autos do processo sob análise[1438]. Esse conteúdo, por sua vez, deve estar conectado à síntese conclusiva – dispositiva – dessa decisão judicial, demonstrando as razões pelas quais é admitida a acusação formulada contra o réu e o seu encaminhamento ao juízo da causa. Nesse sentido a se aludir à motivação da decisão de pronúncia como meio de exteriorizar as razões que conduzem o magistrado a admitir que os

---

1435 Dessa forma "a decisão é uma declaração de vontade do juiz, não apenas do juízo" (CARNELUTTI, *Como se faz um processo*, 2001, p. 95.

1436 "A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo" (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 41-43).

1437 "É essa uma questão de palavras; basta que os indícios possam legitimar a – *possibilidade*" (FARIA, 1942, v. II, p. 18, grifo do autor).

1438 "A motivação no que se refere ao fato, exige que o juiz, referindo-se às provas colhidas e valoradas, deva exprimir as razões pelas quais um fato, nos seus elementos subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos, deva ou não considerar-se presente. A motivação, quanto ao direito, exige que o juiz deva exprimir o porquê de uma determinada escolha normativa e interpretativa" (PORTO, 1970, p. 44-45).

autos sejam encaminhados para o Tribunal Popular e, conseguintemente, que uma pessoa seja levada a julgamento perante seus pares[1439].

Percebe-se que é na configuração do juízo sobre as questões de fato que incide a obrigatoriedade da motivação[1440]. Isso se deve pela maior discricionariedade que tem o magistrado quando da análise daquelas, decorrente da liberdade para o exame dos pressupostos fáticos[1441].

E na valoração das questões de fato é de bom alvitre que o magistrado aja com cautela redobrada. A publicidade do ato estatal[1442], preceito cujas raízes se debruçam no pensamento liberal[1443], merece cautela frente às demais garantias fundamentais[1444] principalmente no tocante ao regime de proteção da intimidade e privacidade do ser[1445].

Pacífico o entendimento de que a pronúncia, como juízo de admissibilidade acusatória, não julga o mérito. Conseguintemente, sua motivação não pode indicar

---

[1439] "A motivação surge como instrumento através do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça" (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1999, p. 209).

[1440] A motivação do ato judicial decisório "é a parte do julgado que deve conter, ainda que entremeadas, a exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio e a exposição das razões jurídicas do julgamento" (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15-16).

[1441] Cf. BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63-65.

[1442] A publicidade "assegura o controle tanto externo como interno da atividade judiciária. [...] Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório. [...] 'A publicidade é a alma da justiça', declarou enfim BENTHAM. [...] Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor 'endoprocessual' de garantia de defesa e o valor 'extraprocessual' de garantia de publicidade" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 498).

[1443] "A publicidade do processo foi reivindicada pelo pensamento liberal como instrumento de garantia contra manipulações da justiça de gabinete, característica da época do absolutismo, como meios de controle da Justiça pelo povo, primeiro e como instrumento de fortalecimento da confiança do povo nos tribunais, depois" (SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, 1994, v. I, p. 76-77).

[1444] Nesse diapasão "toda preocupação há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. [...] Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas vêem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio fundamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial. [...] publicidade [...] não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana" (GRINOVER et al., 1990, p. 68-69).

[1445] Cf. ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 109-111.

um caráter de definitividade nas argumentações expostas no conteúdo, devendo sinalizar no sentido de existência de uma possibilidade justificativa que deve ser confirmada ou não pelo Conselho de Sentença na fase do juízo da causa[1446].

Pertinente às questões de direito não há exigência em fundamentá-las sob o aspecto de sua existência porque são decorrentes do imperativo legal, todavia deve o magistrado explicar a razão de sua acolhida nos limites da decisão que externa[1447]. Ao mais, o preceito da obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial indica que o magistrado deve apreciar todas as questões sobre as quais se estrutura o seu raciocínio.

A redação original do Código de Processo Penal – Decreto-lei n. 3.689/1941 – previa no corpo do artigo 408 que o magistrado, após se convencer da existência do crime e dos indícios de que o réu fosse o seu autor, deveria pronunciá-lo ofertando os motivos do seu convencimento, indicando o dispositivo legal em cuja sanção julgasse incurso o réu[1448].

Na área delimitada pela Lei n. 11.689/2008, no tocante à reforma do procedimento do Tribunal do Júri no Brasil, matéria regulamentada pelo Código de Processo Penal, o legislador entendeu por bem incrementar o artigo 413 do Código de Processo Penal com um parágrafo específico[1449] dispondo acerca da fundamentação da decisão de pronúncia, registrando que o juiz deve limitar-se a discorrer em torno de dois patamares, quais sejam: a materialidade delitiva e a

---

[1446] "Também é claro que a justificação deve ser *adequada* ao tipo de cognição realizada: se o que se objetiva é um simples juízo de *probabilidade* ou *verossimilhança* [...] os argumentos apresentados no discurso justificativo devem corresponder a essa característica do tipo de decisão que se realiza nessa fase processual" (GOMES FILHO, 2001, p. 233, grifo do autor).

[1447] Quanto às questões de fato e às de direito é certo que "distinguire il giudizio di fatto dal giudizio di diritto significa in primo luogo distinguire quel che si intende per fatto da quel che si intende per diritto. La più semplice e consueta maniera di eseguire tale distinzione è certo quella per cui si contrappone il fatto al diritto como quel che è a quel che dev'essere. Il fato sta al diritto come il reale all'ideale" (CALOGERO, Guido. *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazzione*. 2. ed. Padova: Cedam, 1964, p. 40-55).

[1448] Em conformidade com o exposto na redação original do *caput* do artigo 408/CPP e da parte inicial do seu § 1.º.

[1449] §1.º do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

existência de indícios suficientes de autoria ou participação do acusado[1450] nos fatos debatidos na instrução preliminar.

Uma análise literal confrontando a legislação reformadora com a redação original proporcionada pelo Código de Processo Penal demonstra que a obrigatoriedade de fundamentar a pronúncia com base na materialidade delitiva e nos indícios suficientes de autoria e participação do réu já existia na redação inicial da codificação de processo.

A parte final da redação do novel § 1.º do artigo 413/CPP ainda impele o magistrado a especificar no conteúdo da decisão de pronúncia todas as circunstâncias qualificadoras[1451] da infração penal, bem como, as causas de aumento de pena que julgar presentes e debatidas ao longo da instrução preliminar encerrada. Por sua relevância, a temática referente às qualificadoras e causas de aumento de pena recebe tratamento adequado no Capítulo VI do vertente trabalho.

5.3.3 Do dispositivo e da autenticação

Após confrontar os fatos narrados com as provas produzidas nos autos o magistrado atinge o seu convencimento acerca do ocorrido. Nessa trajetória de construção do seu raciocínio, deve fundamentar seu pensamento à luz do que preceitua o ordenamento jurídico para externá-lo em sede de uma decisão judicial.

Conforme o assento de que a pronúncia é uma decisão que possui a estrutura similar à das sentenças judiciais, apresenta ao final de sua estrutura uma parte dispositiva, também denominada de conclusão, *decisium* ou dispositivo[1452]. Desse

---

[1450] "Na pronúncia, o convencimento de autoria é completo no encontro da possibilidade de seu reconhecimento pelo Tribunal do Júri" (PORTO, 1970, p. 47).

[1451] "Pronunciando o acusado, o Juiz mencionará o dispositivo legal em que aquêle se acha incurso, especificando as circunstâncias *qualificadoras* do delito. É indeclinável que a sentença de pronúncia o faça, pois elas *mudam* o dispositivo legal" (NORONHA, 1969, p. 261, grifo do autor).

[1452] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 248.

modo, a conclusão do raciocínio do juízo acerca da admissibilidade acusatória é aposta nessa parte do referido ato judicial[1453].

Portanto, a principal finalidade dessa parte é apresentar o raciocínio conclusivo do magistrado acerca da admissibilidade acusatória, uma vez que o que se analisa é o direito de acusar. Por admitir a acusação formulada, na parte dispositiva a decisão de pronúncia o magistrado encaminha o réu a julgamento pelo plenário do júri[1454].

No tocante às técnicas de utilização de uma linguagem legalmente padronizada[1455] que sirva como modelo ou imperativo ao qual o magistrado deve se submeter para elaborar suas decisões, tem-se que o ordenamento brasileiro não impõe nenhuma formalidade para a elaboração da parte dispositiva de uma decisão judicial.

Cabe ao magistrado ponderar através da linguagem vernacular a melhor forma de externar o seu pensamento para que seja possibilitado às partes o entendimento adequado acerca do acolhimento da acusação sob o ponto de vista jurídico e da capitulação na qual está incurso o acusado.

Como a decisão de pronúncia é um ato jurisdicional que marca os limites da acusação para a fase de plenário torna-se imperativo que na parte dispositiva dessa decisão o magistrado declare o artigo no qual se encontra incurso o réu[1456], especificando de forma nítida as circunstâncias qualificadoras e as causas de

---

1453 "A motivação, na pronúncia, não oferece encaminhamento a uma parte final e dispositiva, mas a uma parte final de natureza classificatória e provisória que é, por efeito preclusivo, levada ao Tribunal do Júri. [...] não cabe o encontro de parte dispositiva na pronúncia, porque sua conclusão não importa em aplicação do direito positivo ao caso proposto pela inicial; sua conclusão aponta o direito aplicável em julgamento a ela posterior" (PORTO, 1970, p. 45-46).

1454 "Explicita a pronúncia sua parte conclusiva e classificatória que encaminha ao julgamento pelo Tribunal do Júri; não comporta parte conclusiva de sentido dispositivo, própria da sentença final de mérito" (Ibid., p. 50).

1455 "A linguagem é, segundo uma imagem do próprio WITTGENSTEIN, como uma nebulosa constituída de múltiplos locais, regiões, sublinguagens mais ou menos aparentadas entre si, e é nelas e nas transgressões de suas fronteiras internas que o filósofo deve focalizar sua atenção. Mesmo que exista uma unidade geral da linguagem, ela não chega a ser relevante para a investigação filosófica" (COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 35).

1456 Cf. NUCCI, 2008, p. 61.

aumento de pena[1457]. Tal delimitação possibilita a sustentação dos argumentos da defesa e da acusação em fase de plenário[1458].

Após externar o seu convencimento acerca da admissibilidade acusatória e do envio do réu a julgamento pelo Tribunal Popular, o magistrado registra os dados referentes ao local da elaboração da decisão, a data de sua prolação e a sua assinatura, como autoridade judicial responsável pela feitura do ato jurisdicional que encerra a fase da instrução preliminar no procedimento especial do júri. É o que se denomina como parte autenticativa da decisão[1459].

5.4 As provas e a motivação do ato decisório

Quando se deseja mostrar a realidade acerca de um fato[1460] necessário se faz trabalhar com o conteúdo argumentativo visando influenciar o julgador em sua postura decisória. Melhor será para o resultado final se houver satisfatório número de peças ou elementos conclusivos[1461]. Está claro que o conteúdo da prova resume-se na missão de provar e esta mantém com o juízo uma conectividade[1462].

[1457] Em consonância ao disposto no § 1.º do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1458] "O juiz apenas *declara* a sanção cabível, uma vez que não a aplica, nem a manda aplicar. E isto porque, embora dê como provado o 'fato típico', nada disse sôbre a antijuridicidade e a culpabilidade; aos demais, a autoria da ação ou omissão contida no tipo da norma incriminadora, é apenas provável. Por fim, essa decisão declaratória tem conseqüências de ordem processual exclusivamente. O juiz declara a sanção, e não a aplica, porque seu papel é apenas o de delimitar o âmbito e área da acusação a ser apresentada. Como tôda sentença processual, a pronúncia, portanto, tem a natureza de decisão 'declaratória'. Sua parte dispositiva, ou 'julgamento', consiste em declarar o réu suspeito de crime, cuja capitulação a sentença deixa expressa com o declarar 'o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu'" (MARQUES, 1963, v. I, p. 231, grifo do autor).

[1459] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 248.

[1460] "A finalidade da prova é a demonstração da verdade para convencer o julgador. [...] É o ato judicial pelo qual se faz certo o Juiz da verdade sobre o delito [...], ou melhor é – o complexo dos motivos produtores da certeza" (FARIA, 1942, v. I, p. 209).

[1461] "Nos juízos criminais, portanto, a prova graças à qual se vem a conhecer a culpabilidade ou inocência do acusado não pode ser obtida senão com a ajuda de atestações, pelas quais o juiz se torne certo sôbre cada uma das sete particularidades que foram descritas naquele verso – *quid, quis, ubi, quibus auxiliis, cur quomodo*, quando – e que, em que qualquer delito, exigem tôdas, do julgador, uma solução particular" (CARRARA, Francesco. *A prova segundo Carrara*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Brasília, n. 20, ano IV, p. 48-49, jun./jul. 2003).

[1462] "Prueba y juicio están entre sí en la relación de medio a fin" (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 59).

O vocábulo *prova*[1463] é empregado de modo diverso pelos estudiosos do tema[1464], não estando isento de alterações estruturais em seu conceito por causa da carga ideológica que o acompanha[1465]. Cumpre destacar que o citado vocábulo assume uma acepção que envolve um paradigma estrutural (forma) ou finalístico, do qual suscita um nexo lógico-demonstrativo, podendo contextualizar também um procedimento apto a estatuir uma condição do saber (conhecimento válido)[1466]. Não é diferente em vários outros sistemas jurídicos, como no caso do ordenamento jurídico italiano[1467].

Na plêiade de atos que movimentam o processo, os atos de instrução remontam a todos aqueles destinados a recolher os elementos que sejam necessários para que o magistrado tome uma decisão. Dessa forma pode-se considerar que tais atos podem ser enquadrados em dois grandes grupos: os atos de prova e as alegações[1468].

1463 "En el proceso penal, la prueba en sentido proprio no es necesaria siempre, sino cuado haya que convencer al juez. El cual debe fundar su fallo, no en apreciaciones personales o artibrarias, sino en elementos reales, suministrados por el proceso" (FLORIAN, 1934?, p. 321).

1464 "Pero en el lenguaje jurídico la palabra 'prueba' tiene varios significados. Efectivamente, no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo. Frente a esta heterogeneidad creemos conveniente fijar los elementos precisos integrantes de la prueba, que, a nuestro juicio, son três: objeto, órgano y medio" (Ibid., p. 305).

1465 Uma vez atento "para os postulados da lingüística moderna, o próprio vocábulo *prova* está impregnado de imprecisão semântica e sintática, além de trazer consigo uma forte carga emocional que, de um ponto de vista pragmático, o torna vulnerável a toda sorte de variação e manipulação" (DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 169, grifo do autor).

1466 "O conceito foi estabelecido no sentido restrito por Aristóteles, que, ao dizer 'Dizem que P. é o que produz saber', fez a distinção entre prova e indício, que proporciona apenas conhecimento provável [...]. Em *Retórica* acrescentou: 'Quando se acha que o que foi dito não pode ser refutado, acredita-se ter apresentado uma P., porquanto a P. é sempre demonstrada e perfeita'" (ABBAGNANO, 2003, p. 805, grifo do autor).

1467 "Estratto dalla più lata accezone del vocabolo, quale in uso anche nel liguaggio comune, il concetto di prova non è isolabile da quello di una relazione o connessione fra due entità; pure i suoi sinonimi (verifica, dimostrazione) suscitano l'idea di un confronto paradigmático nel quale la prova svloge un ruolo strumentale o finalistico. Prova è infatti qualsiasi entità, anche immateriale, idônea a suscitare un legame lógico-dimostrativo di un'altra entità" (ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Francesco Santoro-Passarelli (dir.). Itália: Giuffrè Editore, 1988, v. XXXVII, p. 650).

1468 "Ao lado do conceito lato de instrução, existe, pois, um conjunto estrito, que é o de *instrução probatória*. Esta se define como o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio. [...] Ainda sob o *nomen juris* de *instrução* costuma-se designar a fase processual em que se praticou os atos probatórios e se produzem as alegações conclusivas (ou *alegações finais*). [...] entre *instrução* e *prova* há 'afinidades de conceitos, mas não identidade. São noções vizinhas. Instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dêle se consegue. Também não há confundir instrução com investigação a respeito da situação de fato de que nasceu o litígio penal'" (MARQUES, 1965, v. II, p. 268-269, grifo do autor).

A dinâmica das provas tem suporte na instrução criminal, juízo da formação da culpa[1469] ou instrução preliminar como deseja a Lei n. 11.689/2008 disciplinando o procedimento dos crimes da competência do júri.

Tendo em vista a formação do convencimento do magistrado, seja no âmbito das decisões interlocutórias ou no das definitivas, é comum indicarem os apontamentos doutrinários que a prova representa o elemento que é destinado a firmar a verdade que se pretende sustentar nos autos do processo. Daí os estudos que mostram uma estreita relação entre *prova* e *verdade*[1470], temas de profunda aplicação na seara do processo penal.

O verbete *prova*[1471] tem sua raiz originada do latim *probatio*, associado ao verbo *probare*, o qual apresenta significado de um instrumento gerador do fator de convicção[1472]. Sua principal função[1473] é a de agir no elemento volitivo do pensamento humano com uma carga subjetiva de crédito e valoração. Inferência lógica desse raciocínio é que não há como compreender o processo sem a existência do elemento prova[1474].

1469 "O juiz formador da culpa, estabelece a seu turno a prova dos differentes factos decisivos do processo; e, finalmente, os juizes baseão sua decisão sobre aquelles que considerão demonstrados. Como se vê, a parte mais importante das prescrições legaes em materia de processo criminal versa sobre a prova" (MITTERMAYER, 1871, p. 14).

1470 Para o processo penal "prova é o conjunto de meios regulares e admissíveis que se empregam para demonstrar a verdade de um fato conhecido ou controvertido, ou para convencer da certeza dum fato ou ato jurídico; daí a afirmar-se que o direito exige prova" (SOARES, 1977, p. 242).

1471 "Todo o processo está penetrado pela prova, embebido nela, saturado dela [...]. Por isso a prova foi chamada de 'alma do processo' (MASCARDO), 'sombra que acompanha o corpo' (ROMAGNOSI), 'ponto luminoso' (CARMIGNANI), 'pedra fundamental' (BRUGNOLI), 'centro de gravidade' (BRUSA)" (TORNAGHI, 1991, v. I, p. 268).

1472 "Provar é conhecer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova tem, pois, um objeto [...]. Tem uma finalidade: a formação da convicção de alguém [...]. Tem um destinatário, que pode ser terceiro, ou terceiros, ou o próprio agente da demonstração. Quem se propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova [...]. Os meios e métodos de prova variam até mesmo em relação à finalidade desta" (SANTOS, 1998, v. 1, p. 327).

1473 Na língua vernacular prova é entendida como "1. Aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo. 2. Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho. 3. Processo que permite verificar a exatidão de um cálculo. 4. Ato de provar" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999).

1474 "La prueba es el eje en torno del cual gira todo el proceso. La producción de la prueba en condiciones adecuadas, es la razón de ser de todo el proceso. El sentido que tiene todo proceso no es ni puede ser otro que proporcionar las condiciones para probar si ocurrió el hecho previsto como hipótesis en la norma de derecho cuya aplicación se pide y producir un fallo en consecuencia" (SALAZAR, Jorge Arenas. *Pruebas penales*. Almacén: Douctrina e ley., 1996, p. 97).

Também é comum associar a prova à forma proporcionada pela aplicação de operações de raciocínio cujo destino seja o fato ou o direito em si[1475]. Essa finalidade, em específico, traz a lume a questão da certeza[1476] em matéria processual[1477], a qual sempre será relativa, ou seja, certeza do fato provado na circunscrição do processo sob análise. Desse raciocínio se extrai a noção de prova como um episódio do processo penal[1478].

Cumpre registrar que dos vários sentidos admitidos para o vocábulo *prova*, três são largamente utilizados na província do Direito Processual brasileiro[1479], quais sejam: a-) a prova como um meio para a formação da convicção do julgador; b-) a prova como a ação de demonstrar um fato; e c-) a prova como o convencimento em si.

Inconteste que adotando como premissa adequada a constatação de que a declaração de existência da responsabilidade criminal e consequente imposição da sanção penal sejam viáveis, é consistente a inferência de que o julgador somente atinja a certeza do fato penal através da prova que é produzida e contraditada no devido processo legal, tornando esta a verdade processualmente aceita.

1475 "Provar o facto é verificar certas acções que realisam uma operação, que passa para a materia externa e que se distingue do proprio acto; provar o direito é reconhecer que, verificado o facto, tal ou tal lei juridica lhe é applicavel [...] pois, si é certo que, não só os meios de conhecer o direito, como os meios de mostrar a applicabilidade do direito ao facto, são provas" (ALMEIDA JÚNIOR, 1918, p. 202).

1476 A *certeza* para fins de utilização no processo penal pode ser entendida como o "estado do espírito em relação a um juízo que ele tem por verdadeiro sem mescla de dúvida [...]. (num sentido mais estreito e mais complexo). Estado do espírito que adere a uma asserção *verdadeira* reconhecendo com evidência que ela o é" (LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad.: Fátima Sá Correia et al. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 151, grifo do autor).

1477 "El concepto de prueba, aparece indisolublemente unido a la finalidad de obtener la certeza procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho" (MELERO, Valentin Silva. *La prueba procesal: teoria general*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, tomo I, p. 31).

1478 "A prova penal é um episódio do processo, porque nele é que tem de ser demonstrada a procedência da pretensão punitiva, ou a sua improcedência, com o conseqüente reconhecimento, na última hipótese, de estar o réu inocente da acusação contida na denúncia" (MARQUES, J., 1965, v. I, p. 277).

1479 Cf. ROCHA, 2001, p. 268.
Cf. TORNAGHI, 1978, p. 411-412.
Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 415-416.
Cf. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 2, p. 440.
Cf. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997, v. 4, p. 58.
Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 185-186.

Na peculiar análise da viabilidade acusatória, objeto da decisão de pronúncia, não está em jogo a responsabilização criminal do réu, mas tão somente a admissão do direito do Estado de acusá-lo. E como tal, a certeza a ser produzida pela prova na instrução preliminar deve estar orientada para os limites desse convencimento do magistrado, não devendo exigir-se a certeza de uma condenação, mas a possibilidade de haver um julgamento pelo júri em fase posterior.

A atividade probatória que se apresenta na instrução preliminar no procedimento do júri não é diferente da que tem por escopo a discussão dos fatos relevantes, os quais são apresentados e debatidos pelas partes[1480]. Essa é a sua clara finalidade[1481] e por isso que é a prova entendida como um elemento indispensável para o processo penal, independentemente da fase ou juízo que se considere[1482].

Atuando na formação do convencimento do magistrado quando da pronúncia a prova, no pano de fundo, representa a veracidade ou falsidade da existência do fato e proporciona indícios suficientes quanto à autoria ou participação do acusado. Representa essa prova *levior*[1483] o elemento que dará lastro para a formação da verdade judicial[1484], que no juízo de acusação representa o convencimento quanto à admissibilidade acusatória.

Inegável, portanto, que o convencimento do magistrado só pode ser atingido a partir da construção histórica dos fatos através da avaliação da prova. Só há razão

---

[1480] "Se o processo é um conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração de um fato, da autoria e da exata aplicação da lei, que é o fim, deduz-se que a descoberta da verdade é o *meio*, o que se obtém por intermédio da instrução, onde as partes procuram demonstrar a pretensão punitiva e a defesa. Essa *demonstração* é o que constitui a *prova*" (SIQUEIRA FILHO, Mariano. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 121, grifo do autor).

[1481] Outrossim "la finalidad de la actividad probatoria en el procedimiento penal es buscar la verdad concreta sobre la imputación para una correcta aplicación de la ley" (MÁSS, Florêncio Mixán. *Teoria de la prueba*. Trujillo: BLG, 1992, p. 56-57).

[1482] "En relación a la propia eficacia de los derechos materiales, que gráficamente se puede expresar utilizando el viejo adágio: 'tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo'. En segundo lugar, la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el juez, en el marco del proceso, entra en contacto com la realidad extraprocesal. Es difícil de imaginar un proceso en el que no se haya practicado ningún tipo de actividad probatória. La prueba aparece así como eje fundamental de todo proceso" (ESTAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 19).

[1483] Cf. TORNAGHI, 1991, v. I, p. 270.

[1484] "Allápparenza vi assegna il legislatore: l'accertamento della verità" (ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, 1988, v. XXXVII, p. 651).

para a pronúncia se houver fundamento lógico demonstrado indubitavelmente através do liame prova e verdade judicial[1485], ambas que se fundem na certeza do pronunciamento da autoridade judicial pela admissibilidade acusatória.

5.4.1 O objeto da prova e a pronúncia

Em linhas genéricas constituem objeto de prova somente os fatos que ensejam lugar à dúvida[1486], ou seja, aqueles fatos que exigem comprovação[1487]. *Fato*, na seara do processo penal, apresenta uma concepção ampla[1488], sendo comumente compreendido como todo o acontecimento passível de demonstração em juízo.

Sendo assim, a atividade probatória deve incidir sobre os fatos alegados no processo em todas as suas circunstâncias, uma vez que o direito é presumido como conhecido pelo magistrado. Acresce-se ainda a razão de que o fato deve ser amplamente provado e os elementos de prova, em igual medida, devem ser debatidos em plano de contraditório.

[1485] Nesse sentido "la verdad es corolario de la prueba, y ésta su condición necesaria. Premisa la segunda, inferencia la primera. No marchan paralelamente. Primero está la imputación, posteriormente aparece el elemento productor que la vigoriza y justifica. Y esto constituye el fin especifico de la prueba. Para la búsqueda 'histórica' en el proceso penal, se investiga, se analiza, se pide auxilio de quien conoce el 'hecho', de quien dictamina y de quien proporciona los datos necesarios para emitir un juicio al través del examen de conjunto, a fin de llegar a establecer la responsabilidad o la inocência, es decir, mediante al veredicto que descansa en el silogismo de la prueba" (MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. *Filosofia jurídica de la prueba*. México: Porruá, 1995, p. 366-367).

[1486] A locução *dúvida* pode ser entendida na seguinte dimensão: "1. A hesitação ou a indecisão com respeito à verdade de algo. 2. O ato de questionar a veracidade de uma idéia ou de a considerar aberta ao questionamento. 3. Inclinar-se a não acreditar ou a aceitar a verdade de uma proposição, ou a não se comprometer quanto à sua veracidade ou não-veracidade" (GILES, Thomas Ransom. *Dicionário de filosofia: termos filosóficos*. São Paulo: EPU, 1993, p. 39).

[1487] O objeto da prova são os fatos, "nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos à atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes" (GRECO FILHO, 2009, p. 187).

[1488] *Fato* para o processo penal, pode ser sintetizado como "os diversos acontecimentos do mundo exterior, e segundo FLORIAN, esse conceito se estende e alcança coisas, lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, do ponto de vista da prova, que ALCALÁ-ZAMORA chega a esta confirmação: é fato o que não é direito. [...] Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os fatos notórios" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 216, grifo do autor).

Com relação ao fato notório, dúvida não resta da dispensabilidade[1489] de sua prova no âmbito da decisão de pronúncia. No entanto, há que se ressaltar, que a notoriedade perfaz uma acepção relativa uma vez que um mesmo fato pode ser evidente para uns e duvidoso para outros e quanto a este ponto o magistrado deve ter cautela redobrada[1490]. No mais, não se admite confusão entre a o fato notório e o fato geral[1491] porque os fatos notórios são assumidos como fatos evidentes e infalíveis[1492].

Atinente ao fato presumido sabe-se que é todo o acontecimento tomado por verdadeiro frente à experiência de situações similares que geralmente ocorrem[1493]. Em relação a essa modalidade incide a regra da dispensa da sua prova nos procedimentos que abarcam a estrutura do processo penal, devendo o mesmo ser contraditado nos autos para que se respeite o devido processo legal.

No entanto há que se ter prudência no tocante a sua utilidade para a fundamentação da decisão de pronúncia. A razão disso está no fato de que a lei exige a prova da materialidade delitiva como um dos requisitos para esse ato judicial interlocutório no rito especial do júri.

O magistrado encontrará severas dificuldades para fundamentar sua decisão num fato presumido, caso este não esteja acompanhado do elemento de convicção, sua prova. O sensato é que a autoridade judicial coteje esse fato num contexto maior de provas, confrontando-o com outros elementos de prova para que amplie a base motivacional da pronúncia.

1489 "Deve entender-se por notório aquilo que é do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada. [...] Bem diferentes, pois, são a notoriedade do fato em si e a notoriedade do fato para o juiz. Que o fato seja notório ao juiz, que este o conheça, é coisa que não tem importância no processo moderno. Mesmo que determinado fato seja sabido pelo juiz, a prova dele tem de ser levada para os autos, ainda que o próprio juiz disso se encarregue" (TORNAGHI, 1978, p. 432).

1490 "O conceito de notoriedade é, contudo, relativo, pois, o que é evidente para uns, poderá ser duvidoso para outros, em função das circunstâncias de tempo, lugar, grau de cultura, etc. [...] Não há regras ou critérios rígidos para a caracterização da notoriedade dos fatos" (MORAIS; LOPES, 1978, p. 23).

1491 Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 218.

1492 Os fatos notórios "no son dudosos para ninguna persona sensata, por lo que no es necesario que se los pruebe. Esto rige en forma indiscutida en el derecho procesal penal" (SCHMIDT, 1957, p. 218-219).

1493 "Presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando em conta aquilo que em geral acontece. A presunção se baseia na experiência quotidiana, no que ocorre normalmente. [...] aceitamos como verdadeiros inúmeros fatos sem exigir a prova deles" (TORNAGHI, 1978, p. 432).

Os fatos incontroversos[1494], a par das divergências doutrinárias, são aqueles que dispensam provas a respeito[1495]. Diante de sua larga aceitação no processo penal, certo é que o fato deve estar acompanhado do elemento prova para que seja fundamentada essa decisão de pronúncia.

Uma vez que se trata de decisão sobre a admissibilidade acusatória, a lei obriga a prova inconteste da ocorrência do fato, como um dos fundamentos para que o acusado possa ser encaminhado a julgamento pelo júri. Em consequência, mesmo que o fato, por sua característica, dispense a prova, no âmbito da pronúncia ela deve estar presente nos autos e avaliada quando da prolação da decisão.

A prova, fundamentalmente, destina-se a conduzir o magistrado no sentido da construção da verdade, esta que, no processo, deve revestir-se do condão da realidade dos fatos. É sabido que essa autoridade judicial não pode eternizar a busca pela verdade da comprovação dos fatos. Por isso assume deveres[1496] (funcionais, processuais e faculdades) na marcha processual[1497].

Sendo a finalidade da prova comprovar a existência e realidade de um fato narrado, de uma argumentação sustentada, a prova[1498], inicialmente, destina-se ao interesse de todos os sujeitos processuais[1499], afigurando-se louvável a consideração de que a prova não é da defesa ou da acusação, mas produzida pela defesa ou pela

---

1494 "No processo penal, não se exclui, do objeto da prova, o chamado *fato incontroverso*, ou fato admitido. [...] O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam inconteste, uma vez que lhe é dado indagar sôbre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito" (MARQUES, 1965, v. I, p. 274, grifo do autor).

1495 "No Juizo criminal, portanto, todos os fatos devem ser provados, ainda quando não determinem controvérsias a seu respeito" (FARIA, 1942, v. I, p. 212).
"Contudo, a circunstância de acusador e defensor acordarem quanto à sua existência ou inexistência não priva o Juiz de fazer diligências a respeito, tal como lhe permite a segunda parte do art. 156 do CPP [...]" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 218-219).

1496 Cf. VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Los derechos procesales del abogado frente al juez*. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 11.

1497 Cf. FENECH, 1978, p. 115.

1498 "As provas são para o processo, são adquiridas visando ao processo, não sendo, em tese, portanto, nem da defesa e nem da acusação, das partes e nem também do julgador [...] as provas são válidas para o processo, e não para as partes" (ALVES, Roque de Brito. *Dos indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 164).

1499 "A prova já não se faz apenas para o juiz [...], mas também para as partes e para os outros juízes que tiverem de julgar os recursos. A sentença tem de ser fundamentada. O juiz deve convencer-se e procurar convencer os outros" (TORNAGHI, 1967, v. II, p. 694).

acusação, em atenção à liberdade das partes para a produção de provas admitidas e não vedadas em lei[1500].

Em que pese todo entendimento no sentido de serem todos os sujeitos destinatários da prova, não há como sustentar tal entendimento ante a pronúncia. Isso porque como tal decisão judicial interlocutória precisa do elemento de prova para sua fundamentação parece inevitável que esteja o conjunto probante destinado à formação do convencimento do magistrado, logo, a ele sendo direcionado[1501].

Não há nas bases do processo penal prova pertencente a uma das partes, havendo tão somente para estas o ônus de sua produção[1502]. O que se pode afirmar, contudo, é que nos autos o elemento de prova pode ser utilizado por qualquer sujeito processual, ou seja, partes, magistrado e auxiliares do juízo, independentemente de quem o tenha produzido.

A instrução preliminar no procedimento do júri apresenta direitos e deveres inerentes às partes[1503], mormente o dever de produzir a verdade fática, via prova penal, independentemente da posição que ocupem na relação processual[1504]. É de bom alvitre a lembrança de que a verdade processual produzida no juízo de acusação não vincula o juízo da causa, no qual surge uma nova oportunidade de

---

1500 Cf. SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. *Curso de direito processual penal em linguagem prática*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 121.

1501 "Siendo el destinatario de la prueba el juez [...]; pero una cosa es que éstos se aprovehcen de la prueba practicada, en virtud del principio de adquisición procesal [...], y otra que sean destinatarios de la misma, puesto que la finalidad de ésta estriba en suministrar el cimiento de hecho a la sentencia, el más importante y esencial de los actos del juez" (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO; LEVENE, s.d., p. 27 e notas).

1502 "Todos e cada qual, no plano limitado da respectiva atuação [...] são servos da verdade material. A seu modo, a ela se ancilam, para a realização da Justiça Criminal" (PITOMBO, Sérgio Marco de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Organizador). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993. cap. 6, p. 76).

1503 "Esse sistema de distribuição de encargos procura, de forma igualitária, permitir que cada uma das partes possa fornecer ao juiz, na defesa de seus recíprocos interesses, a demonstração de cada uma das alegações, obedecendo ao princípio constitucional da isonomia processual, importando prejuízo irreparável à parte que, por inércia, descaso, esquecimento, ou por qualquer outro motivo, omitiu-se na produção de determinada prova de seu interesse, deixando fluir a oportunidade adequada" (MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 180).

1504 É dever de todos na relação processual "llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieron históricamente, y no tal como quieren las partes que aparezcan realizados" (FENECH, 1978, p. 121).

abrir a discussão acerca das provas produzidas nas fases da investigação criminal e da instrução preliminar.

Como o objeto da prova – *thema probandum*[1505] ou *thema probandi*[1506] – são os fatos, estes quando discutidos na instrução preliminar devem ser confrontados à luz de uma vontade irrestrita pela busca da formação do convencimento do magistrado. Em todo caso importa destacar que o fato que se quer provar deve coincidir, no fundamento da pronúncia, com o que restou incontestavelmente provado (*thema probatum*)[1507].

5.4.2 A relatividade dos elementos de prova

Na instrução criminal ante a existência de uma ou várias provas hábeis a demonstrar o fato discutido em juízo, espera-se do magistrado a realização de uma mínima atividade probatória[1508]. E, a análise do juiz visando à fundamentação de seu ato decisório deve recair somente sobre o elemento de prova que seja eticamente possível e realizável.

Nessa importante fase de avaliação da prova não se impede que o magistrado socorra-se das ferramentas existentes em outras áreas do conhecimento humano. Tanto, que isso é possível, por exemplo, quando o magistrado se socorre dos métodos e sistemas disponíveis na Sociologia, na Psicologia e na Medicina, por exemplo[1509]. O convencimento do ser humano não é atingido de modo único, estanque, todavia por sua complexidade pode ser formado pelo intercâmbio com outras ciências.

[1505] Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 273.
[1506] Cf. BARROS, 1971, v. II, p. 690.
[1507] Cf. FENECH, 1978, p. 123.
[1508] Cf. MÉNDEZ, 1991, p. 357.
[1509] "La sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, pone como único límite a la libre convicción de los jueces, el respeto a las reglas que gobiernam la conexión del pensamiento humano: las de la lógica, las de la psicología y las de la experiencia común" (NORES, José I. Cafferata. *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 288).

O modelo do livre convencimento imprime verdadeiro labor ao magistrado no sentido deste realizar a análise crítica da prova. Tal procedimento é multiforme porque prioriza diversas técnicas e atividades do conhecimento humano[1510] e recai no largo do juízo discricionário com propostas valorativas ou prescritivas sobre a verdade nos autos.

Destarte, deve o magistrado apreciar os fatos numa intrincada tarefa sistemática de reunir, num único corpo probante, todos os meios de prova utilizados ao longo da instrução preliminar. Após, registrar a lógica processual, deve o magistrado valorar cada elemento individualmente e confrontá-lo com os demais subsequentemente.

É de se indagar se no cotejo entre as diversas modalidades de provas previstas no ordenamento brasileiro existe alguma que seja preferencial ou que tenha uma importância maior para que o magistrado dela faça uso em detrimento à outra qualquer que também esteja presente nos autos, tendo em vista a fundamentação de um ato decisório.

A modelagem adotada pelo processo penal brasileiro disciplina as diversas espécies de provas numa mesma estrutura sistematizada[1511]. Isso leva a uma primeira conclusão de que o legislador não realizou um tarifamento legal[1512]. Daí se dessume que não há na lei uma escala hierárquica que aponte o valor de cada prova – um peso matemático para ser atribuído a cada espécie de prova constante nos autos – ou que indique onde deveria a mesma obrigatoriamente incidir, razão que afasta por completo a tarifação legal.

[1510] É comum observar que a "*técnica da confirmação* consiste na aquisição de outras provas que forneçam a representação do mesmo fato [...] os *elementos de confronto*, que são os fatos que nada têm a ver com o tema histórico do processo, mas que, se demonstrados, podem autorizar a conclusão sobre a veracidade do elemento probatório [...]. Outra técnica importante é representada pelo *controle sobre as características da declaração* ou *atendibilidade intrínseca* da declaração, que se apóia na identificação de uma série de elementos capazes de levar a uma conclusão, positiva ou negativa, sobre a idoneidade de tais informações trazidas ao processo. [...] Um ulterior procedimento consiste no *controle sobre as condições do declarante*, como os aspectos morais de sua personalidade, o seu nível cultural ou social, a capacidade profissional" (GOMES FILHO, 2001, p. 155-156, grifo do autor).

[1511] No Título VII (*Da prova*) do Livro I (*Do processo em geral*) do Código de Processo Penal, ao longo dos artigos 155 a 250.

[1512] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 243-244.

A temática referente à possível existência de uma ordem hierárquica entre as provas penais surgiu com a adoção do denominado sistema da prova legal[1513]. Na dinâmica proporcionada por essa sistemática cada prova é disciplinada pela legislação em sua forma e em seu grau de importância para atestar um fato, restringindo a possibilidade do juízo de avaliá-la de acordo com a sua liberdade de consciência[1514]. Esse sistema não vige no processo penal brasileiro.

O modelo previsto textualmente pelo ordenamento brasileiro é o sistema do livre convencimento motivado[1515], pelo qual o magistrado edifica o seu raciocínio através da liberdade de valorar a prova que foi produzida nos ditames do contraditório[1516]. E agindo dessa forma, em sua motivação expõe as razões que o levaram a incluir ou excluir determinado elemento de prova, bem como, realiza as opções dispostas na legislação para indicar sua disposição ao final do ato decisório.

Esse sistema deve, portanto, ser o utilizado pelo juiz pronunciante. Constrói seu raciocínio envergado pela livre apreciação das provas produzidas na investigação criminal e na instrução preliminar, não desprezando de sua avaliação nenhuma prova, independentemente da sua forma ou característica.

Com relação aos juízes leigos, aqueles que integram o Conselho de Sentença na fase do juízo da causa, vige a mesma regra da livre apreciação da prova com a ressalva que suas decisões são obtidas por respostas monossilábicas – sim ou não – ao questionário formulado, não carecendo nenhuma motivação com relação ao seu pensamento. Por outro lado, após a indicação da decisão dos jurados, o juiz

---

[1513] É "também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir" (ARANHA, 1999, p. 73).

[1514] "A liberdade de consciência não vive em domínios ilimitados; seu limite há de ser o honesto, a verdade, o justo, o direito, a lei e, finalmente, a mesma consciência que é o próprio fôro da verdadeira justiça" (FARIA, 1942, v. II, p. 20).

[1515] Nesse sentido, analisar o item VII, da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal do Brasil. Assevera a Exposição de Motivos que "o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. [...] nem é prefixada uma *hierarquia* de provas" (grifo da Comissão Elaboradora do Projeto do CPP).

[1516] Artigo 155/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008). 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.

presidente do Tribunal do Júri realiza a fundamentação da sentença final que traz em seu bojo as razões da aplicação da medida punitiva no caso de uma condenação.

Do exposto extrai-se uma franca incompatibilidade entre o modelo que prioriza a liberdade de apreciação da prova – sistema do livre convencimento – e aquele que elabora uma escala hierárquica entre as diversas modalidades probatórias – sistema das provas legais[1517]. Buscou o legislador nacional entregar ao magistrado a missão de avaliar e valorar as provas de acordo com os ditames de sua consciência[1518], não se colocando sob o jugo de prévias formulações legais[1519].

Uma ressalva se impõe. Cediço é que o Código de Processo Penal literalmente adota o modelo do livre convencimento motivado para a avaliação da prova penal. No entanto, estabelece importante restrição no que diz respeito ao estado das pessoas, prova que deve seguir as restrições estabelecidas pela legislação civil, vinculando o magistrado[1520]. Essa ressalva remonta aos traços do sistema da prova legal[1521].

Em síntese há que se observar que no sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não há como haver respaldo a assertiva da existência de uma tarifação entre as provas penais. Com a exceção legal, as demais modalidades de prova possuem na relatividade a sua natureza, não sendo superiores ou inferiores

---

1517 "La regla de la libre convicción se contrapone al antiguo sistema de la prueba legal, que fué eliminado por la consideración cada vez mayor que se otorga al elemento psicológico del delito, y por una más exacta visión de la finalidad e intereses del proceso penal" (MANZINI, 1951, p. 266).

1518 Cf. TORNAGHI, 1978, p. 428-429.

1519 "Devendo, entretanto, o juiz penal buscar a verdade real, não está sujeito a valores prefixados ou 'tarifas' impostas pelo legislador aos diversos meios de prova. Todas as provas têm valor relativo – insista-se – devendo o juiz, para formar a sua convicção, examiná-las em conjunto e não isoladamente" (MORAIS; LOPES, 1978, p. 52).

"O juiz forma sua convicção apreciando-as livremente, e produzindo-as, êle mesmo, quando necessário. Não há hierarquia de provas: tôdas são relativas e nenhuma de valor decisivo. [...] Todos os elementos e circunstâncias concorrem para a apuração da verdade material" (ACOSTA, 1973, p. 222).

1520 Em consonância com o preceituado no parágrafo único do artigo 155/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.690/2008).

1521 "Não há, em princípio, hierarquia entre os meios de prova, salvo quanto à prova legal, cuja aceitação e valoração já estão previstas antecipadamente na lei, prevalecendo sobre todo e qualquer outro meio de prova. O livre convencimento do juiz fica limitado quando se trata de prova legal. [...] Mas, apenas a título de parâmetro valorativo, para guiar o julgamento do juiz, pode-se estabelecer uma prevalência na carga de eficácia dos meios de prova" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 612).

entre si[1522] e devem, no mesmo plano de consideração, compor o arcabouço de provas dos autos de processo[1523].

5.4.3 A motivação e os sistemas de análise da prova

A análise da prova carreada aos autos é uma condição anterior e necessária à motivação dos atos judiciais. Nota-se que nas diversas culturas jurídicas vários foram os parâmetros que influenciaram na concepção dos sistemas destinados à avaliação da prova[1524]. Essa característica reafirma a observação de que nenhuma ciência ou técnica pode prescindir verdadeiramente de um método apropriado[1525].

A apreciação da prova como condição para a motivação do ato de julgar um ser humano apresenta contornos que remontam aos apontamentos registrados na Bíblia Sagrada, no corpo do Livro de Deuteronômio[1526], demonstrando desde cedo a preocupação do homem em buscar uma solução para os conflitos com base em

---

[1522] "Nem mesmo à confissão do réu é hoje atribuída eficácia absoluta, porque se sabe que ela pode ser falsa: o réu admite o crime por erro, por coação, em virtude de desequilíbrio mental, etc., e até mesmo pelo altruístico propósito de inocentar o verdadeiro culpado que ele deseja proteger" (GONZAGA, 1993, p. 30).

[1523] Cf. ALMEIDA JÚNIOR, 1918, v. I, p. 246-247.

[1524] "A evolução dos sistemas é o resultado de um processo de variação, seleção e estabilização. Evidentemente, esse não é um processo linear, nem uniformemente distribuído e ativado em todos os sistemas e nem causal e imanente aos sistemas. Evolução não quer dizer progresso e também não está coligada a nenhuma conotação valorativa. Evolução é simplesmente acréscimo da complexidade, multiplicação do número de alternativas de escolha e possibilidades de ação. Esse acréscimo pode ser interno ou externo ao sistema, vale dizer, a evolução de um sistema não depende apenas da complexidade do ambiente, mas também da complexidade interna ao sistema. Evolução dos sistemas é a realização do potencial de aprendizagem dessa complexidade e de transformação das estruturas do sistema por meio da diferenciação daquelas três funções: variação, seleção e estabilização. No interior do sistema jurídico esses mecanismos podem ser identificados com a multiplicação de expectativas normativas conflitantes (variação); processo de decisão das expectativas admitidas no sistema (seleção); regulamentação e programação condicional das expectativas normativas válidas (estabilização)" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 88).

[1525] Nesse contexto "la ciencia exige calma y, además, elementos de laboratorio; pero al menos puede penetrar en la justicia por su espíritu y sus métodos" (GORPHE, François. De la apreciación de las pruebas. Trad.: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 9).

[1526] Observa-se que o Deuteronômio "é uma consolidação das antigas leis, passadas pelo crivo da experiência de MOISÉS que delas extraiu aquilo que lhe pareceu mais adaptável, acrescentando-lhe normas mais positivas e concepções mais estatais. [...] O Deuteronômio, que se inicia com o *Discurso de Moisés na planície do Jordão*, recapitula os fatos e os feitos dos seus primeiros empreendimentos, recorda a terra prometida de Canaã, exorta o povo à obediência, repete os X Mandamentos" (ALTAVILA, 1995, p. 18-19, grifo do autor).

elementos fáticos passíveis de motivação, tendo em vista os infortúnios provocados pela aplicação dos meios irracionais de prova.

Contudo o surgimento na Europa Ocidental de um modelo analítico probatório que pudesse ser invocado no âmbito do processo penal ocorreu somente a partir do século XII no ordenamento jurídico romano com a adoção do método das provas irracionais. A partir dessa época se observou nos demais ordenamentos a ampliação da metodologia de análise da prova, principalmente em quatro distintos períodos até atingir o século XX[1527].

Outra abordagem pode ser delineada sobre o desenvolvimento de tais sistemas, com supedâneo nos legados da Escola Positiva[1528]. A orientação dessa escola é que o estudo referente à avaliação da prova, desde o surgimento da humanidade, deve passar obrigatoriamente por cinco estágios, quais sejam[1529]: a-) a fase étnica ou primitiva – nas sociedades rudimentares e quase sem a escrita; b-) a fase religiosa ou mítica – juízos de Deus ou ordálias nos povos germanos[1530]; c-) a fase da certeza legal ou da tarifa legal – com a adoção de tabelas de prévia valoração da prova; d-) a fase científica – delegando aos magistrados o conhecimento técnico para avaliar e motivar os atos decisórios.

Apesar de nítida a escala de aprimoramento dos métodos utilizados para a análise da prova[1531], não há convergência na doutrina jurídica quanto à existência de

---

1527 Cf. GILISSEN, 1995, p. 714.

1528 Cf. GORPHE, 1950, p. 9.

1529 Cf. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 55.

1530 "Criticando esse tipo de colocação, observa HASSEMER que os modelos de prova são expressão de cada cultura pelo que o duelo, o juramento e a prova da água eram meios que garantiam a 'verdade' aos participantes do processo penal, sendo portanto funcionais em relação às concepções de racionalidade da cultura germânica" (GOMES FILHO, 1997, p. 20).

1531 "Os sistemas de prova, a serviço da justiça penal, têm variado através dos séculos: primitivamente foi o sistema étnico, em que a apreciação das provas era deixada, empìricamente, ao sabor das impressões pessoais e em que o flagrante delito era a forma típica do processo penal; veio depois o sistema religioso, em que era mìsticamente invocado o julgamento divino, e foi a época das *ordálias*, dos *duelos judiciários* e dos *juízos de Deus*; sucedeu-o o sistema *legal*, em que os meios de prova e seus graus de valor eram fixados e aferidos, de antemão, pela lei. Prossegue sua lição o insigne magistrado e penalista apontando a fase em que a confissão era tida como a 'rainha das provas' e se recorria à tortura para obtê-la, até que se inaugurou, com a Revolução Francêsa, a fase nova e atual, que é o sistema *sentimental*, ou da *íntima convicção*, e que, pelo livre exame da prova, resulta na certeza moral" (ACOSTA, 1973, p. 221, grifo do autor).

uma classificação única no que se refere aos sistemas destinados à avaliação da prova visando à fundamentação de uma decisão judicial.

O que se apreende é que o critério utilizado para efetuar uma classificação nesse sentido é flutuante, ora considerando-se a atividade probatória em si, ora a liberdade que a legislação oferta ao magistrado para realizar tal atividade.

Estudo mais específicos sobre os grandes sistemas jurídicos ocidentais, notadamente com enfoque nos séculos XVIII a XX, sustentam que duas grandes sistemáticas foram desenvolvidas para serem utilizadas pelo magistrado na fase instrutória quando da avaliação do elemento de prova e a respectiva motivação do ato decisório. São elas a sistemática da avaliação legal da prova e a que se refere à avaliação judicial da prova[1532].

Na primeira há uma fixação de valores legais para cada espécie de prova, fazendo com que o magistrado ao motivar sua decisão tenha que expressamente aludir a cada modalidade de prova analisada e explicar o seu valor no contexto do raciocínio utilizado no comando decisório, tendo liberdade restrita para a adoção de outras modalidades para fundamentar o seu convencimento.

Por outro lado, utilizando-se a segunda modalidade, avaliação judicial, o magistrado encontra maior liberdade para avaliar a prova dentro das modalidades permitidas em lei. Seguindo essa orientação o juiz ao motivar a sua decisão simplesmente explica as razões do seu convencimento obtido ante à liberdade de escolher sem nenhuma fixação legal, qual a espécie de prova que forma o seu convencimento[1533].

[1532] "O método aqui empregado pertence ao mesmo gênero do da íntima convicção. Em ambos, a lei deixa ao juiz a avaliação da prova. Nisto diferem da 'prova legal' em que a lei diz, de antemão, o valor de cada tipo de prova. Por isso muitos autores, com razão, entendem que, em matéria de valoração da prova, só existem dois métodos fundamentais: o da avaliação pela lei e o da avaliação pelo juiz. Mas o segundo gênero compreende duas espécies, estruturalmente diversas, aparecidas em diferentes épocas históricas e em conseqüência de razões distintas" (TORNAGHI, 1967, v. II, p. 693-694).

[1533] "O que se exige do juiz é que 'fundamente' a sua decisão; dê explicitamente as razões que o levam a conmdenar ou absolver, mediante uma apreciação recta e logica dos elementos de probatorios accumulados no processo, e apreciados nos debates" (REZENDE, 1939, v. I, p. 653).

A par de todo o considerado até aqui, é pacífico na doutrina de processo penal o entendimento de que nos diversos ordenamentos jurídicos, com maior ou menor variação, é possível vislumbrar a existência de três modelos de análise probatória que orientam o magistrado na formação do seu convencimento e, consequentemente, na motivação de sua decisão[1534].

Tais modelos são apresentados como o sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz[1535], o sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador e, finalmente, o sistema do livre convencimento do magistrado ou da persuasão racional[1536].

Apesar da dificuldade de mostrar uma classificação segura para os modelos legais de análise da prova é de bom alvitre registrar que houve uma tendência de adotar uma concepção intermediária entre o modelo da prova legal e o da íntima convicção, combinando as regras tarifárias com a liberdade do pensamento do juízo[1537].

O que se observou foi o desencadeamento de diversas reações no sentido de buscar uma alternativa que proporcionasse a possibilidade do juízo alargar as bases de sua análise e, de modo mais dinâmico, movimentar-se na busca da verdade real visando uma decisão em maior conformidade com a realidade dos autos[1538]. Era uma natural oposição ao sistema da prova legal.

1534 Cf. COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1949, tomo II, p. 221-226.

1535 O sistema das *provas morais* surgiu "de la Revolución Francesa, y poco después generalizado en Europa, ha sido concebido de modo un poco negativo, como la abolición de las pruebas legales, estimadas artificiosas y molestas, e incluso incompatibles con la instituición del jurado. [...] Se pensaba ingenuamente que en la convicción íntima estaba el critério último e infalible de la verdad judicial [...]. Entregada a sí misma, la simple convicción, como la evidencia, se encuentra muy exposta a incurrir en la intuición afectiva; ahora bien, su fuerza no sirve de garantía" (GORPHE, 1950, p. 10-11).

1536 Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 202-203.

1537 "Los códigos modernos adoptan el sistema mixto, que consiste en una combinación del de las pruebas legales y del de las libres convicciones, por la que se procura aprovechar las ventajas que trae aparejada la regulación legislativa y evitar los inconvenientes del casuismo legal, acentuando el carácter general de las normas y concediendo un amplio margen al criterio judicial" (ODERIGO, Mario A. *Derecho procesal penal*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, t. I, p. 72).

1538 Essa busca por uma alternativa ao sistema da prova legal deu-se para "evitar a tirania judicial, a prepotência, a irresponsabilidade e o arbítrio, assegurando, porém, ao juiz, a possibilidade de formar sua convicção como qualquer homem normal, sem peias que o levassem a pronunciar uma decisão contrária a suas conclusões" (TORNAGHI, 1978, p. 428).

Em consequência do engessamento judicial proporcionado pelas rígidas regras do método tarifário e do descontentamento no meio jurídico com o resultado da prestação jurisdicional, estava lançado o desafio de buscar um novo modelo que ofertasse maior autonomia ao magistrado no contato com a prova penal e, assim, melhor fundamentasse o ato decisório[1539].

As reações contrárias à adoção de um modelo com maior liberdade ao magistrado tomavam como base que o método da tarifação da prova inibia o arbítrio do magistrado evitando, com isso, os excessos judiciais sempre nocivos ao jurisdicionado.

Combatendo esse temor, idealizou-se uma sistemática que, não obstante conferisse maior liberdade ao juiz para o desenvolvimento do seu raciocínio, impunha também a ele o dever de fundamentar as razões do seu pensamento na estrutura do próprio ato decisório[1540].

5.4.4 O livre convencimento do magistrado

Ante a rigidez ou flexibilidade de um modelo à disposição do magistrado para a análise da prova, a metodologia que preza o livre convencimento do juiz reage como um meio termo aos métodos da prova legal e da íntima convicção[1541].

1539 "El sistema del **libre convencimiento** hay que estimarlo más racional y más eficaz en cuanto más conforme con la realidad. Sin embargo, no puede introducirse más que en un proceso organizado acusatoriamente y con los requisitos de la oralidad. Ya en el proceso romano alcanzó el sistema gran esplendor. [...] El sistema de libertad queda en suspenso durante los tiempos medios y el Renascimiento y resurge con nueva vida en la época de los jurados durante la Revolución francesa, para triunfar actualmente al ser acogido por todos los códigos modernos" (FLORIAN, 1934?, p. 332-333, grifo do autor).

1540 "Sin embargo, esa libre convicción del juez no ha de ser arbitraria, sino que además de razonada debe valorarse sobre la prueba producida en el proceso" (RUBIANES, 1978, p. 443).

1541 "O processo lógico da íntima convicção é o primeiro que se impõe em qualquer organização jurídica. O da livre convicção (ou, se se preferir, o da crítica sadia, para aquêles que usam livre convicção como sinônimo de íntima convicção) aparece como remédio para os males das regras legais, sem os inconvenientes da íntima convicção. Esta pode levar ao arbítrio e ao despotismo judicial. Aquela afasta por vêzes o julgador da verdade e da justiça. Cumpria encontrar a fórmula que evitasse ambos os inconvenientes" (TORNAGHI, 1978, p. 694).

Embora o ordenamento jurídico espanhol não seja considerado o precursor desse novo modelo, vislumbrou-se sua primeira invocação no âmbito desse ordenamento em 1846[1542]. Na América do Sul a sua utilização ocorreu a partir de 1863 na Argentina e no Uruguai[1543].

Tal modelo permitiu maior flexibilidade ao julgador para buscar os elementos probatórios e avaliá-los de acordo com seu convencimento, desvencilhando-se de regras previamente estabelecidas que funcionavam como fórmulas legais[1544]. Há que se ressaltar que a liberdade do juiz para atingir o convencimento representa um poder-dever, à medida que deve, sob pena de nulidade, motivar seu raciocínio ao jurisdicionado[1545].

Com a difusão desse novo modelo houve um incremento nas modalidades de prova no âmbito da legislação de processo penal de vários ordenamentos jurídicos, subtraindo-se qualquer hierarquia ou tarifas entre elas. Houve também a preferência desses ordenamentos pela adoção das modalidades de provas de cunho técnico e científico, com acentuado destaque para os relatórios periciais, as provas advindas

---

1542 "Alguns autores de língua castelhana [...] chamam de *livre convicção* o que os demais denominam *íntima convicção* e de crítica *sadia* (*sana crítica*) o que os outros nomeiam de *livre convicção*. Não são todos, porém. A expressão *sana crítica* provém de algumas leis espanholas [...]. Mas não creio que se deva atribuir a essas leis a paternidade do sistema" (TORNAGHI, 1978, p. 428-429, grifo do autor).

1543 Com a chancela de *sana crítica*, o livre convencimento é constituído de "reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. En definitiva, la sana crítica debe ser la *demonstración* cabal de que la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador se corresponde con la realidad de los hechos o, de no ser posible alcanzar semejante grado de certeza, de que cuenta a su favor con las mayores probabilidades de reflejar esa coincidência" (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, s.d., p. 51-52, grifo do autor).

1544 "A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência. A convicção fica, assim condicionada: *a*) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; *b*) às provas desses fatos, colhidas no processo; *c*) às regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada" (SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 2, p. 382).

1545 O livre convencimento deve ser entendido como um "poder-dever del juez de conseguir, dondequiera que sea, la prueba de los hechos y valorarla sin límite alguno. [...] Pero *no puede ni debe significar más*, y sobre todo, no debe significar libertad, en el juez, para sustituir a la prueba (y consiguientemente, a la crítica de la prueba) las conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión" (LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: desenvolvimento del proceso penal – proceso penal de primera instancia*. Trad.: Santiago Surtis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1961, p. 156-157, grifo do autor).

de registro magnético e eletrônico, privilegiando as espécies de prova que minimizassem a ocorrência de erros ou dúvidas[1546].

Essa nova sistemática recebeu várias denominações nas doutrinas jurídicas, com destaque para as seguintes chancelas: *livre convencimento*,[1547] *livre convicção*,[1548] *verdade real*,[1549] *persuasão racional*[1550] ou, ainda, *livre apreciação da prova*[1551]. Conforme asseverado alhures, com base no sistema antecessor da prova legal e aproveitando a liberdade proporcionada neste (livre convencimento), atinge-se o sistema misto.

As bases metodológicas adotadas pelo sistema do livre convencimento mantiveram estreitas semelhanças com as bases fundamentadoras do modelo da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, principalmente no que diz respeito ao poder ofertado pela lei para que o juiz possa avaliar a prova e construir livremente o seu convencimento[1552].

Apesar das afinidades contidas entre os aludidos sistemas vale registrar que o principal traço diferencial reside no fato de que a tarifação da prova influencia no raciocínio do magistrado de modo a conduzi-lo a resultados predeterminados, ao passo que na ausência de um tabelamento da prova, o juiz deve avaliar cada prova de modo individual – argumento que a mesma apresenta para atestar quanto a um

---

1546 Os principais traços característicos dessas transformações foram: "– tendência para o desaparecimento das provas irracionais em todo o mundo (Ásia, África); – introdução de provas científicas, graças às novas invenções: fotografia, fotocópia, registro, impressões digitais, análise do sangue, etc.; – renascimento de um certo formalismo, pela preponderância dos documentos escritos [...] em detrimento do testemunho" (GILISSEN, 1995, p. 720).

1547 Cf. ACCOSTA, 1987, p. 222.

1548 Cf. TORNAGHI, 1978, p. 429.

1549 No princípio da verdade real "livre é a escolha e exploração das fontes de prova. [...] O princípio da verdade real, ao contrário, não prende o juiz a critérios legais de estimativa das provas, uma vez que preconiza o julgamento *secundum conscientiam*" (MARQUES, 1965, v. II, p. 280).

1550 O livre convencimento perfaz "o moderno sistema da persuasão racional que, ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento" (GRECO FILHO, 2009, p. 202).

1551 Cf. DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, ano 18, p. 83, jul./set. 1992.

1552 "O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas 'abstrações de ordem intelectual', mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem 'a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio'. É que, como assinala FLORIAN, o 'método do livre convencimento não pode importar em anarquia na apreciação das provas'" (MARQUES, 1965, v. II, p. 299).

fato determinado – e, também, coletivo – em confronto com as demais provas constantes nos autos[1553].

Eis uma das principais implicâncias do livre convencimento: a tarefa do magistrado de analisar cada elemento de prova produzido nos autos num contexto com as demais modalidades[1554] que compõem o conjunto probante, a fim de atingir uma síntese conclusiva estruturada em todas as provas apresentadas nos autos, justificando-as individualmente.

Nisso pode-se observar ainda a vedação imposta ao juiz de analisar a demanda judicial de acordo com o seu conhecimento particular dos fatos, caso o tenha[1555]. O provimento judicial somente pode ser externado com a motivação acerca das provas carreadas nos autos sob análise[1556], mantendo uma lógica coerente ao histórico do processo em que se externa uma decisão.

Não padece de dúvidas que com o aperfeiçoamento do sistema do livre convencimento nos diversos ordenamentos processuais ficou estabelecida a necessidade de haver fundamentação dos atos judiciais de conteúdo decisório[1557], tendo em vista o apreço dessa metodologia pela liberdade do juiz sem que houvesse,

---

[1553] "La regla de la libre convicción ocupa el medio entre dos excesos, a saber, entre el principio que obliga al magistrado a juzgar *iuxta allegata et probata* y según los critérios de la prueba legal, y el que lo autoriza en cambio a decidir *secundum conscientiam*. La mencionada regla no se confunde com este último criterio, toda vez que sólo presupone la libre valoración de la prueba [...] y no también la independencia respecto de ella. Y esto, por evidentes razones de garantia" (MANZINI, 1972, p. 264).

[1554] "A regra da livre convicção não desvincula o juiz das provas dos autos: *quod no est in actis non est in mundo*. No entanto, a apreciação dessas provas não fica dependendo de critérios legais discriminados *a priori*. O juiz só decide com a prova dos autos, mas avaliando-as segundo o critério da crítica sã e racional" (MARQUES, 1965, v. II, p. 298).

[1555] "En consecuencia, la *ciencia privada* del juez no puede fundar su convicción judicial ni sustituir a la prueba, sino sólo, y eventualmente, ilustrar la libre apreciación de ella" (MANZINI, 1972, p. 264-266, grifo do autor).

[1556] "Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação primeiro porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual e depois porque a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhe surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio" (GRECO FILHO, 2009, p. 203).

[1557] Cf. TORNAGHI, 1978, p. 429.

"Afora o convencimento das partes e da opinião pública, é através da fundamentação que o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos e indicando os motivos que lhe formaram o convencimento, ainda que não alegados pelas partes" (NUNES, Elpídio Donizetti. *Redigindo a sentença*. 2. ed. 2. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29).

no entanto, uma completa desvinculação do resultado das provas produzidas nos autos[1558]. Denominado de *motivação do ato judicial*, esse atributo do modelo do livre convencimento reverbera como uma imposição estatal ao magistrado[1559] de informar e justificar o conteúdo de sua decisão ao jurisdicionado[1560].

O dever de fundamentar o ato judicial decisório não serve somente como justificativa para sua parte dispositiva. Representa, ainda, um dos elementos que impulsionam a parte ao manejo de eventuais recursos[1561] destinados ao reexame da decisão judicial[1562]. No horizonte dos tempos hodiernos é fatal vislumbrar o modelo do livre convencimento motivado como um democrático instrumento a ser utilizado pelo magistrado para realizar a busca da verdade acerca dos fatos que são apresentados e debatidos em juízo, assegurando uma prestação jurisdicional mais segura e equilibrada[1563].

No sistema do livre convencimento motivado adotado no Brasil entende-se como válida a fundamentação que explica as razões de fato e de direito que sustentam a decisão judicial, demonstrando a lógica que permeia a estrutura do

---

[1558] "El juez penal es, por lo común, completamente libre en su convicción respecto de todo lo que se refiere a la declaración concreta de certeza de las condiciones que legitimam, excluyen o modifican la pretensión punitiva del Estado. Por lo demás, esto no significa que el juez esté desvinculado del resultado de las pruebas asumidas en el proceso. La libre convicción, con la que se llega a la certeza moral, debe derivar de los hechos examinados y declarados ciertos, y no sólo de elementos psicológicos desvinculados de esos mismos hechos. Por esto precisamente se impone la obligación de la motivación" (MANZINI, 1972, p. 263-264).

[1559] "Ora, a via adequada não pode consistir senão do conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da *motivação obrigatória e pública*" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual*. 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 90, grifo do autor).

[1560] "Do conjunto dêsses elementos, decidirá o juiz com o livre convencimento que lhe é assegurado, mas que não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio, pois não pode abstrair-se ou alheiar-se da verdade apurada. Tanto assim é que, para garantia do direito das partes e do interêsse social, o juiz terá que *motivar* sua sentença, com fundamento no que foi alegado e provado" (ACOSTA, 1973, p. 222, grifo do autor).

[1561] O contexto endoprocessual da decisão judicial "consiste essencialmente em permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores" (PERO, 2001, p. 70).

[1562] Nesse sentido é que a fundamentação "completa o sistema da persuasão racional, e daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, e também que os motivos levam logicamente à conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados" (GRECO FILHO, 2009, p. 203).

[1563] Cf. MORAIS; LOPES, 1978, p. 13.

pensamento do magistrado. Trata-se de uma importante característica num sistema que se propõe a preservar as garantias individuais[1564].

Isso faz com que as partes tenham amplas condições de certificarem-se dos parâmetros que levaram o magistrado a tomar sua decisão[1565], observando o cumprimento dos preceitos constitucionais do contraditório[1566] e da ampla defesa[1567] na análise da prova carreada nos autos.

Vale frisar que a metodologia do livre convencimento motivado para as decisões judiciais no Brasil convive com outra sistemática no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri: a íntima convicção dos jurados. Enquanto que no término do juízo de acusação o magistrado, ao avaliar o corpo probante, livremente motive a decisão de pronúncia[1568], no final do juízo da causa o Conselho de Sentença atinge um veredicto com base na íntima convicção dos jurados, logicamente sem a necessidade de fundamentar o seu raciocínio.

Nota-se também uma função política que advém do preceito da motivação do ato decisório judicial, ao permitir não só ao jurisdicionado, mas também à

1564 "Os motivos de fato são aqueles de que se serve o juiz na avaliação da prova para reconstruir, històricamente, o fato imputado ao agente, respondendo à parte de fato da sentença [...]. Enquanto que os motivos de direito são aqueles que resultam na subsunção do fato na norma jurídica invocada, demonstrando que o acusado realizou a figura típica ou não [...]. A 'indicação dos artigos de lei', resulta da escolha feita pelo julgador na fundamentação da sentença" (BARROS, 1971, v. II, p. 665).

1565 A motivação do ato judicial "tem por finalidade assegurar precisamente duas situações: a coerência lógica da decisão, quer no plano fático, quer no plano jurídico, mas, principalmente, assegurar que a decisão tenha sido tomada com base em elementos contidos nos autos, os quais passaram pelo crivo do contraditório; se o juiz pudesse decidir por convicção íntima, ficariam aniquilados os princípios do contraditório e da ampla defesa" (PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. As garantias do devido processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coordenador). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 244).

1566 Os elementos de prova "só estarão aptos a fundamentar o provimento judicial depois de submetidos ao contraditório e, igualmente, depois de consideradas as eventuais alegações apresentadas pelas partes a respeito. [...] Mas isso não implica, entretanto, que tais valorações devam ser confiadas à intuição ou a um julgamento subjetivo do magistrado, dando lugar ao indevido ingresso de preconceitos ou idiossincrasias pessoais no juízo sobre os fatos" (GOMES FILHO, 2001, p. 101-157).

1567 "O dever de motivação tem como fundamento não só facilitar o controle do poder público, mas, sobretudo, configurar-se como pressuposto do exercício da defesa" (NETTO, 2003, p. 67).

1568 "Não se lhe tira o princípio do *livre convencimento* que lhe é outorgado pelo Código e consoante acentua a Exposição de Motivos. [...] não significa isso *arbítrio*; o que se diz é que êle fica livre das limitações impostas pelo sistema da *prova legal*" (NORONHA, 1969, p. 269, grifo do autor).

"Ao juiz é assegurado, como decorrente do livre convencimento, a liberdade na apreciação do *valor* das provas, mas não tem o direito de não considerar, truncar ou sumprimí-las, para definir por outra forma o que emerge dos autos com clareza" (FARIA, 1942, v. II, p. 16, grifo do autor).

sociedade como um todo, ter o conhecimento do inteiro teor do conteúdo da prestação jurisdicional[1569] e exercer o controle dessa atividade[1570].

Por outro lado, a falta de fundamentação da decisão judicial ou sua imperfeição podem gerar três situações indesejadas, as quais desembocam em nulidades processuais[1571]. Uma, quando o magistrado não proporciona as razões do seu convencimento, fato que por si só se caracteriza como ausência completa de motivação.

A segunda situação é percebida quando, ao proporcionar as razões de seu convencimento, o magistrado incorre em erro de lógica jurídica nos fundamentos expostos. A terceira situação, quando a autoridade judicial não enfrenta todas as questões suscitadas pelas provas constantes do corpo probante, ofendendo o contraditório existente entre as partes[1572].

Em derradeiro cumpre destacar que a fundamentação da decisão judicial deve ser elaborada de modo *objetivo*, cumprindo os fins desejados pelo ato decisório evitando as omissões; *pontual*, analisando cada elemento de prova apresentado na instrução processual evitando a insuficiência de argumentação; e *explícito*, não sendo admissível a fundamentação implícita[1573].

1569 "A fundamentação é exigida para que as partes e a comunidade tenham como conferir, além da imparcialidade do julgador, a legalidade da decisão. É dever do juiz dar publicidade ao raciocínio desenvolvido, para permitir a conferência da decisão, pelas partes e sociedade, ambas com interesse no correto e justo desfecho do processo penal" (POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 134).
"Isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados ou os *juízes* superiores que irão apreciar eventuais impugnações, mas também a *opinião pública*, ou seja, o próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. [...] se exprime na mais ampla sujeição aos provimentos judiciários à crítica da opinião pública" (GOMES FILHO, 2001, p. 80-81, grifo do autor).

1570 No plano extraprocessual a decisão judicial "enquanto expressão do exercício de um poder soberano, está, como num Estado de Direito sempre estará o exercício do poder, sujeita ao controle daquele povo do qual esse mesmo poder emana, e em cujo nome é exercido" (PERO, 2001, p. 65).

1571 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. 3. tir. com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 125.

1572 Cf. PERO, 2001, p. 90.

1573 "O juiz, no exercício de sua função jurisdicional, quando produz o principal ato de sua atividade, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto, deve primar pela clareza e pela precisão, refutando ou acolhendo as alegações das partes. Não se pode aceitar que, para não invalidar a sentença, o tribunal vislumbre, apesar da omissão judicial, suprimento em outros fundamentos da sentença, deles extraindo, de maneira implícita, a motivação inexistente" (FERNANDES, 2002, *Processo penal constitucional*, p. 133).

5.4.5 A regra das máximas de experiência do juiz na pronúncia

Ao final da instrução preliminar no procedimento dos crimes da competência do júri, tem o magistrado a missão de avaliar a prova penal visando a motivação da decisão que encerra a referida fase desse rito especial. A sistemática que envolve a avaliação probatória constitui intrincado mecanismo porque envolve mais do que um juízo acerca da matéria jurídica[1574].

Vários fatores influenciam o ser humano na formação do seu pensamento e na tomada de uma decisão. Outrossim, as letras ditadas pelo magistrado em seu ato decisório assumem uma dimensão expressiva porque se revestem da vontade estatal. Pelas palavras e articulações presentes no conteúdo desse ato jurisdicional percebe-se com o mínimo de esforço a carga ideológica presente, demonstrando, com maior ou menor clareza, a vontade do ser humano que julga.

A atividade de valoração da prova penal pode tornar-se tormentosa à razão da complexidade desta e isto também é observável no juízo acusatório na fase da decisão da pronúncia. Ao cabo desse procedimento valorativo, pode o magistrado deparar-se com duas situações distintas[1575], quais sejam: utilizar como parte do seu raciocínio as denominadas *máximas de experiência*[1576] – regras do conhecimento – ou considerar os chamados *fatos notórios*[1577] – regras da percepção dos fatos.

1574 "Trata-se de trabalho meticuloso e muito delicado. É uma análise crítica que deve ser elaborada com o máximo escrúpulo. Deve, pois, o Magistrado, com cuidado, afastar da sua mente determinados pré-julgamentos, quando estes possam conduzi-lo a erro" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 240).

1575 "I. *Máximas de experiencia* son 'definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas [...]'; II. *Hechos notórios* son 'acontecimientos singulares que se denuciam en forma particular e circunscrita', 'cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se hace la decisión'" (LEONE, 1961, p. 169, grifo do autor).

1576 Cf. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal – II parte*. Revista de Ciencias Penales, Costa Rica: ABC Ediciones, n. 11, ano 8, p. 20-34, jul. 1996.

1577 "Entendemos por hechos notorios aquellos cuyo crecimiento no exigen la garantía de la prueba realizada en el proceso. [...] Se trata de hechos cuya realidad puede conocerse a través de una actividad distinta de la procesal" (FENECH, 1978, p. 122).

É inegável que o juiz seja um ator social e, assim sendo, ao exercer o ofício de julgar traz para o seu raciocínio os conhecimentos adquiridos ao longo de sua trajetória de vida[1578]. Pondera-se também que o próprio ordenamento jurídico de uma nação está com suas bases estribadas na concepção ideológica advinda do pensamento dominante nas suas casas parlamentares[1579].

Tendo em vista a amplitude denominacional – *regras de experiência*, *máximas de experiência*[1580], *máximas de vida*[1581] ou *principios de la experiência*[1582] – as regras de experiência não são criadas no processo, mas nele se descortinam por terem formação extrajudicial (ou extraprocessual)[1583]. Revestem-se de verdadeiros juízos hipotéticos de conteúdo genérico, dedutivos, que não se ligam diretamente ao processo sob análise.

[1578] O magistrado "não é autômato de decisões; é um homem pensante, inteligente, e partícipe de todas as idéias e conhecimentos que formam o patrimônio intelectual e experiência do seu tempo. Ao julgar, portanto, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extrajurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua atividade. Tais são os *princípios de experiência*, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autônomos com validade para o futuro" (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad.: Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 78-79, grifo do autor).

[1579] "Incluir ou não valores no sistema é uma tarefa do seu código. Os programas do sistema são especializados em regular a alocação dos valores previstos no código. Os problemas de autoreprodução do sistema jurídico decorrem das excessivas pretensões e utilizações que o sistema político – e, particularmente, o Welfare State – faz do direito. O direito passa a ser utilizado para resolver problemas para os quais seu código não pode oferecer respostas ou é absolutamente inadequado. O sistema político observa o direito da perspectiva do legislador e, conseqüentemente, opera num grau de complexidade incompatível com os problemas concretos a serem processados pelo código 'direito/não-direito'" (CAMPILONGO, 2002, p. 83).

[1580] "Ainda constituem objeto de prova as chamadas *máximas de experiência*, que se ligam, normalmente, a juízos de valor relevantes na aplicação da norma jurídica" (MARQUES, 1965, v. I, p. 273, grifo do autor). Cf. GOMES FILHO, 2001, p. 164.

[1581] "As presunções são regras, legais ou decorrentes da experiência, por meio das quais, provado um fato, resulta a convicção da existência de outro. No primeiro caso, a convicção resulta de imposição legal. No segundo, da aplicação de uma regra que o juiz extraiu da observação técnica ou da observação do que ordinariamente acontece no comportamento humano" (GRECO FILHO, 2009, p. 198).

[1582] "Las **máximas** o **reglas de experiencia** son nociones y conocimientos que suministran la vida práctica y las constumbres sociales corrientes y que, al ser utilizadas en un proceso cuaquiera, valen por sí y tienen eficácia independientemente de la cuestión particular de que se trate. Son, pues, autónomas y de alcance general" (FLORIAN, 1934?, p. 309-311, grifo do autor).

[1583] "En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable, incluindo el juez, que se pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiência socialmente acumulada. [...] La máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiência procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal consideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de la búsqueda de la verdad de los hechos" (IBAÑEZ, 1996, p. 26-27).

As regras de experiência invocadas pelo magistrado[1584] são diametralmente opostas às regras técnicas e científicas e representam verdadeiras noções ministradas pela cultura média da sociedade[1585]. São consequências do conhecimento privado do julgador e que se situam no plano subjetivo de sua ação, servindo como regras extraídas da sua própria experiência de vida[1586].

Essas máximas podem apresentar, inicialmente, um feixe de conhecimentos com conteúdo de vagueza, de mutabilidade, de ambiguidade e heterogeneidade. Daí porque correm o risco de serem confundidas, em boa parte dos casos, com generalizações desprovidas de fundamentos que encarnam regras certas e universalmente aceitas.

Por outro lado, ressalta-se que as regras da experiência não se encontram no patamar dos fatos e, como tal, não podem ser objeto de prova[1587]. Sua concepção ocorre paulatina e individualmente na vida pessoal e profissional do magistrado através da observação dos fenômenos da natureza ou, simplesmente, de uma observação cultural dos fatos, interagindo com outros seres.

Refletem-se ao longo da trajetória profissional do magistrado[1588]. Ao invocar alguma máxima quando da fundamentação do ato decisório, o juiz contemplou no fenômeno processual a utilidade desse conhecimento extrajudicial. E como meios de

---

1584 "Las máximas de experiencia son utilizadas en la actividad procesal practicamente en todos los campos donde cabe hablar de juicio jurídico-procesal. El propio Stein destacaba ya su cuádruple función: *a*) En la actvidad de apreciación de los medios probatórios, inclusos como basamento para la preceptuación de reglas legales de valoración de los mismos; *b*) En la construcción de las presunciones judiciales [...]; *c*) En la formación de la sentencia [...]; *d*) En la exégesis e integración de aquellas definiciones legales ou conceptos jurídicos abiertos que requieren ser completados en atención a la noción de lo consuetudinário, a la naturaleza de la relación jurídica y de las cosas" (CABAÑA GARCIA, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Estudios Trivium Procesal, 1992, p. 58).

1585 Cf. GOMES FILHO, 2001, p. 165.

1586 As regras de experiência são "juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados *em abstrato* por qualquer pessoa de cultura média. Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos" (SANTOS, 1991, v. 2, p. 337, grifo do autor).

1587 Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 199.

1588 Essas regras de vida são verdadeiras "noções ou conhecimentos adquiridos pelo juiz, ao longo de sua experiência profissional, social e prática, lastreados na observação de casos particulares, segundo o que ordinariamente acontece. [...] os conhecimentos hauridos pelo juiz ao longo do tempo ajudarão a compreender melhor os laudos periciais e a interpretar adequadamente os documentos exibidos pelas partes, para deles retirar elementos de convicção sobre os fatos discutidos nos autos" (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61-63).

justificação as máximas podem servir de um importante instrumento de ligação entre as diversas fases do raciocínio deduzido pelo juiz[1589].

Com redobrada cautela em sua utilização, as máximas são exímias ferramentas para auxiliar o juiz a espancar a dúvida sobre algum fato[1590]. É bom ressaltar que nem todas as máximas de experiência são dotadas da mesma eficácia explicativa[1591], ficando a cargo do magistrado a sua adequação ao que pretende fundamentar.

Uma das críticas de maior relevo na utilização das máximas de experiência aponta para o fato da impossibilidade de sua convivência no sistema do livre convencimento, isso porque, em tal sistema, a avaliação da prova obriga a autoridade judicial arrazoar a sua decisão com base em fatos processuais, além do que o juiz é livre para crer ou não no conjunto probante, não podendo afastar-se deste pela invocação de uma máxima qualquer[1592].

Contudo, tal crítica parece estar fadada ao vazio, uma vez que o ordenamento brasileiro não impõe restrição alguma à utilização das regras de vida, porque não despreza o lado humano de quem julga e também porque não há tarifação ou hierarquia de prova no processo penal, com a exceção anotada em relação à prova quanto ao estado de pessoas.

A liberdade de convencimento é a possibilidade do magistrado amplamente formar o seu convencimento a partir das provas que estão carreadas no processo[1593]. A forma pela qual atingirá suas conclusões não é limitada pela lei, frisando sempre

---

1589 Cf. GOLDSCHMIDT, 2002, p. 106.

1590 "La crítica de conjunto de los elementos de prueba, de que el juez puede valerse en el proceso, [...] puede, en verdad, ser insuficiente para formar su convicción, de modo que el considere sin más fundada la demanda de una parte contra la outra, pero puede ser que baste para dictar al juez un criterio para la decisión del caso dudoso. En la una de las hipótesis, la regla de experiencia no es suficiente para alcanzar aquel grado de persuasion, que el juez considera necesario, a fin de poder emitir sin más una decisión; en la outra, en cambio, la regla de experiencia, al limitarse a declarar más verosimel la una solución que la otra, permite el pronunciamiento en cuanto al fondo, aun subsistiendo la situación de duda, y evitando así un 'non liquet'" (MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Themis, 1989, p. 271).

1591 Cf. IBAÑEZ, 1996, p. 27.

1592 Cf. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO; LEVENE, s.d., p. 24.

1593 Cf. LEONE, 1961, p. 61.

que deve demonstrar a utilização de um raciocínio lógico e fundamentado no discorrer de suas razões no ato decisório, proporcionando a todos a forma pela qual ocorre a prestação jurisdicional[1594].

Quando o magistrado entende pela admissibilidade acusatória, prolatando a decisão de pronúncia, deve ter redobrada cautela caso tenha que se socorrer de alguma regra situada no campo das máximas da experiência, como um conhecimento extrajudicial, por exemplo.

Isso porque não deve restar nenhuma dúvida acerca da regra que está sendo aplicada na fundamentação daquele ato decisório sob pena de representar uma atitude arbitrária da autoridade judicial, que pode resultar no injusto encaminhamento do acusado a julgamento pelo júri quando o caso sugeriria outra decisão, por exemplo.

Embora não haja impedimentos legais ao magistrado para invocar as máximas da experiência na fundamentação da pronúncia, é de se ressaltar que o próprio ordenamento de processo penal[1595] exige a certeza da materialidade delitiva calcada em prova inequívoca, ou seja, robusta, inconteste e objetiva. Também exige, como segundo requisito da pronúncia, a prova indiciária acerca a autoria ou participação do acusado.

Em decorrência do exposto e tendo em vista a peculiaridade da decisão de pronúncia – esta que não se dirige ao mérito, mas ao direito de acusar – é de boa técnica a fundamentação dessa decisão em termos precisos, pautados exclusivamente nos eventos processuais, declarando o magistrado como se formou o raciocínio, além de deixar claro o liame existente entre o conjunto probatório apurado na instrução preliminar e a admissão da acusação formulada contra o réu, enviando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri.

[1594] "A convicção decorre não só das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do convencimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais" (ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 62, p. 370).

[1595] Como preceitua o artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

5.4.6 A utilização dos indícios

A compreensão do fenômeno da influência da prova indiciária na formação do convencimento do magistrado não é uma abstração teórica somente. Requer não só a ciência acerca dos efeitos que podem ser produzidos por essa modalidade de prova quanto o permissivo da norma legal para a sua utilização no âmbito do processo penal.

Uma das prováveis classificações didáticas para o estudo da prova é aquele que a analisa sob duas modalidades, quais sejam: as provas históricas e as críticas[1596]. Talvez um dos maiores atributos da intitulada prova histórica seja a sua capacidade de representar um fato a partir de outro fato, como é o caso do teor de um documento que pode atestar quanto à existência de uma relação jurídica ou, ainda, o depoimento de uma testemunha acerca de um fato por ela presenciado.

A denominada prova crítica, também denominada de prova indiciária[1597], não tem como atributo representar um fato, uma vez que ela não tem o liame direto com o fato que se deseja comprovar.

As conclusões a serem extraídas da prova indiciária, ao contrário da prova histórica, são indiretas, carecendo da utilização de um procedimento da lógica para atingir seu desiderato. Nesse ponto distingui-se a presunção[1598] de um fato do indício de um fato[1599].

[1596] Cf. MARQUES, *Manual de direito processual civil*, 1997, p. 85.

[1597] "Fala-se em 'provas indiciárias' quando somente indiretamente se conclui sobre matérias relevantes de prova, partindo-se de um ato direto anterior [...] O valor probatório da prova indiciária em geral não é inferior ao da prova direta, pois há até mesmo provas indiciárias extraordinariamente seguras, garantidas, sobretudo, pela natureza irrepreensível do método científico de esclarecimento dos fatos, adotado pela criminalística. Mas, é para se observar na prova indiciária muito estritamente as conclusões do que conduziu à prova" (FEU ROSA, 1999, p. 281).

[1598] "Presunções são conseqüências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido" (SANTOS, 1991, p. 499).

[1599] "Indício, portanto, é o fato conhecido (o fato de ser ébrio habitual, o fato de o filho ter sido concebido na constância do casamento); presunção é a operação intelectual que liga esse fato a outro (ao fato de ser perigoso, ao fato de ser pai) e, por uma figura de semântica, o próprio fato presumido: o indício é então o fato indicativo; a presunção, o fato indicado" (TORNAGHI, 1978, p. 439).

Os indícios são estudados também sob o ponto de vista de uma classificação que se dispõe a estudar a prova em razão da causa dos atos. Por tal sistemática a modalidade de prova pode ser entendida em sua natureza como consequência de uma das seguintes causas: eficiente, material, formal ou final[1600]. Nesse patamar a prova indiciária é fato permanente, anterior e externo ao processo e que serve como premissa idônea para que se determine o fato pretendido em juízo.

No entanto, os registros históricos demonstram que os indícios foram, durante algum tempo, estudados de acordo com a sistemática que entendia que os elementos de prova possuíam uma de duas possíveis naturezas: artificiais ou oblíquas, em contraposição às denominadas provas inartificiais ou diretas[1601]. Entendiam-se os indícios como provas artificiais[1602], uma vez que resultantes dos argumentos extraídos dos fatos certos e provados para chegar-se à demonstração do fato duvidoso.

O Código do Processo Criminal de Primeira Instância, publicado em 29 de novembro de 1832, preconizava que os indícios correspondiam a todas as circunstâncias que tinham conexão com o fato mais ou menos incerto que se procurava provar[1603]. E esse entendimento vigorou até o advento do Código de Processo Penal do Distrito Federal, este que atribuiu ao indício o predicado de ser a circunstância ou fato conhecido e provado, do qual se induz a existência de outro

---

[1600] "Em razão da causa material, visto que só os *factos* são a materia *circa quam* da prova judiciária, a prova póde ser de *facto permanente* ou de *facto transeunte* [...]. Em razão da causa formal, a prova póde ser *litteral*, *vocal* e *muda*. Prova *litteral* é a que resulta dos instrumentos escriptos ou impressos. Prova *vocal* é a que resulta dos depoimentos das partes e testemunhas e das informações de peritos, sendo que estas também podem ser dadas litteralmente. Prova *muda* é a que resulta da inspecção ocular, dos indícios, e, em geral, das presumpções. [...]. Em razão da causa final, que é a certeza do juízo, a prova póde ser *plenissima*, *plena*, ou *semi-plena*. Prova *plenissima* é a constituída por um instrumento solemne e autentico, lavrado por um official de fé pública; prova *plena* é aquella que faz tanta fé quanto basta para terminar a controversia; prova *semi-plena* é aquella que produz alguma fé, mas não tanta que possa levar o juiz a proferir sentença" (ALMEIDA JÚNIOR, 1918, v. I, p. 205-206, grifo do autor).

[1601] "Efectivamente, directa es la prueba 'cuando de las constataciones empíricas puede llegar el juez, en forma inmediata, a las proposiciones de hecho que deben servir de base a su decisión' [...]. La prueba indirecta concierne a los indicios" (LEONE, 1961, v. II, p. 175).

[1602] "A prova *inartificial*, também chamada de *directa*, é aquella que se contem nos mesmos instrumentos ou testemunhos. A prova *artificial*, ou *oblíqua*, é aquella que, por meio do raciocínio, deduzimos dos instrumentos ou testemunhos. A prova *inartificial* chama-se *directa* [...] porque directamente demonstra o facto incontroverso" (ALMEIDA JÚNIOR, 1918, v. I, p. 205-206, grifo do autor).

[1603] Cf. BUENO, 1922, p. 120.

fato ou circunstância de que não se tenha prova, demonstrando o legislador a intenção de permitir a utilização desse meio de prova no processo penal[1604].

Com a edição do Decreto-lei n. 167/1938, no que tange aos requisitos para a pronúncia, passou-se a exigir tão somente a presença de indícios de autoria do crime, suprimindo o adjetivo *veementes*, tradicionalmente utilizado para esse ato judicial. A par de todas as ácidas críticas continuou a se observar na *praxis* forense a invocação de seguros indícios de autoria como um dos requisitos autorizadores da pronúncia do acusado, completando a lacuna legal[1605].

Entendidos sob várias matizes, certo é que os indícios se destacam pela sua presença numa maior categoria de provas conhecidas sob a alcunha de provas indiretas[1606], as quais tem em seu rol também as presunções e as suspeitas. A partir da invocação de uma das modalidades de prova integrantes desse grupo o raciocínio que deve ser empreendido pelo magistrado é o de sempre partir de um parâmetro conhecido ou suposto – fato alheio ao processo e provado – para atingir o fato processual que se deseja provar[1607].

Não sendo considerada prova direta[1608], o indício representa um fato conhecido e que pode ser provado, do qual, por uma metodologia que se arrima no raciocínio lógico, pode o magistrado atingir conclusões seguras acerca de outro fato que se queira conhecer, possibilitando, dessa forma, a elaboração de sua decisão

---

1604 De acordo com o artigo 282 do Código de Processo Penal do Distrito Federal.

1605 "Indícios veementes, pois, e não simples indícios, porque isto constituiria a entrega de uma arma perigosíssima ao juiz e faria continuadamente periclitante a liberdade e a honra do cidadão. [...] Nenhum magistrado, culto e compenetrado de suas responsabilidades constantes, seria capaz de pronunciar alguém por simples suspeita vaga, incerta, por simples indício duvidoso e sem obedecer àquela conexão com o fato provando" (FRANCO, 1956, p. 88).

1606 "A prova direta orienta-se no sentido de demonstrar a ocorrência dos elementos típicos de uma norma que se quer aplicar [...]; a indireta objetiva outros fatos, estranhos à tipicidade da norma aplicada" (TORNAGHI, 1991, v. I, p. 271).
A prova indireta "é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o *fato conhecido*" (SANTOS, 1991, p. 497, grifo do autor).

1607 Cf. NORONHA, 1969, p. 95-98.

1608 Dessa forma "la prueba es **directa** cuando el objeto de la misma (*factum probans*) coincide con el hecho fundamental a probar (*factum probandum*), e **indirecta** cuando el hecho al que se refiere el objeto de prueba (*factum probans*) no coincide con el hecho que constituye el objeto fundamental que há de probarse (*factum probandum*), sino que sólo se aproxima a él y se convierte, por así decirlo, en elemento de prueba subalterna" (FLORIAN, 1934?, p. 328, grifo do autor).

acerca do fato objeto da demanda. Dessa forma mostra a prova indiciária a sua utilidade para o processo penal[1609].

Nesse prisma são os indícios sustentações probatórias indiretas que partem do conhecido para atingir o desconhecido, por intermédio de uma relação de causalidade[1610]. Destinam-se, portanto, a demonstrar os fatos secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal[1611].

O ordenamento brasileiro acolhe a utilização da prova indiciária[1612] ao longo dos procedimentos estabelecidos para o processo penal[1613]. Conforme exposto anteriormente, pela sistemática adotada pelo ordenamento nacional as diversas espécies de prova são relativas e não existe hierarquia entre elas, aplicando-se integralmente esse raciocínio para os indícios no processo penal.

É indubitável que o magistrado por força da motivação da decisão de pronúncia está autorizado a utilizar a prova indiciária[1614]. No entanto, a exemplo do disposto em outros ordenamentos[1615], deve a autoridade judicial tomar a cautela devida, uma vez que a presunção e o indício se afastam da realidade do fato

---

1609 "Chama-se indício todo rasto, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou seja, devidamente provado, suscetível de conduzir, por inferência, ao conhecimento do fato desconhecido" (SANTOS, 1991, v. I, p. 497).

1610 Cf. CARNELUTTI, 2004, t. I, p. 305.

1611 "Os *indícios* são provas *indiretas* e provas *críticas* (ou provas de caráter *lógico*, como dizem outros); e isto porque o *factum probans* não coincide, como na prova direta e na prova histórica, com o *factum probandum*. A prova, quando indiciária, deriva da demonstração de um fato que não compõe o *thema probandum*, mas que abre caminho para se chegar a êste. [...] O indício tem como ponto de partida um fato provado. Por essa razão, fonte dos indícios podem ser as várias provas diretas em que possa descansar a demonstração desse fato" (MARQUES, 1965, v. I p. 375-376, grifo do autor).

1612 "Na terminologia processual mais moderna, essa expressão deve ser entendida como uma espécie do gênero *prova*, a *prova indireta* (ou *prova crítica*), em contraposição à noção de *prova direta* (ou *prova histórica*), segundo uma distinção que não está fundada na eficácia persuasiva, mas sim na relação entre o *fato a ser provado* no processo e o *objeto da prova*. [...] Não há, portanto, uma diferença ontológica ou estrutural entre *prova direta* e *prova indireta* (ou *indício*), mas tão-só uma distinção fundada na relação entre o fato que cada uma delas permite conhecer e o *thema probandum*" (GOMES FILHO, 2001, p. 167-168, grifo do autor).

1613 Artigo 239/CPP. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

1614 Na disposição expressa do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

1615 "Si tratta, in primo luogo, di un elemento processuale costantemente indicato come 'critico' o 'indiretto', un veicolo per sé intransitivo, un fato 'muto', 'esterno', inidoneo a qualificare immediatamente qunato investigato, ma comunque *certo* del punto di vista cronológico-materiale, inconciliabile con un profilo di mera ipoteticità" (BONETTI, Michele. *Gli indizi nel nuovo processo penale*. L'indice penale, Padova: Edizione CEDAM, ano XXIII, p. 487-583, jan./abr. 1989, grifo do autor).

processual e apenas por força do raciocínio lógico e da presença de determinados requisitos é que podem operar na formação do convencimento[1616].

5.4.7 A prova emprestada no juízo acusatório

A produção da prova ocorre no âmbito dos autos, nas fases investigativa e instrutória. Não é diferente no processamento das infrações penais dolosas contra a vida, da competência do júri. Após o recebimento da denúncia ou da queixa o magistrado administra os atos da instrução preliminar para, ao final desta fase, decidir-se por uma das providências estabelecidas nos artigos 413, 414, 415 ou 419/CPP, todos com redação ofertada pela Lei n. 11.689/2008.

No ordenamento de processo penal brasileiro não há vedação expressa à introdução de um elemento de prova que tenha sido produzido em juízo estranho àquele em que tramitam os autos processuais. Quando esse fenômeno processual ocorre a doutrina corriqueiramente denomina-o de *prova emprestada*[1617]. Assim, considera-se prova empresta toda prova que foi produzida no âmbito de um processo alheio – juízo de origem – àquele em que se discute a causa – juízo de destino[1618].

[1616] "Para que pueda hacerse la reconstrucción de una incidencia judicial a través de los indicios, es necesario: 1) que el indicio sea cierto, y no meramente hipotético; [...] 2) que la deducción del hecho desconocido del hecho conocido entre en un procedimiento lógico que se inspire en el máximo rigor y en la más absoluta corrección [...]; 3 a los fines de un correcto, riguroso y controlable procedimiento lógico de deducción de un hecho desconocido de otro hecho conocido, se impone, sobre todo, la exigencia de la concordancia de los indicios" (LEONE, 1961, v. II, p. 164-165).

[1617] A prova emprestada "consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentam" (TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 91, p. 93, jul./set. 1998).

[1618] "Entende-se por *prova emprestada* aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos neste; ou ainda, na definição clássica, aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão (BENTHAM). Quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam [...]. Pode-se afirmar, no entanto, que seu valor probante é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo. Aplicam-se à prova emprestada os princípios constitucionais que regem a prova em geral" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 122-123, grifo do autor).

A análise da prova emprestada[1619] ocorre com as mesmas ponderações que são válidas para a análise da prova em geral. Pelo dinamismo que assume o processo penal, impulsionado por uma necessidade social cintilante, entendeu por bem o legislador não vedar a utilização pelo magistrado dessa modalidade de prova porque, como é o destinatário principal da prova, cabe a ele avaliar e decidir quanto a sua conveniência e utilidade para servir de lastro para o ato decisório.

Também não há restrição legal quanto ao juízo de origem da prova emprestada. Ela pode, por exemplo, advir tanto do juízo cível como de um outro juízo criminal. A sua introdução no novo juízo deve estar cercada das mesmas cautelas evidenciadas para as demais modalidades de prova. Quanto à forma que pode assumir, admite-se qualquer uma das modalidades permitidas na lei (depoimento de uma testemunha, exames periciais, confissão, etc.)[1620], havendo opinião no sentido de somente aceitá-la na modalidade escrita, ou seja, como prova documental[1621].

O valor da prova emprestada quando da análise do magistrado é também relativo: uma vez sendo aceita e contraditada no processo em que se decide, recebe a mesma atenção e o dever de ser analisada livremente pelo magistrado isoladamente e em conjunto com as demais provas existentes nos autos. Ao final deve ser também motivada juntamente com as demais[1622].

[1619] "A trasladação de provas de um processo para outro (a chamada *prova emprestada*) é outra questão ligada ao contraditório. Para COUTURE, a '*prova emprestada*', antes que assunto sôbre forma processual da prova, constitui '*um problema de garantías del contradictorio*'; por isso, ensina o que segue: 'Quando tenha sido possível o contraditório, a prova deve reputar-se válida', carecendo, porém, 'de valor de convicção' em caso contrário. Essa é, sem dúvida, a opinião acertada, pelo que sòmente quando produzida contraditòriamente é que a prova emprestada tem, como quer VITO GIANTURCO, o valor, para o livre convencimento do juiz, de início *ad condemanndum*. Do contrário, vigora o princípio medieval de que vale apenas como indício para prova instrutória (indício *ad inquirendum*), visto que *acta facta in uno judicio in alio fidem non facitum*" (MARQUES, 1965, v. I, p. 307-308, grifo do autor).

[1620] "A prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, pode ser trasladada para outro, por meio de certidão extraída daquele" (SANTOS, 1991, p. 365).

[1621] Cf. CARRARA, 2003, p. 55.

[1622] "Na verdade, a prova emprestada, como todas as espécies de provas, é sujeita à avaliação e vale pelo poder de convencimento que carrega. Tanto poderá, por si só, convencer, como poderá cooperar no convencimento, quando mais não seja, pelo seu simples valor argumental, como ainda poderá ser considerada inteiramente ineficiente, tudo dependendo das condições objetivas e subjetivas que apresenta, das partes nela interessadas, do caráter do fato probando, da natureza do processo, enfim das circunstâncias que influem na avaliação e estimação das provas" (SANTOS, 1955, v. 1, p. 314).

Quanto às cautelas específicas que devem ser tomadas pelo magistrado no concernente à prova emprestada é de se observar que o preceito constitucional do devido processo legal impõem a submissão de qualquer modalidade de prova ao crivo da ampla defesa e do contraditório, participação das partes na formação do convencimento do magistrado através de suas argumentações acerca da prova que se origina em outra causa[1623].

A atitude judicial que dispensa a prova emprestada do contraditório faz com que a essa não seja apta a produzir efeitos endoprocessuais[1624]. É importante ressaltar que a submissão da prova emprestada ao contraditório no juízo de destino não significa contestar essa modalidade e atribuir desconfianças infundadas acerca da sua produção no juízo original[1625].

A própria sistemática jurídica adotada no Brasil impõe como condição anterior à avaliação da prova sua submissão às exigências constitucionais e processuais, não podendo o magistrado no juízo destino furtar-se a tal entendimento[1626].

[1623] "O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 305).

"As provas produzidas perante outras autoridades hão de ser confirmadas ou ratificadas em Juizo, salvo quando devendo ser colhidas fora da jurisdição, forem requisitadas ou rogadas pelo respectivo Juiz" (FARIA, 1942, v. I, p. 213-214).

[1624] "A prova emprestada é aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado. [...] A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja conseqüência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes" (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p. 611-612).

[1625] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 220.

[1626] "Por isso mesmo, o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido *produzida em processo formado entre as mesmas partes* ou, ao menos, em processo em que tenha *figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova*. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário. [...] enquanto juiz constitucionalmente competente para processar e julgar (art. 5.º, LIII, da CF), exige que o contraditório seja exercido perante este. A rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 123, grifo do autor).

Com relação à existência de uma vinculação do convencimento do magistrado no juízo em que se analisa a prova emprestada ao que foi decidido nas províncias do processo de origem, é pacífico o entendimento que pelo sistema do livre convencimento adotado no Brasil não estão atrelados os juízos – destino e origem – a atingirem uma mesma conclusão acerca do conteúdo da prova emprestada[1627].

Tanto que os critérios e estrutura de raciocínio são variados entre os juízos e, analisando a prova sob angulação diversa, é normal o resultado caso atingidas conclusões distintas entre si. O objetivo da prova emprestada na seara da instrução preliminar é informar o juízo de acusação acerca de um fato ou circunstância que pode ter representatividade no bojo em que se discute o direito de acusar.

De posse dessa modalidade de prova, deve o juiz instrutor realizar o contraditório e inseri-la no contexto das demais modalidades existentes nos autos porque, uma vez contraditada e observadas as cautelas, essa prova passa a integrar o arcabouço probante dos autos de destino. Sua valoração para efeitos da decisão de pronúncia, no mais, segue os critérios e ponderações alhures anotados.

5.5 Requisitos para a pronúncia

O procedimento escalonado do Tribunal do Júri alberga fases em que a acusação é concebida por etapas, de modo progressivo. Na fase do juízo de acusação o mote é a análise do direito de acusar, ao passo que na etapa do juízo de mérito todo o procedimento se volta para a análise do direito de punir do Estado, a aplicação de uma sanção estatal em caso de comprovação de responsabilidade do

[1627] Dessa forma "o juiz da nova causa, entretanto, dará à prova emprestada o valor que merecer, não estando obrigado a conferir-lhe a interpretação e solução que foi dada pelo juízo originário, ficando adstrito somente à eficácia da coisa julgada civil ou penal" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 156).

acusado após haver a deliberação dos jurados no sentido da confirmação da acusação formulada no seio dos autos[1628].

Nos quadrantes da existência dessa característica singular no rito especial do júri, o ordenamento de processo penal estabelece diversos graus de certeza para a prolação das decisões que encerram as etapas formadoras do citado procedimento. E cada um dos níveis de certeza imposto pela lei está relacionado em proporção direta à consolidação da acusação no juízo penal[1629].

Ao posicionar-se pela pronúncia o magistrado deve ter um nível de certeza diferente daquele que deve ter o jurado quando da votação dos quesitos referentes ao mérito da causa. O magistrado pronunciante não adentra nas raias da análise da culpabilidade do acusado porque essa avaliação é restrita ao Conselho de Sentença após o encaminhamento do réu a julgamento pelo júri. Na pronúncia o magistrado analisa o fato e deve vislumbrar certeza inquestionável de sua ocorrência.

A cognição do magistrado na pronúncia não pode ser ampla de modo a analisar a culpabilidade do acusado e, também, não pode ser exauriente de forma a esgotar a matéria inibindo a atuação do juízo natural para o mérito da causa que é, nas infrações dolosas contra a vida, o Tribunal Popular. Separadas as atividades de ambos os juízos não resta dúvida que também está dividido o grau de certeza que incide sobre cada qual.

Nesse sentido o acerto da legislação de processo penal em estabelecer como necessários para que o magistrado prolate a decisão de pronúncia dois fundamentos

---

1628 "Vê-se, portanto, que onde há o juízo prévio da formação da culpa, ou instrução preliminar, a ação penal e a acusação que lhe é conexa formam-se, paulatina e progressivamente, mediante integração escalonada de seus elementos constitutivos" (MARQUES, 1963, v. I, p. 229).

1629 "A probabilidade procura os motivos convergentes e divergentes, e os julga todos dignos de serem tomados em conta, se bem que mais os primeiros e menos os segundos. A certeza acha, ao contrário, que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração e por isso afirma. Esta afirmação surge para o espírito humano como correspondente à verdade; e a certeza que dela deriva, como qualquer outra certeza, não é senão a consciência da verdade. [...] necessário, isto é, para que se possa pronunciar condenação com justiça; não bastaria a simples probabilidade. Desde que se encontre um motivo para não crer digno de ser tomado em conta, falta a certeza, e não se pode condenar" (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad.: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, v. I, p. 65).

legais[1630], quais sejam: o convencimento acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado nos fatos sustentados na peça acusatória.

A existência do fato deve ser certa porque restou provada no juízo da acusação, ao passo que a autoria ou participação deve ser mera suspeita porque passível de ser provada no juízo da causa.

Para que o réu seja conduzido a julgamento pelo plenário do júri sem correr o risco de ser acusado de um fato inexistente deve na pronúncia o magistrado ter a certeza inequívoca da ocorrência do mesmo, assim como identificar no conteúdo dos autos suficientes indícios que apontem no sentido do acusado ser o autor ou, ao menos, partícipe dos fatos narrados.

Caso não ocorra um desses dois requisitos legais outra decisão deve ser prolatada nessa fase do procedimento[1631]. Dessa forma, não se convencendo que seja o caso de pronunciar o acusado, o magistrado inibe o risco de uma reunião do conselho popular para apreciar um caso nitidamente inconsistente[1632].

Nunca é demais ressaltar que os fins sociais a que se destina o controle da admissibilidade acusatória, através da decisão de pronúncia, é evitar que as causas carentes de provas sejam remetidas para uma fase posterior de julgamento conduzindo o réu a um campo de incertezas e com alta probabilidade de haver injustiças na análise do mérito. Daí se vislumbrar a pronúncia como um filtro que se coloca entre o direito de acusar e o direito de punir.

[1630] Na liturgia do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1631] "Para a pronúncia, tem de ser certa a existência do crime e provável a autoria imputada ao réu. Se apenas provável a existência do crime, não pode haver pronúncia; e o mesmo se verifica quando *tão-só possível* autoria que ao denunciado se atribui. [...] infere-se que a impronúncia se torna imperativa tôda vez que se não fizer prova do fato típico que a denúncia atribui ao réu, através da imputação que nela se contém. [...] Cabe, portanto, em todos êsses casos, a sentença de impronúncia por inadmissibilidade do *jus accusationis*. O réu, com isso, não é absolvido sumàriamente, mas desligado do processo, pela *absolutio ab instantia*, em virtude de ser inadmissível, na espécie, o direito de acusar" (MARQUES, 1963, v. I, p. 224-227, grifo do autor).

[1632] "Faltando qualquer uma dessas duas condições essenciais, a pronúncia não poderá ser decretada, devendo ser o acusado impronunciado por falta ou insuficiência de provas" (ROSA, 1982, p. 504-505).

5.5.1 A certeza da materialidade do fato

O Código de Processo Criminal do Império estabelecia que um dos pressupostos para que o juiz pronunciasse o acusado era convencer-se da existência do delito[1633]. O Código de Processo Penal – Decreto-lei n. 3.689/1941 – em sua redação original estabelece que o magistrado deve estar convicto da existência do crime como um dos requisitos necessários para prolatar a pronúncia[1634].

A Lei n. 11.689/2008 que reformou o procedimento do Tribunal do Júri apresenta como um dos pressupostos fundamentais autorizadores da decisão de pronúncia a prova da materialidade do fato[1635]. Esta se resume na demonstração da existência da infração penal imputada ao acusado, nada mais. Logo, o primeiro requisito para sustentar a pronúncia é a prova da existência do fato.

No tocante a esse primeiro requisito para a prolação da pronúncia a referida legislação reformadora alterou a redação anterior. Na estrutura original do Código de Processo Penal o artigo 408 anunciava que o juiz deveria estar convencido da existência do *crime*.

Após a aludida reforma os requisitos da pronúncia estão tratados no Código de Processo Penal na estrutura do artigo 413, o qual em sua primeira parte anuncia que o juiz deve estar convencido da materialidade do *fato*[1636].

[1633] O Código do Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, estabelecia na Parte Segunda (*Da fórma do processo*), Título II (*Do processo summario*), Capítulo IV (*Da formação da culpa*), no corpo do artigo 144 que "se pela inquirição das testemunhas, interrogatório ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denúncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento".

[1634] Artigo 408/CPP. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

[1635] Artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação.

[1636] "A lamentar resta o descuidodo legislador ao usar o termo 'materialidade do fato' ao referir-se, obviamente, à 'existência do fato'. Acontece que o termo legal diz com a prova material, com seu desenho físico [...] e, por isso mesmo, tratando dos fatos que deixam vestígios" (NASSIF, 2009, p. 56).
Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 457.

A nova redação ofertada ao artigo ficou mais adequada aos desideratos da decisão de pronúncia na sistemática do procedimento do júri. Isso porque o propósito dessa decisão é o de analisar a admissibilidade da acusação e não a culpabilidade do acusado.

Dessa forma, se ao fundamentar a pronúncia fosse imposto ao magistrado o convencimento acerca da existência do crime[1637], então deveria ele analisar detidamente um dos elementos que compõe a estrutura do crime, qual seja, a culpabilidade[1638].

E está claro que a culpabilidade do réu não pode ser analisada ao final da instrução preliminar estando o magistrado convencido da pronúncia. O tribunal natural para a análise da culpabilidade do acusado é o plenário do júri, o qual deve deliberar acerca da reprovabilidade da conduta do réu[1639] julgando o mérito da causa ao final. Aí o acerto da redação proporcionada pela legislação reformadora porque ajusta o primeiro requisito da pronúncia – a prova da existência do fato[1640] – aos fins dessa decisão – a admissibilidade acusatória.

A existência do fato não implica na existência do crime, uma vez que há a possibilidade de incidência das excludentes penais[1641]. O que o juiz deve analisar para efeitos de pronúncia é a existência do fato em si, remetendo a discussão acerca da culpabilidade do acusado para o júri.

[1637] "Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Esta definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra, mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. [...] parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: a ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável" (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80).

[1638] O agente da conduta é reprovado "por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar em conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei [...] a culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente" (REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 85-87).

[1639] "Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente" (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 136).

[1640] "O fato material não é outro senão o efeito físico da ação criminosa, no qual se concretiza objetivamente a figura física do delito, bem como a essência do fato" (MALATESTA, 1960, v. I, p. 171).

[1641] "A existência do fato criminoso não é certamente a de uma entidade abstrata, mas a do crime no seu aspecto objetivo" (ROSA, 1982, p. 505).

Exige a lei a certeza[1642] inconteste acerca da ocorrência do fato, com provas substanciais e inequívocas que o comprovem e tenham servido de base para o processamento do acusado. Em outras palavras, prova incontroversa da existência do fato é a exigência legal para que seja atestado um dos fundamentos autorizadores da decisão de pronúncia. Nesse contexto preservou-se o princípio da *inflexibilidade da análise da prova* em relação à existência do fato objeto do processo[1643].

No que se refere à primeira parte do artigo 413/CPP – o convencimento do magistrado acerca da materialidade delitiva[1644] – deve estar claro que as conclusões da autoridade judicial acerca da existência do fato somente podem ser alcançadas se houver, antes, a valoração das provas carreadas para os autos. Não há como atingir uma conclusão que deve, por imperativo legal, envolver *certeza* se não houver, antes, a avaliação individual do elemento de prova e o seu confronto com as demais provas existentes.

Importante ponto reside ainda nesse contexto. Da leitura do dispositivo supracitado percebe-se que o convencimento do magistrado acerca da existência do fato não pode estar calcado em dúvida ou imprecisões[1645]. Daí merecer acolhida a nota de que o convencimento judicial não pode advir somente de impressões pessoais, subjetivas, mas, deve ter lastro em prova da materialidade do fato. Portanto, o convencimento do juiz deve ser objetivo para esse primeiro requisito, tendo respaldo na certeza e segurança da existência do fato[1646].

[1642] A certeza apresenta dois significados fundamentais: "1.º segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; 2.º garantia que um conhecimento oferece da sua verdade [...]. Os dois significados nem sempre constituem alternativas excludentes, mas freqüentemente são complementares. Todavia, no pensamento clássico prevalece o segundo significado, o objetivo, e a garantia a que se faz alusão é a solidez ou a estabilidade do conhecimento verdadeiro" (ABBAGNANO, 2003, p. 131).

[1643] Em relação à inflexibilidade da análise da prova "o juiz não tem arbítrio para reconhecer existente um crime que não ocorreu. Precisa munir-se da certeza absoluta de sua realidade, com pleno conhecimento sobre a existência fenomênica do delito" (AQUINO; NALINI, 1997, p. 261).

[1644] "A 'materialidade do fato', nesse contexto, significa os aspectos objetivos do tipo de crime (tipicidade), como a conduta (objetivamente considerada), elementos objetivos, sujeito passivo (objetivamente considerado), objeto material (ou da ação), resultado e nexo de causalidade" (FEITOZA, 2009, p. 506).

[1645] Para comprovar a materialidade delitiva exige-se "prova plena da existência do fato criminoso, não bastando, por conseqüência, indícios mesmo palpáveis, presunções mesmo veementes" (ROSA, 1982, p. 505).

[1646] "O convencimento é objetivo (a materialidade resta induvidosa). A valoração da prova é que pode ser subjetiva (melhores são estas provas; piores são aquelas)" (NUCCI, 2008, p. 62).

Em estreita síntese nota-se que no processamento das infrações penais dolosas contra a vida, da alçada do Tribunal do Júri, o comando legal exige a prova da materialidade do fato como condição para que o magistrado pronuncie o acusado.

A ausência nos autos do elemento de prova que seja hábil para sustentar a existência do fato fere mortalmente a pronúncia, acarretando a inconsistência da decisão que tenha admitido a acusação nestes termos.

5.5.2 A qualidade da prova da materialidade delitiva

No que toca à qualidade da prova que assegure a materialidade delitiva e que deva ser invocada pelo juiz para a fundamentação da pronúncia não reserva o ordenamento de processo penal nenhuma particularidade ou distinção em relação à prova que deve ser utilizada pelo magistrado quando da fundamentação de uma decisão definitiva de mérito[1647].

Conforme salientado anteriormente a prova destina-se à formação da certeza, refletindo a verdade objetiva para o julgador. Assim, o convencimento judicial deve ser extraído da valoração dos elementos de prova contidos nos autos.

Em relação ao conteúdo ou objeto que é a substância probatória as provas podem ser divididas em duas modalidades: provas diretas e indiretas[1648]. Na primeira

---

[1647] "A prova do crime, que se exige para a pronúncia, não é diversa da prova que se exige para a condenação. O que diversifica uma de outra é o *thema probandum*: na pronúncia, basta a prova do fato típico, enquanto que na condenação é necessário que se prove a existência do crime na totalidade de seus elementos constitutivos" (MARQUES, 1963, v. I, p. 225).

[1648] "As provas, portanto, como tais, para se classificarem quanto ao objeto, são consideradas relativamente a verdade concreta que se deseja verificar, e a serviço da qual são chamadas a funcionar. É nesta relação das provas com a verdade, objeto de verificação, que assenta o seu critério objetivo, destinado a classificá-las segundo a sua natureza substancial. [...] Portanto, para a prova do crime na sua totalidade, não há prova direta que não se apresente com um misto de prova indireta. [...] Mas, se afirmamos que não existe prova direta sem um misto de indireta, compreender-se-á que, ao contrário, a prova indireta pode apresentar-se sem parcela alguma de prova direta" (MALATESTA, 1960, v. I, p. 155-167).

modalidade a conclusão é extraída imediatamente através do contato com a mesma, ao passo que na segunda para atingir o ponto conclusivo deve o julgador formular um raciocínio mais depurado[1649].

É assente o entendimento de que a materialidade do fato, no âmbito da decisão de pronúncia, pode ser obtida diretamente através do exame de corpo de delito[1650] ou, também, de modo indireto através da oitiva das testemunhas[1651], sendo que tanto num caso, como no outro, permanece o dever do magistrado de fundamentar sua aceitação e o propósito da prova que se aceita.

O exame de corpo de delito[1652] nas infrações dolosas contra a vida geralmente é obtido através do exame de necropsia[1653], no qual peritos examinam o cadáver e atestam as condições gerais e específicas da ocorrência do evento morte[1654]. Na impossibilidade da realização do exame de corpo de delito é aceita a prova testemunhal[1655].

Essa modalidade de prova leva o magistrado a analisar o conteúdo do laudo pericial e formar o seu livre convencimento[1656] o qual, por razões da sistemática

---

[1649] "Logo, na prova direta a conclusão é imediata e objetiva, resultando apenas da afirmação; na prova indireta exige-se um raciocínio, com formulação de hipóteses, exclusões e aceitações" (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23).

[1650] Art. 158/CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.
Cf. PORTO, 2005, p. 71.

[1651] Cf. NUCCI, 2008, p. 63.

[1652] O corpo de delito recai sobre o "conjunto dos elementos físicos ou materiais principais ou acessórios, permanentes ou temporários, que corporificam a prática criminosa" (TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978, 180-183).

[1653] Cf. CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.
"Conhecida também por autópsia ou necroscopia, a necropsia não é um simples exame feito no cadáver" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 256).

[1654] Art. 162/CPP. A autópsia será feita pelo menos 6 (seis) horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

[1655] Art. 167/CPP. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

[1656] Lembrando do princípio liberatório certo é que "no que diz respeito ao valor da perícia, o juiz é sempre livre; ele é o perito dos peritos (*iudex est peritus peritorum*). [...] Os antigos o exprimiam, embora com linguagem imprópria, quando diziam: *dictum expectorum nunquam transit in rem iudicatam* – 'o parecer dos peritos nunca faz coisa julgada'" (TORNAGHI, 1991, v. I, p. 324-325).
"O magistrado tem sua atuação disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação dos elementos probatórios" (GOMES FILHO, 1997, p. 45-46).

processual adotada no Brasil, pode ser até mesmo contrário às conclusões dos peritos devendo, em qualquer hipótese, serem deduzidos os motivos na decisão judicial[1657].

Entretanto, cabe destacar que, sendo possível, o exame do corpo de delito[1658] e sua análise fundamentada corroboram uma importante garantia para o réu, para que não corra o risco de seguir para um julgamento infundado.

No concernente às provas indiretas, não há impedimento legal algum para que sirvam como fundamento da materialidade delitiva. No entanto, é bom repisar, para a aceitação de tais modalidades o magistrado deve agir com redobrada cautela devido à natureza do fato que se pretende provar quando das infrações dolosas contra a vida, uma vez que estas deixam vestígios que são constatados pelos exames periciais[1659].

Na ausência destes exames periciais admite-se a produção ou apresentação da prova indireta no âmbito da instrução preliminar, como é o caso, por exemplo, da oitiva de testemunhas da ocorrência de um fato delituoso em que há a impossibilidade da realização de perícia no objeto desse fato. Com a narrativa das testemunhas reconstrói-se mentalmente o fato[1660].

Trata-se, portanto, de prova relativa que precisa ser cotejada com outras modalidades, caso isso seja possível, para que se atinja um resultado seguro a fim de motivar a decisão de pronúncia. Essa preocupação se deve ao fato de que com a impossibilidade da prova pericial a comprovação da existência do fato passa à dependência do conteúdo do relato das testemunhas.

[1657] Art. 182/CPP. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

[1658] "*Constant*, dos franceses, *Augenschein*, dos alemães, nada mais é do que uma perícia, a principal, a mais importante de todas as perícias. [...] Os crimes que deixam vestígios são *facta permanentes*; os que não deixam, *facta transeuntes*" (TORNAGHI, 1991, v. I, p. 315-316).
O exame do corpo de delito perfaz uma "espécie de prova pericial constatatória da materialidade do crime investigado, realizada em regra por *peritos oficiais*, ou *técnicos*, auxiliares dos agentes estatais da *persecutio criminis*" (TUCCI, 1978, p. 180-181, grifo do autor).

[1659] Cf. NUCCI, 2008, p. 63.

[1660] Artigo 167/CPP. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

É necessário que o magistrado analise a credibilidade e o comportamento social de tais pessoas, se estão aptas mentalmente a narrar algum fato, se guardam lógica em suas afirmações, se estão dispostas a colaborar com a prestação jurisdicional depondo acerca do seu conhecimento, por exemplo.

No entanto é salutar repisar que a liberdade legalmente estabelecida ao magistrado para avaliar a prova, seja qual for a sua qualidade, não pode transmudar em arbitrariedade e encontra limites no próprio ordenamento[1661], devendo a motivação ofertada à pronúncia coexistir em concordância com o que se infere ao analisar o conjunto de provas obtido na instrução preliminar. Do contrário inconsistente será o ato decisório.

5.5.3 Indícios suficientes de autoria ou participação do acusado

Ao final do juízo de acusação no procedimento dos crimes da competência do júri o magistrado para pronunciar o réu deve estar convencido, além da materialidade delitiva, da existência de indícios[1662] suficientes de autoria ou de participação[1663] deste nos fatos devidamente provados, conforme preceitua o

---

[1661] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 254.

[1662] "*Indícios* são elementos indiretos que, através de um raciocínio lógico, auxiliam a formação do convencimento do juiz, constituindo *prova indireta*" (NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 2007, p. 687, grifo do autor).

[1663] "Indícios de autoria são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente, na forma descrita pela inicial penal; o indício 'suficiente' de autoria oferece uma relativa relação entre um primeiro fato e um seguinte advindo da observação inicial, e devem tais indícios, para que motivem a decisão de pronúncia, apresentar expressivo 'grau de probabilidade que, sem excluir dúvida, tende a aproximar-se da certeza'" (PORTO, 2005, p. 72).

Em relação à figura do concurso de agentes "se para os tratadistas italianos o concurso se denomina equipollentemente de *codelinquencia*, de *participação* ou de *cumplicidade*, sensu lato, para os autores francezes a denominação preferida é de *cumplicidade* [...] o concurso se diz *egual* se ha simples pluralidade de agentes principaes, *socci criminis*, chamados geralmente *autores*, *co-autores*; *desigual*, se a pluralidade comprehende autores e *agentes secundarios* ou *auxiliares*, *socci in crimine*, commumente chamados *cumplices*, em sentido restricto. Egual ou desigual, o concurso presuppõe como elemento essencial o concerto entre os seus agentes para a pratica do crime, nesse concurso de vontades existindo o laço, o nexo que os prende na responsabilidade pelo delicto commetido" (SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brazileiro – segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia*. Brasília/DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. I, p. 205, grifo do autor).

ordenamento processual[1664]. Quando o comando legal aduz à locução *indícios suficientes de autoria ou de participação* está, ao fundo, referindo-se à probabilidade da existência de elementos que confirmem a autoria ou participação do acusado nos fatos[1665].

A exemplo de outros ordenamentos[1666], o modelo nacional exige diferentes níveis de certeza para a ocorrência dos dois requisitos autorizadores da decisão de pronúncia. No caso da existência da materialidade do fato o juiz deve vislumbrar nos autos a prova inconteste de sua ocorrência[1667]. No que concerne à autoria ou participação do acusado deve o magistrado avistar indícios suficientes nos autos[1668].

Dessa forma, como a pronúncia encerra um juízo preliminar no rito do júri, ou seja, analisa a viabilidade acusatória, então o magistrado pronunciante agrega nessa decisão os indícios que sejam suficientes e que indiquem a possibilidade da autoria ou da participação do acusado ser reconhecida pelos jurados no juízo da causa, este que analisa o mérito.

É sabido que o Código de Processo Penal brasileiro[1669] define o indício como a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza por indução[1670] a concluir-se pela existência de outra circunstância que se deseja provar[1671].

[1664] Em consonância com a segunda parte do *caput* do artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1665] Cf. DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 457.

[1666] Cf. SARACENO, Pasquale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940, p. 120-122.

[1667] Acerca das condições genéricas que autorizam o processamento destacam-se as "provas preliminares suficientes ('justa causa') e a 'probabilidade de condenação efetiva'" (FEITOZA, 2009, p. 253).

[1668] "Não é, pois, necessária a certeza da *criminalidade* do denunciado, bastanto simplesmente o concurso de indícios suficientes, quer em número, quer em qualidade, de quem possa, presumidamente, ser o delinquente [...] o sumário de culpa não é um processo integral ou composto de todos os elementos capazes de expurgarem a verdade de quaisquer vacilações ou incertezas, elementos que só no plenário podem reunir o máximo de intensidade material e psíquica e, portanto, seguro critério" (FARIA, 1942, v. II, p. 14, grifo do autor).

[1669] No contexto do artigo 239/CPP.

[1670] A indução é "'o procedimento que leva do particular ao universal': com esta definição de ARISTÓTELES [...] concordaram todos os filósofos. O próprio ARISTÓTELES vê na I. um dos dois caminhos pelos quais conseguimos formar nossas crenças; a outra é a dedução (*silogismo*). Além disso, atribuiu a SÓCRATES o mérito de haver descoberto os 'raciocínios indutivos'" (ABBANANO, 2003, p. 556-557).

[1671] Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 200.

O Código Penal brasileiro não fornece o conceito de autoria e de participação, mas preconiza a respeito na matéria do concurso de pessoas[1672]. Isso faz com que as tentativas de definição dos termos sejam mais ou menos abrangentes na doutrina pátria[1673]. Em linhas gerais os conceitos de autor e partícipe do fato estão modulados em três teorias: a restritiva, a extensiva e a do domínio do fato.

Restritivamente, é autor todo aquele que realiza uma conduta típica que é descrita na norma penal. Dessa forma, o autor pratica o verbo que é o núcleo do tipo penal, restringe-se a execução do mandamento previsto pelo legislador na estrutura do tipo penal.

Para essa linha de pensamento a participação do agente não leva ao mesmo grau de punibilidade do que o do autor, uma vez que quem participa não realiza a conduta típica, mas favorece a realização desta[1674]. Em síntese, o autor executa a conduta descrita no tipo penal, enquanto o partícipe auxilia na realização desta[1675]. Ao contrário do conceito restrito para autoria e participação, a teoria *extensiva* não elabora uma distinção entre as condutas do autor e do partícipe. Portanto, todos os que realizam ou colaboram, de alguma forma, para a prática do fato devem ser considerados como autores do mesmo. Seu fundamento repousa na teoria da equivalência das condições[1676].

[1672] Artigo 29 do Código Penal brasileiro. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

[1673] "O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a *teoria unitária* ou *monista*, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, CP). Entretanto, exceções pluralistas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247, grifo do autor).
Cf. GRECO, 2002, p. 422.

[1674] No âmbito do conceito restritivo de autor "a teoria objetivo-formal define como *autor* aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como *partícipe*, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato. [...] A teoria objetivo-material procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe" (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 384-385, grifo do autor).
Cf. JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1981, v. II, p. 893-894.

[1675] Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Barcelona: [s.n.], 1996, p. 362-363.

[1676] "Essa teoria não distingue autoria e participação. É autor todo aquele que contribui com alguma causa para o resultado. Para ela instigador e cúmplice são igualmente autores, já que não distingue a importância da contribuição causal de uns e outros" (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 385).

A teoria do *domínio do fato* ocupa uma posição intermediária entre os conceitos extensivo e restritivo para autoria e participação. Nesse pensamento o autor é o senhor do fato[1677], aquele que o realiza em forma final além de deter a decisão quanto à execução do acontecimento[1678].

O partícipe do fato não pratica a conduta narrada no tipo penal. Realiza ele uma atividade secundária no sentido de favorecer ou contribuir para que o fato delituoso ocorra[1679]. Destarte, várias são as formas pelas quais pode ocorrer a participação do agente, dentre elas se destacam: a instigação do fato, a organização dos trabalhos, a cumplicidade, a determinação, o auxílio e o ajuste nas tratativas.

O Código de Processo Penal, em sua redação original, tratava dos pressupostos da pronúncia no *caput* do seu artigo 408. Previa como segundo requisito para essa decisão a existência de indícios de que o réu fosse o autor do crime.

Conforme exposto, como o Código Penal não definiu autoria e participação, a doutrina, ao interpretar o dispositivo, fez incluir na expressão legal existência de *indícios de que o réu seja o seu autor* o cabimento da pronúncia para o partícipe do fato.

Aprimorando tecnicamente os pressupostos da pronúncia a Lei n. 11.689/2008 reformou o procedimento do júri fazendo com que a matéria em análise ficasse prevista no corpo do artigo 413/CPP. Dessa forma o segundo requisito para a pronúncia é a existência de *indícios suficientes de autoria ou de participação* do acusado.

1677 Cf. GRECO, 2002, p. 426-427.

1678 "A teoria do domínio do fato somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para quem for considerado partícipe. [...] Para que o partícipe seja punido, impera no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe" (NUCCI, 2005, p. 249).
"Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. [...] O âmbito de aplicação da teoria do domínio do fato, com seu conceito restritivo de autor, limita-se aos delitos dolosos" (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 387).

1679 Sobre o termo *partícipe* sabe-se que é usado para "destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenham atividade diversa da do autor" (RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 60-61).

Da leitura desse novo e vigente dispositivo percebe-se que o legislador foi além em relação à previsão anterior e exigiu que os indícios fossem, doravante, *suficientes*.

Isso significa que para haver pronúncia deve o magistrado estar seguro da existência de variados indícios e que eles sejam hábeis para que o Conselho de Sentença possa concluir acerca da autoria ou participação do réu[1680].

Se na fase da pronúncia o magistrado identificar a presença de elementos constantes dos autos que indiquem a culpabilidade de outros agentes, seja em co-autoria ou participação, deve remeter os autos para o Ministério Público a fim de que este analise a viabilidade de realizar o aditamento ou outra providência que entender cabível[1681], facultando-se ao juízo aplicar as regras do artigo 80/CPP que faculta a separação dos processos quando for conveniente ao procedimento.

5.5.4 A prova indiciária na pronúncia

O ordenamento de processo penal, ao estatuir sobre os pressupostos da pronúncia, exige que o juiz se convença da existência de indícios suficientes da autoria ou participação do acusado para encaminhá-lo a julgamento, devendo ser afastadas frágeis conjecturas[1682]. Para formar o seu convencimento a esse respeito, o

---

[1680] Cf. NUCCI, 2008, p. 63.

[1681] Artigo 417/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.

[1682] "Cumpre, de um lado, que o juiz da pronuncia não incommode por motivos ligeiros a liberdade e paz do cidadão, pois que, embora ella não sejam mais do que um processo preparatorio da accusação, todavia por si só já é um grave mal, que affecta muito a pessoa, interesses e familia do individuo pronunciado. Cumpre, por outro, reprimir os crimes, e para isso sujeitar os indiciados ao exame dos tribunaes: além de que, si se houvesse de esperar desde logo por provas plenas, não só demandar-se-hia tempo dilatado, o que seria um grande mal, mas nem sempre poder-se-hia obtel-as nos primeiros termos do processo: haveria o perigo da impunidade, que seria fatal. [...] O juiz da pronuncia pois, por isso mesmo que não trata de julgar a final, nem sempre poderá esperar por uma prova inteira, e só sim pela que fôr suficiente para que decida conscienciosamente si há ou não razoavel suspeita de ser o indiciado o autor do crime, e consequentemente obrigado a destruir essa suspeita" (BUENO, 1922, p. 120-121).

magistrado pode socorrer-se de quatro possíveis técnicas da lógica que são assim dispostas: observação, intuição, indução e dedução[1683].

A prova quando indiciária deriva da demonstração de um fato que não compõe o *thema probandum*, mas que abre caminho para se chegar a este. Daí se asseverar que enquanto a prova histórica revela diretamente o fato a ser provado, nos indícios, ou provas circunstanciais[1684], essa representação é indireta e só adquire forma através de um raciocínio lógico.

Para fins de servir como pressuposto para um ato decisório como a pronúncia, a prova indiciária deve apresentar as seguintes características[1685]: *racionalidade*, que permita ser submetida ao crivo de uma construção lógica; possibilitar o alcance *indireto* do fato processual que se deseja provar; *objetividade*, porque deve ter sua razão de ser num fato real; *multiforme*, sendo uma modalidade das permitidas pelo ordenamento; e *universal*, porque possível de ser aceita no âmbito dos autos sob análise judicial.

Nas legislações que antecederam o Decreto-lei n. 3.689/1941 – Código de Processo Penal – devia o juiz analisar a presença de indícios *veementes* de autoria para a pronúncia.

Com a edição da citada codificação, a análise recaiu sobre a presença de indícios *suficientes* da autoria. A reforma provocada pela Lei n. 11.689/2008 reiterou a necessidade da presença de indícios *suficientes* de autoria ou de participação do réu.

1683 "Pela ***observação*** apreendemos as verdades que se passam fóra de nós e caem sob os nossos sentidos, por serem visíveis e evidentes por si mesmas. [...] ***intuição***, que nos leva a compreender os princípios universais e necessarios que a razão revela imediatamente à inteligencia humana. [...] ***dedução***, que é a forma de raciocinio pela qual se conclui do geral para o particular. [...] ***indução***, que procede do conhecido para o desconhecido, remontando do efeito à causa desconhecida, só ela póde ser origem lógica das provas, que tem por meio os fatos probatorios e por objeto o descobrimento dos fatos probandos" (ROSA, 1942, p. 384-385, grifo do autor).
Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24-42.

1684 "A *prova indiciária* ou circunstancial é mais uma operação lógica do que a demonstração direta de uma 'verdade'. É a dedução que tiramos de um acontecimento. Entram nesse raciocínio a experiência, os conhecimentos técnicos, o bom senso" (BARAÚNA, 1978, p. 125, grifo do autor).

1685 Cf. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Bernardo Lerner (dir.). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1967, p. 797-798.

A suficiência é tratada de modo mais brando que a veemência. Logo é de se inferir que, para fins de pronúncia, o comando legal não exige certeza do magistrado quanto à autoria ou participação, mas tão somente seu convencimento acerca da existência de indícios aptos a demonstrar no juízo da causa que o acusado pode ter sido o autor do fato ou dele ter participado.

A força probante dos indícios deriva da prudente apreciação do magistrado que constrói a prova judiciária[1686]. Por isso deve procurar lastro em todo o conjunto probatório para que tenha parâmetros para fundamentar a pronúncia[1687]. Nesse sentido que se apregoa a necessidade de haver não somente um indício, mas vários que possam indicar a possibilidade de se provar a autoria ou participação do réu nos fatos quando do seu julgamento na fase do juízo da causa[1688].

Isso, contudo, não autoriza raciocinar no sentido de que seja ineficaz a motivação da pronúncia elaborada com base num único indício[1689] que verse sobre a autoria ou participação do acusado[1690]. O juízo pronunciante é eminentemente um juízo de probabilidade. O que se pondera é que o convencimento do juízo, no tocante à prova indiciária, ganha segurança à medida que um número maior de indícios exista e seja apto a indicar a autoria ou participação do acusado.

A capacidade da prova indiciária de permitir o raciocínio lógico é maior ou menor segundo o liame existente entre o fato traduzido pelo indício e o fato a ser provado, na razão de estarem eles mais ou menos próximos. Em tal modalidade de

---

1686 "O valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. Como a livre convicção não se confunde com o arbítrio [...], a fôrça probante dos indícios deriva da prudente apreciação do juiz, que constrói a prova indiciária" (MARQUES, 1965, v. II, p. 378).

1687 Sobre as cautelas ao motivar com base no indício: "[...] cabe ao juiz demonstrar: a) que as inferências empregadas foram realizadas com base em máximas de experiência de reconhecida validez [...] (*gravidade*); b) que o fato constatado pela prova indireta tem um sentido único e definido, autorizando uma só conclusão a respeito do fato que deve ser provado [...] (*precisão*); c) finalmente, quando há mais de um indício, que todos os elementos obtidos convergem para uma reconstrução unitária do fato a que se referem (*concordância*)" (GOMES FILHO, 2001, p. 169, grifo do autor).

1688 Cf. MANZINI, 1951, p. 273.

1689 Cf. ALVES, 2003, p. 196.

1690 É tolerável que "la prueba puede derivarse, incluso, de un solo indicio. Pero es evidente que [...] cuantos más sean los indicios [...], más fácil es el juicio de probabilidad" (LEONE, 1961, p. 165).

prova, deve-se partir sempre de um dado certo e específico[1691] e, a partir desse dado conhecido, estabelecer o nexo necessário com o fato a ser provado (*factum probandum*)[1692].

Na ausência de provas o magistrado não inicia um raciocínio inferencial-lógico a partir de um determinado fato (ou circunstância) carecedor de comprovação. Não se dirige do concreto ao desconhecido para entender o nexo de causalidade. O raciocínio a ser empregado é o lógico-dedutivo[1693] pelo qual não se vincula o ponto de partida a nenhum dado empírico.

Cada prova indiciária tem um valor relativo, de modo a autorizar o magistrado a analisá-la livremente diante da sistemática do livre convencimento motivado[1694]. E tal imperativo torna-se uma garantia ao acusado porque, através da fundamentação da pronúncia, pode entender o juízo de probabilidade que o envia a julgamento em plenário do júri.

Do exposto infere-se que o magistrado, para prolatar a decisão de pronúncia, não pode ter dúvidas quanto à existência de suficientes indícios com relação à autoria ou participação do acusado. À falta deles resta não o convencimento, mas a dúvida, a incerteza e a insegurança para um julgamento justo em plenário. É direito

---

1691 "Observe-se, porém, que o Código de Processo Penal às vezes utiliza o termo 'indícios' como sinônimo de elemento de prova, direta ou indireta, e lhe dá um qualificativo, para significar maior ou menor grau de convicção. Assim, para determinados efeitos processuais, exige ora indícios, ora indícios suficientes, ora indícios veementes e ora prova, com isso querendo significar que, no primeiro caso, bastam alguns elementos de prova, no segundo caso são exigidos elementos razoáveis para aquele estágio processual, no terceiro deve existir convicção consistente, e no último deve haver certeza sobre determinado fato" (GRECO FILHO, 2009, p. 198).

1692 "Mesmo sem uma percepção direta do que se pretende visualizar, vai-se por via racional, do concreto ao abstrato (ignoto), isto é, do fato conhecido ao fato ignorado. E muito embora afirme-se, com freqüência, que no processo lógico da apreciação dos indícios a inferência é feita por indução, na verdade, o que ocorre é um processo indutivo-dedutivo" (COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 145).

1693 "Todo mecanismo dedutivo se resume na aplicação da lei a casos particulares, que se confundem no enunciado dela; mas serve também de produzir novos julgamentos evidentes, pelo aplicar, não uma, mas muitas leis gerais, a casos particulares, o que lhe é fácil pelo encadeamento silogístico [...]. Para o conhecimento do teor e da índole dos códigos e das leis, a fim de tirar da materialidade das palavras e preposições escritas o verdadeiro e congruente encadeamento de conceitos e julgamentos, que elas representam, como para a própria elaboração do pensamento científico, coordenador dos dados induzidos" (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito*. Campinas: Bookseller, 2005, t. II, p. 127).

1694 Cf. MARQUES, 1965, v. I, p. 378-379.

do acusado ser enviado a júri somente quando forem atingidos os pressupostos legais na avaliação da admissibilidade acusatória[1695].

Esse é o verdadeiro mote da fase sumarial, repita-se, analisar tão somente se há segurança para um julgamento na fase de plenário, através do controle da acusação. A lei exige a probabilidade de que o réu seja o autor ou o partícipe do crime e somente se vislumbra essa probabilidade se houver indícios suficientes[1696].

O papel do magistrado é usar a fase da pronúncia como um filtro para enviar a julgamento unicamente as causas em que haja uma possibilidade razoável de condenação do acusado. A pronúncia recai sobre um juízo fundado em suspeita e não pode ser transformado em um inaceitável juízo de certeza[1697].

5.6 Os efeitos da pronúncia

Na sistemática do Código de Processo Penal a pronúncia não é decisão de mérito, conforme testilhado, mas uma decisão interlocutória, com caráter declaratório e de natureza mista porque encerra a instrução preliminar e envia os autos ao juiz presidente do Tribunal do Júri para que sejam tomadas as providências legais visando ao julgamento em plenário.

Ao declarar a admissibilidade acusatória na pronúncia, o magistrado não impõe nenhuma sanção ao réu, apenas declara o seu convencimento acerca da existência do fato delituoso e atesta a probabilidade no que tange à autoria ou participação do acusado nos fatos. É de bom timbre repisar que o convencimento judicial acerca dos requisitos autorizadores da pronúncia não vincula o Conselho de Sentença, este que tem a liberdade para formar sua convicção em qualquer sentido.

[1695] Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 29.
[1696] Cf. NASSIF, 2009, p. 56-58.
[1697] Cf. RANGEL, 2009, p. 581-582.

Nessa quadra está claro que, por não analisar o mérito, a pronúncia não produz qualquer efeito de natureza material. Por outro lado, como qualquer ato decisório judicial, é lógico que a decisão de pronúncia apresenta efeitos que são de natureza processual, inerentes à causa sob análise, limitados ao âmbito dos autos em que é externada[1698].

5.6.1 Um panorama histórico dos efeitos da pronúncia

Num contexto histórico mais apurado da legislação, a pronúncia sempre teve associada a si dois efeitos imediatos: o encaminhamento do pronunciado a julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri e a manutenção ou decretação da prisão.

De forma indireta houve momentos na legislação em que se agregaram outros efeitos de natureza civil e administrativa, mas pela sistemática moderna não mais se aceitam tais efeitos no âmbito da pronúncia como decisão interlocutória[1699]. Um breve escorço histórico se faz nas linhas seguintes com o intuito de identificar os efeitos que foram atribuídos à pronúncia até os hodiernos tempos.

Regredindo aos tempos da criação do júri no Brasil em 1822, tem-se que a Lei de 22 de setembro de 1829 disciplinou as regras que deveriam incidir quando o pronunciado não comparecesse aos atos designados, demonstrando que a pronúncia tinha o condão de obrigá-lo, quando solto, a apresentar-se à justiça em todos os atos relativos ao processo que respondia[1700].

[1698] "Todo o efeito da pronúncia se circunscreve ao campo processual" (MARQUES, 1963, v. I, p. 229-230). Cf. RANGEL, 2009, p. 592.

[1699] "O Código de Processo Penal, no capítulo sôbre a 'ação civil', nada diz sôbre os efeitos das sentenças de pronúncia e impronúncia, respectivamente. [...] Nenhuma palavra, porém, se encontra sôbre os atos decisórios com que se encerra o juízo de formação da culpa [...] uma sentença de conteúdo processual não está apta a criar situações jurídico-materiais de relêvo, nos domínios da responsabilidade civil" (MARQUES, 1963, v. I, p. 236).

[1700] Artigo 1.º da Lei de 22 de setembro de 1829. O réo pronunciado, que se esconder ou ausentar-se, deverá ser chamado a Juizo pelo modo que determina a lei.

No Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832, pela pronúncia eram observados efeitos de natureza processual, civil e administrativa, determinando-se a prisão do pronunciado, bem como, a suspensão do cargo público que exercesse e de parcela dos seus vencimentos[1701].

Na reforma da citada codificação, produzida pela Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, não houve alteração acerca dos efeitos da pronúncia, mantendo-se a prisão como principal corolário.

O Regulamento n. 120, editado em 31 de janeiro de 1842, com o fito de assegurar a aplicação prática da Lei de 03 de dezembro de 1841, sustentou a prisão pela pronúncia e inseriu dois novos efeitos: o lançamento do nome do réu pronunciado em livro específico para essa finalidade e a suspensão do exercício de seus direitos políticos. Todavia, não fez mais alusão à suspensão do exercício da função pública e nem à redução dos vencimentos do pronunciado[1702].

Alterações na competência e no rito do júri foram regulamentadas pela Lei n. 515, de 03 de novembro de 1898. A pronúncia passou a cargo do juiz de paz, este que instruía o processo. No tocante aos efeitos da pronúncia, este diploma não revogou o anterior mas admitiu a hipótese do pronunciado permanecer solto enquanto aguardasse o seu julgamento[1703].

[1701] Artigo 165 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Os effeitos da pronuncia são:
§ 1.º. Ficar sujeito o pronunciado a accusação criminal.
§ 2.º. Ficar suspenso do exercicio de todas as funcções publicas.
§ 3.º. Ser preso, ou conservado na prisão, em quanto não prestar fiança nos casos em que a Lei a admitte.
§ 4.º. Suspender-se-lhe metade do ordenado, ou soldo, que tiver em razão do emprego, e que perderá todo, não sendo a final absolvido.

[1702] Artigo 293 do Regulamento n. 120/1842. Decretada a pronuncia pelo Chefe de Policia, ou Juiz Municipal, e sustentadas por este as que decretarem os Delegados e Subdelegados, será lançado o nome do réo no livro para esse fim destinado, o qual será numerado e rubricado pelo Juiz de Direito, com termo de abertura e encerramento, e se passarão as ordens necessarias para a prisão dos réos que estiverem soltos, ficando os mesmos sujeitos:
1.º. A' accusação e ao julgamento.
2.º. A' suspensão do exercicio dos Direitos Politicos.

[1703] Artigo 4.º da Lei n. 515/1898. Decretada a pronuncia, será esta intimada ao réo, si estiver preso ou afiançado, o qual dentro de cinco dias improrrogáveis poderá juntar as razões e documentos que julgar necessarios; neste caso, e em igual prazo, o procurador de secção poderá tambem juntar as suas razões e documentos. Si o réo não estiver preso ou afiançado, o processo subirá ao juiz de secção no prazo de 21 horas improrrogáveis, independente de intimação.

As regras não foram alteradas até o surgimento do Decreto-lei n. 167, editado em 05 de janeiro de 1938 com a finalidade de regulamentar o júri, instituição que não foi acolhida textualmente pela Carta Política de 1937. O referido decreto fez expressa menção à prisão nos casos de crimes inafiançáveis como efeito direto da pronúncia, além de ter o juiz que lançar o nome do pronunciado no rol dos culpados[1704], vedando o exercício do cargo público[1705] ao pronunciado.

Em 03 de outubro de 1941 foi publicado o Decreto-lei n. 3.689 denominado de Código de Processo Penal. As regras inerentes à pronúncia foram sustentada principalmente no corpo do artigo 408 dessa codificação[1706]. Nessa redação, o Código sustentou como efeitos da pronúncia[1707]: o envio do pronunciado para o julgamento pelo júri; o lançamento do seu nome no rol dos culpados; a sua prisão em se tratando de crime inafiançável[1708].

[1704] O nome do pronunciado era lançado no "livro especial que contém os nomes de todos os indiciados, cuja acusação foi julgada procedente, para serem submetidos a julgamento" (ROSA, 1982, p. 504).

[1705] Artigo 14 do Decreto-lei n. 167/1938. Si o juiz, apreciando livremente as provas existentes nos autos, se convencer da existencia do crime e de indicios de que o réo seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1.º. Na sentença de pronuncia o juiz deverá declarar o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réo mandar lançar-lhe o nome no ról dos culpados, recomendá-lo no presídio em que se achar, ou expedir as ordens necessárias para sua prisão.

§ 2.º. Tratando-se de crime afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§ 3.º. A pronúncia torna o réo incompatível com exercício de cargo público, sem prejuízo, entretanto, do acesso legal que lhe competir.

§ 4.º. O juiz pode afastar-se da classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, caso reconheça que outra deva ser adotada, ainda que isto importe sujeição do réo à pena mais grave, uma vez que, com a nova classificação, não fique prejudicada a defesa.

[1706] "Declarada por sentença a culpabilidade do agente, essa sentença produz logo os seus efeitos: a prisão do réu, e sua sujeição a julgamento, o lançamento do seu nome no rol dos culpados, a suspensão de certos direitos políticos, a interrupção da prescrição, firma a competência do julgador e fixa os limites da acusação" (FRANCO, 1956, v. II, p. 32).

[1707] Artigo 408 do CPP (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1.º. Na sentença de pronuncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

§ 2.º. Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

[...].

[1708] "Êsses efeitos cautelares são de fácil explicação. Se o réu foi declarado suspeito da prática de crime inafiançável, a prisão cautelar é corolário de tal situação. Por outro lado, deve ser documentada a situação de suspeito emanada da sentença, e daí ser lançado o nome do réu no rol dos culpados" (MARQUES, 1963, v. I, p. 231).

"A prisão do réu, determinada na sentença de pronúncia, na maioria dos casos é condição essencial para o prosseguimento do feito (arts. 413 e 414), pois é necessária sua intimação pessoal (prêso, portanto) para que se cumpram os têrmos processuais seguintes, como o libelo, a contrariedade, etc." (ACOSTA, 1973, p. 85/86).

Ainda no bojo da redação original do Código de Processo Penal, à época foram sustentados os seguintes efeitos cautelares[1709] da pronúncia: a-) a aplicação do sequestro dos bens do acusado[1710]; b-) a aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança[1711].

Quanto à prisão por força da pronúncia, a edição da Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973, introduziu uma significativa mudança até então inédita no rito do júri. Acresceu um novo § 2.º ao artigo 408/CPP possibilitando ao juiz deixar de aplicar a prisão do pronunciado ou revogá-la, caso estivesse preso, após a análise de sua primariedade e dos bons antecedentes[1712].

Outra ventilada modificação na extensão dos efeitos da pronúncia foi observada no contexto da Lei n. 9.033, de 02 de maio de 1995. E tal se deu com a retirada da obrigatoriedade do lançamento do nome do pronunciado no rol dos culpados, no teor do § 1.º do artigo 408/CPP[1713]. Essa pontual alteração teve inspiração no princípio constitucional do qual se infere a presunção de inocência[1714],

---

[1709] Cf. MARQUES, 1963, v. I, p. 231.

[1710] No âmbito do artigo 127/CPP, inscrito no capítulo referente às medidas assecuratórias.

[1711] No âmbito do inciso II do artigo 373 e do artigo 378, ambos do CPP. Ambos dispositivos foram revogados pela Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei da Execução Penal (LEP).

[1712] Artigo 408 do CPP (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

[...]

§ 2.º. Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso (redação ditada pela Lei n. 5.941/1973).

[...].

[1713] Artigo 408 do CPP (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1.º. Na sentença de pronuncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura (redação ditada pela Lei n. 9.033/1995).

[...].

[1714] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...].

Em sentido contrário, "evidente é que, decidindo estar convicto da existência do crime, da suficiência dos indícios colhidos e de que seja o indivíduo apontado como réu o seu autor, cumpre ao juiz pronunciá-lo [...]. A partir de então, deixa aquela 'presunção de inocência' de ser transparente e respeitável [...] se for primário e de bons antecedentes, e inexistindo em contrário motivo de ordem pública a induzir a necessidade de preservar-se a sociedade contra eventual repetição do delito pelo mesmo agente, nem impacto social, dadas as circunstâncias do fato criminoso, poderá o juiz deixar de decretar a prisão do réu pronunciado, ou mesmo revogá-la" (MARREY et al., 2000, p. 271).

preceito este que deve ser observado em todas as fases processuais ou extraprocessuais até que se opere uma decisão condenatória com trânsito em julgado.

5.6.2 Efeitos da pronúncia na reforma da Lei n. 11.689/2008

A Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, imprimiu ao procedimento do júri uma ampla reforma, resultando em modificações no Código de Processo Penal. Foi instituída, dentre outros, a Seção II – *Da pronúncia, da impronúncia e da absolvição sumária* – no capítulo referente ao procedimento adotado para o processo das infrações penais dolosas contra a vida.

É no artigo 413/CPP que se dessume os efeitos imediatos da pronúncia[1715], que são: a-) encaminhamento do pronunciado ao julgamento pelo Tribunal do Júri; b-) quanto ao pronunciado solto, a decretação de sua prisão somente se comprovada sua necessidade e utilidade para o processo e, ainda, se houver lastro em algum dos requisitos da prisão preventiva; e c-) quanto ao pronunciado preso, a manutenção, revogação ou substituição de sua prisão ou medida retritiva de liberdade ponderada nos mesmos termos da hipótese anterior[1716].

Pela própria sistemática na qual se assenta o rito do júri é de se observar que o encaminhamento do acusado a julgamento no juízo da causa torna-se um efeito natural da decisão de pronúncia[1717]. É o Conselho de Sentença o juízo natural para analisar o mérito da causa na qual está inscrito o pronunciado[1718]. E como tal, esse colegiado tem independência e liberdade para formar sua convicção, a qual, repita-se, não carece de motivação[1719].

[1715] Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 29.
[1716] Conforme preconiza o § 3.º do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).
[1717] A pronúncia tem o "efeito de submeter o ou os réus denunciados a julgamento pelo tribunal do júri, mediante prosseguimento de processo" (ESPÍNOLA FILHO, 1965, v. IV, p. 254).
[1718] Cf. FEITOZA, 2009, p. 505.
[1719] Cf. PORTO, 2005, p. 146.

Especificamente quanto à decisão de pronúncia provocar algum efeito de natureza civil, na sistemática pela qual se assenta o procedimento do Tribunal do Júri, não há como vislubrar alguma possibilidade de efeito dessa natureza. A razão se estriba no fato de que essa decisão é de natureza estritamente processual, não se cogitando, na sua esfera, em coisa julgada. Ademais com a decisão de pronúncia, não foi ainda o réu julgado e, tecnicamente, é presumido inocente[1720].

No que toca à medida privativa da liberdade do pronunciado, mesmo antes do advento da Lei n. 11.689/2008, era entendimento corrente que seu cabimento somente teria sentido se houvesse prova concreta de sua necessidade para o processo à luz dos requisitos da prisão preventiva, tendo por base o completo sistema de garantias da Carta Política de 1988. Como o tema relativo à prisão tem envergadura constitucional, recebe tratamento específico no corpo do Capítulo VI do presente trabalho.

5.6.3 A preclusão

A natureza mista da pronúncia deve-se ao fato desse ato judicial encerrar o juízo de acusação e inagurar o juízo da causa, tornando-se uma peculiar decisão interlocutória no procedimento do júri, dispondo de um conteúdo processual[1721].

Destarte, seus efeitos estão inscritos no âmbito do processo[1722], sendo tecnicamente inadequada a utilização da expressão *coisa julgada*, porque somente encerra uma fase do procedimento – o *iudicium accusationis*, não avaliando o mérito da causa.

[1720] Cf. RANGEL, 2009, p. 593.

[1721] "A pronúncia é decisão de caráter interlocutório. Não há que se falar, portanto, em coisa julgada relativamente a essa espécie de sentença. O art. 416, do Código de Processo Penal, ao referir-se à sentença de pronúncia 'passada em julgado', incide em clamoroso êrro de técnica processual" (MARQUES, 1963, v. I, p. 231).

[1722] "A decisão de pronúncia não, propriamente, *transita em julgado*, mas sim ocorre sua preclusão *pro judicato*, a qual não faz coisa julgada, apesar de haver preclusão das vias recursais, sob a cláusula *rebus sic stantibus* (FEITOZA, 2009, p. 508, grifo do autor).

O instituto que descreve a imutabilidade referida à pronúncia, após o esgotamento da esfera recursal, é a preclusão[1723], preceito natural do andamento processual[1724].

Dessa forma, proferida a decisão de pronúncia e esgotada a via recursal, não mais pode ser ela alterada, exceto quando da verificação de circunstância superveniente que modifique a classificação da infração penal[1725].

Os fundamentos que dão suporte à pronúncia não são alcançados pela preclusão. Isso decorre da independência de juízos – de acusação e da causa – uma vez que os jurados são soberanos, possuem a liberdade para examinar todas as quadras da acusação para formar sua convicção. Até mesmo podem negar a existência da materialidade delitiva reconhecida pelo juiz na pronúncia[1726].

A preclusão reporta unicamente o impedimento para que o magistrado reverta a decisão de enviar o acusado a julgamento no plenário do Tribunal Popular. Do exposto há de se inferir que no contexto dos efeitos da pronúncia tem

---

[1723] A preclusão é um "fenômeno exclusivamente processual, vinculado à idéia de que passo a passo os atos processuais vão acontecendo subseqüentemente no processo, realizando o modelo procedimental que se tenha adotado em cada caso [...] o processo deve andar para frente, isto é, desenvolver-se em direção ao seu final, os atos processuais, que acontecem nos moldes previstos em cada procedimento, devem respeitar determinados prazos, nos quais deverão ser realizados, sob pena de, não o sendo, incidirem na hipótese as conseqüências da não realização dos atos" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. I, p. 191).
É também vista a preclusão como "um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço gradual do processo, evitando o recuo a fases anteriores; subjetivamente, representa a perda de um direito ou faculdade, por não ter sido exercido dentro do prazo ou por se haver esgotado pelo seu exercício. A preclusão não é sanção processual nem penalidade" (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos da Teoria Geral do Processo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 220).

[1724] "Por seu sentido de impulso ao procedimento, apresenta a decisão de pronúncia efeitos preclusivos de natureza processual. O aspecto objetivo da preclusão decorrente da pronúncia está no impulso que dá ao procedimento" (PORTO, 2005, p. 76-77).
"A preclusão está, no processo moderno, erigida à classe de um princípio básico ou fundamental do procedimento. Manifesta-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva, sempre para frente, mediante fechamento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados" (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 245-246).

[1725] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 71.

[1726] "Contudo, os efeitos preclusivos 'só se referem ao *julgamento*, isto é, à pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação. Os fundamentos da pronúncia não são cobertos pela preclusão, pois podem ser alterados, total ou substancialmente, no *judicium causae*. [...] 'O Tribunal do Júri são está vinculado, em seu veredicto e julgamento, às premissas de direito e de fato da pronúncia'" (MARREY et al., 2000, p. 269-270, grifo do autor).
Cf. ALMEIDA, 1973, p. 44.

cabimento a preclusão *pro judicato*[1727], ou seja, veda-se ao magistrado decidir novamente acerca de questões que já foram objeto de apreciação nos autos[1728].

O artigo 421/CPP, com redação ofertada pela Lei n. 11.689/2008, faz menção expressa a esse efeito da pronúncia, no sentido de que uma vez preclusa essa decisão, os autos devem ser encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri para que ocorra a preparação do processo para julgamento em plenário[1729].

Para soar harmônico com o que preceitua o sistema de garantias constitucionais da Carta de 1988, a pronúncia não pode produzir efeitos incompatíveis com sua natureza jurídica de decisão interlocutória voltada à análise da admissibilidade acusatória. Pela sistemática atual, seus efeitos devem ser jungidos a esse fim e jamais inferirem a culpabilidade do réu, matéria que compete ao plenário do júri apreciar em fase ulterior.

Delimitando os quadrantes da acusação para que seja apreciada no juízo da causa, a pronúncia, hodiernamente, é o ato judicial que encerra a fase do juízo de acusação e tem naturalmente o efeito de enviar o pronunciado para que seja julgado pelo Tribunal Popular.

5.6.4 A interrupção da prescrição

O direito de punir do Estado não é interminável. Ao contrário, o Estado conta com um determinado prazo definido em lei para fazer valer esse direito. Caso transcorra o prazo legal sem a persecução criminal do agente responsável pela

---

[1727] Cf. THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 532.

[1728] "Tratando-se, como se trata, de sentença de natureza processual, não há falar-se em *res judicata*, e sim, em preclusão *pro judicata*" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 71).
"Na pronúncia, como decisão interlocutória que impulsiona o procedimento para nova fase, há preclusão *pro judicato*, ante a imutabilidade de sua afirmação sobre a admissibilidade da acusação que encaminha para decisão final pelo Tribunal do Júri" (PORTO, 2005, p. 77).

[1729] A preparação do processo para julgamento em plenário está prevista ao longo dos artigos 422 a 424/CPP (redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008), antecedendo o julgamento propriamente dito do pronunciado.

prática da infração penal, o Estado deve declarar a ocorrência da prescrição[1730], pois, como é cediço, não pode indefinidamente o indivíduo ser perseguido pela prática de um fato ocorrido no passado.

Praticada, pois, a infração penal, surge para o Estado o poder-dever abstrato de punir o agente dessa infração. Há nessa província um nítido choque de interesses, de um lado o direito de punir do Estado e, do outro, o direito à liberdade do indivíduo. Instituto previsto desde a edição da primeira codificação penal do Brasil[1731], a prescrição ocorre pela inércia do ente estatal na reação à prática delituosa em lapso temporal previsto na lei.

Costumeiramente, justifica-se a prescrição tendo em vista três fundamentos[1732]: a-) a negligência da autoridade estatal; b-) o decurso do tempo, uma vez que a infração penal cai no esquecimento[1733]; e c-) a correção do infrator. Por consequência, é uma sanção à atitude negligente do Estado[1734], por não exercer o seu direito de punir o agente da infração penal dentro do interstício aprazado na lei[1735].

1730 A prescrição é o "instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto em lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade" (GRECO, 2002, p. 712-713).
Por outro ângulo é possível entender a prescrição como "a renúncia do Estado ao direito de punir o delito" (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. 40. tir. São Paulo: Max Limonad, 1978, v. I, t. II, p. 699).
"Entende-se por prescripção o meio de se libertar das consequencias penaes de uma infracção pelo effeito do tempo fixado e sob as condições determinadas pela lei [...] no direito penal, onde tem outro fundamento, é sómente *liberatoria* ou *extinctiva*, e póde affectar, ou o *direito de acção* que emana do delicto, ou o *direito de execução* que se origina da condemnação" (SIQUEIRA, 2003, v. I, p. 733, grifo do autor).

1731 A prescrição, como causa extintiva da ação penal, estava prevista pelo inciso 4.º do artigo 71 do Título VI (*Da extincção e suspensão da acção penal e da condemnação*) do Livro I (*Dos crimes e das penas*) do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 (*Promulga o Codigo Penal*).

1732 Cf. GRECO, 2002, p. 712.

1733 Dessa forma "não é razoável prolongar o constrangimento ao criminoso, por delito cuja repercussão social vai exatamente diminuindo, pelo esquecimento em que envolve o tempo transcorrido. [...] é indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinidamente, se lhe não fora imposto um termo legal, pela prescrição" (CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 4, p. 213).

1734 É a prescrição atingida pelo "decurso de tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime" (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. III, p. 209).

1735 Pode-se definir a prescrição como "a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado. [...] Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal [...] ocorrida a prescrição, o juiz não poderá enfrentar o mérito; deverá de plano, declarar a prescrição, em qualquer fase do processo" (BITENCOURT, 2003, p. 712-713).

A prescrição importa na extinção da punibilidade do agente, conforme preceito legal[1736]. E dessa forma, a pretensão punitiva e a pretensão da execução penal estão delimitadas por lapsos temporais descritos em lei[1737], de acordo com o tipo da infração penal e a cominação máxima da pena em abstrato – na lei – ou em concreto – na sentença –, ressalvadas as exceções constitucionais[1738].

Se a prescrição concentra uma sanção à inércia estatal por não exercer o direito de punir o autor da infração penal, então, por via contraposta, qualquer ato estatal no sentido de inaugurar um procedimento ou dar continuidade à persecução penal deve obstaculizar a prescrição. Nessa esteira a se falar na interrupção da prescrição, cujas causas estão estabelecidas na lei.

É notório que a decisão de pronúncia é um ato processual que admite a viabilidade da acusação e envia o réu a julgamento pelo júri. Tem-se nesse ato uma declaração explícita de vontade do poder estatal em ver o provável autor ou partícipe da provada infração penal dolosa contra a vida e infrações que lhe forem conexas ser julgado pelo plenário do júri.

No catálogo da história do direito nacional[1739] é a pronúncia uma das causas que interrompem a ocorrência da prescrição[1740], uma vez que através dela o Estado

---

[1736] Artigo 107 do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940). Extingue-se a punibilidade:
[...];
IV – pela prescrição, decadência ou perempção;
[...].

[1737] O artigo 109 do Código Penal preceitua os intervalos de tempo em que opera a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, enquanto que o artigo 110 da mesma codificação estabelece a sistemática para a ocorrência da prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

[1738] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
[...];
XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
[...].

[1739] Artigo 79 do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. A prescripção da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

[1740] Segundo o preceituado no inciso II do artigo 117 do Código Penal brasileiro (Decreto-lei n. 2.848/1940) tanto a prescrição, quanto a decisão que a confirma, interrompem a prescrição.

age na busca do *jus puniendi*. A razão aventada para tanto reside na complexidade do rito do júri e também pela extensa duração que normalmente esse procedimento apresenta[1741].

Do preceituado dessume-se que a interrupção do curso prescricional é um efeito secundário da decisão de pronúncia. Dessa forma a publicação desse ato judicial em cartório, para a ciência das partes, perfaz o marco interruptivo da prescrição[1742].

Caso haja recurso da pronúncia e o juízo *ad quem*, por qualquer razão, desclassifique a infração penal para outra que não seja da competência do júri, perde a pronúncia a sua força interruptiva.

Em atenção ao disposto no inciso III do artigo 117 do Código Penal, caso o juízo *ad quem*, ao analisar o recurso do pronunciado, confirme a decisão de pronúncia do juízo *a quo*, essa decisão do juízo revisor também tem força de interromper a prescrição, com o marco de contagem estabelecido da data da realização do julgamento e não do dia da publicação do acórdão[1743].

Interpondo recurso a acusação, nas hipóteses de absolvição sumária ou de impronúncia do acusado no juízo *a quo*, tem-se que a decisão do juízo *ad quem* que pronunciar o réu, também interromperá o curso prescricional.

Matéria prenhe de contrapontos nessa temática é a que diz respeito à manutenção ou não do efeito interruptivo da prescrição pela pronúncia quando da

---

[1741] Cf. NUCCI, 2005, p. 479.

[1742] "Ocorrendo uma *causa interruptiva*, o curso da prescrição interrompe-se, desaparecendo o lapso temporal já decorrido, recomeçando sua contagem desde o início. [...] O lapso prescricional que foi interrompido desaparece, como se nunca tivesse existido. [...] O marco interruptivo da prescrição será a data da publicação da pronúncia em cartório e não a data de sua lavratura, que pode não coincidir com sua publicação" (BITENCOURT, 2003, p. 723-724, grifo do autor).
"Ha *interrumpção* quando o curso da prescripção é desfeito em momento dado, de sorte que o tempo anterior a esse momento não póde ser contado, como util, para a consummação da prescripção" (SIQUEIRA, 2003, v. I, p. 738, grifo do autor).

[1743] Cf. GRECO, 2002, p. 731, citando a posição do STF no *HC 76.448-RS*, em 17/12/1998 – rel. Min. Néri da Silveira.

desclassificação da infração penal realizada pelo Conselho de Sentença na fase do juízo da causa[1744].

O entendimento pela manutenção desse efeito da pronúncia, mesmo após a desclassificação em plenário, dá-se em razão do fato de que à época em que foi prolatada a pronúncia a infração penal foi considerada pelo magistrado como dolosa contra a vida justificando o julgamento pelo júri. Segundo esse entendimento não parece consistente, portanto, sustentar a perda da eficácia daquela decisão.

Daí que a desclassificação pelo plenário do júri não atinge a eficácia dos efeitos da pronúncia, anteriormente prolatada, considerada válida. Por tal raciocínio, somente foi possível a desclassificação em plenário porque houve a pronúncia. Assim, uma vez válido o efeito da pronúncia para levar o réu a julgamento, também deve ser válido seu outro efeito resultante na interrupção da prescrição.

Diametralmente oposto é o entendimento de que operando no plenário a desclassificação da infração penal para outra que não seja da competência do júri, deve ser considerada inconsistente a pronúncia pela capitulação indevida, percebendo-se os prejuízos decorridos para o acusado por essa incongruência, principalmente no que diz respeito ao prolongamento do interstício prescricional.

Logicamente que num sistema garantista não há como acatar esse efeito secundário da pronúncia quando ocorre, em fase ulterior, a desclassificação da infração penal pelo júri. Uma vez que os jurados, soberanos para a causa,

---

[1744] Súmula n. 191/STJ. A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

"Assim, a desclassificação não tem o condão de anular a decisão de pronúncia. Esta continua operando seus efeitos normalmente" (RANGEL, 2009, p. 592).

"A sentença de pronúncia e a decisão que a confirma interrompem a prescrição ainda que posteriormente desclassificado o delito pelo Júri para outro de competência do juiz singular. A força interruptiva só será retirada se anulado o ato" (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral.* 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1 p. 410).

Entendendo diferentemente, tem-se que uma vez desclassificado o delito pelo júri "para outro, da competência do juiz singular, entendemos que a pronúncia, imprópria para o rito processual do crime desclassificado, não tem efeito interruptivo da prescrição" (JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81).

Pela não manutenção do efeito da interrupção prescritiva cf. DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 117-118.

reconheçam outra infração penal que não seja da competência do júri, não deve sobreviver os efeitos de um ato judicial anterior reconhecidamente inconsistente pelo Conselho de Sentença[1745].

Independentemente da postura adotada, na sistemática brasileira largamente é aceito que a prescrição se regula pela infração penal reconhecida pelo magistrado quando da sentença penal condenatória. Aplicando-se essa regra ao júri, este que é o tribunal natural para a causa, soa coerente que a prescrição deva ser regulada pela infração penal reconhecida pelo Tribunal Popular.

5.7 A intimação da decisão de pronúncia

No rito do júri, recebendo a denúncia ou a queixa o magistrado ordena a citação do acusado para responder à acusação[1746]. Com inspiração nos ideais liberais, esse procedimento foi concebido para resguardar o direito do indivíduo de tomar ciência de uma ação ajuizada contra ele, decorrendo daí a possibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório[1747].

A citação deriva da raiz latina *citare* que designa o chamamento, a convocação do indivíduo[1748]. No processo penal esse ato indica que é dada ao indivíduo a ciência do ajuizamento de uma demanda que lhe atribui a prática de uma infração penal,

---

[1745] "A decisão de pronúncia gera efeitos com carga de imutabilidade somente no tocante à indicação do órgão competente – o Tribunal do Júri – para decidir sobre a acusação que tem como de admissível encaminhamento, então desencadeando a derradeira etapa procedimental. [...] É provisória, tal como na denúncia ou na queixa, a proposta classificatória apresentada pela pronúncia, aspecto este que explica possa ser a pronúncia, ainda que transitada em julgado, alterada (então em sua parte classificatória) por circunstância superveniente. O afastamento que defendemos, do efeito interruptivo da prescrição pela decisão de pronúncia quando, ao final do procedimento, é pelos jurados operada desclassificação afastando a competência do Júri, é recusado pela Súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça" (PORTO, 2005, p. 377-378).

[1746] *Caput* do artigo 406/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

[1747] Cf. TORNAGHI, 1987, v. II, p. 142-143.

[1748] "A citação é o chamamento do réu a juizo para ver intentar a ação e acompanhá-la em todos seus atos e termos até final julgamento. [...] Indica-se como exemplo bíblico da citação o chamado do próprio DEUS, após a queda original, quando procurou por ADÃO e o chamou, dizendo: – *Adam, ubi es*?. Lê-se no Evangelho de JOÃO – '*Nemo debet inauditus damnari*'" (CÂMARA LEAL, 1942, v. II, p. 387).

proporcionando a oportunidade de se defender pessoalmente e oferecer defesa técnica. Isso demonstra a natureza da citação como uma verdadeira garantia individual[1749].

Por intermédio da citação no procedimento relativo aos processos de competência do júri leva-se à ciência do indivíduo a existência de uma ação penal que está instaurada contra ele, designando um prazo para que responda por escrito à acusação. Pela intimação, por outro lado, opera-se o conhecimento da prática dos demais atos processuais efetivados e a serem realizados nos autos[1750].

As cientificações[1751] como meios de comunicação dos atos processuais geralmente são apresentadas sob a forma de citação, intimação e notificação. Embora na prática apresentem efeitos similares, são registradas diferenças em suas estruturas conceituais[1752]. Enquanto a citação é o primeiro chamado do indivíduo a juízo, a intimação e a notificação informam acerca dos demais atos processuais[1753].

Conseguintemente, a intimação torna-se imprescindível meio de comunicação, em especial, para o acusado uma vez que informa acerca de um ato judicial pretérito. Para a realização desse meio de cientificação do processo aplicam-se as formalidades inerentes à citação, no que se mostrar pertinente[1754].

1749 "Trata-se de um corolário natural do devido processo legal, funcionalmente desenvolvido através do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, CF)" (NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 2007, p. 623).

1750 Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 209.

1751 "Cientificação vem de cientificar, isto é, tornar ciente, fazer alguém sabedor ou conhecedor de qualquer ato ou fato. [...] As cientificações, segundo a técnica processual, distinguem-se em: citações, notificações e intimações" (ROSA, 1982, p. 453).

1752 Em sentido contrário: "não vemos diferença alguma entre os termos *intimação* e *notificação*, por vezes usado na lei processual penal. Aliás, se fôssemos adotar uma posição que os distinguisse, terminaríamos contrapondo normas do próprio Código de Processo Penal, que não respeitou um padrão único" (NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 2007, p. 638, grifo do autor).

1753 "A citação é o primeiro chamado do réu a juízo para ver iniciar-se o processo e acompanhá-lo em todos seus atos até final sentença. Os outros chamamentos que se dão, durante o processo, para que o réu compareça em juízo, a fim de assistir a determinados atos, já não se denominam citações, e sim notificações. A notificação é a ciência que se dá às partes e a outras pessoas que devem intervir na causa, de alguma determinação do juiz, ordenando que façam ou deixem de fazer alguma coisa. [...] A diferença, pois, entre notificação e intimação está na existência ou não de uma ordem a ser cumprida, e da qual se dá ciência a quem a deve cumprir" (CÂMARA LEAL, 1942, v. II, p. 388).

1754 *Caput* do artigo 370/CPP. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

Antes da reforma do procedimento do júri, a sistemática utilizada para a intimação da pronúncia provocava certos contratempos à celeridade processual, principalmente nos casos dos crimes inafiançáveis nos quais deveria ser localizado o réu para tomar ciência dessa decisão interlocutória[1755], vedando-se a intimação por edital[1756]. E não localizando o acusado, decretava-se a medida constritiva para que fosse encontrado e tomasse conhecimento do ato, suspendendo-se o trâmite processual[1757].

5.7.1 A intimação da pronúncia após a reforma do rito do júri

Na reforma do rito do júri, proporcionada pela Lei n. 11.689/2008, buscou o legislador dar celeridade ao procedimento, principalmente no que toca aos atos de transição entre o *iudicium accusationis* e o *iudicium causae*. Com as modificações propostas pelo referido diploma houve expressiva alteração nas regras inerentes à intimação do acusado sobre a decisão de pronúncia.

Em sintonia com esse pensamento, o referido diploma estatui a necessidade do réu ser intimado da pronúncia pessoalmente, esteja ele solto ou preso, acrescentando a possibilidade do mesmo vir a ser intimado por edital caso não seja encontrado para receber essa cientificação[1758]. Tal comunicação por meio de edital, também denominada de *ficta*[1759], é uma providência de exceção à regra geral

---

[1755] Artigo 413/CPP (redação original). O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia.

[1756] Artigo 414/CPP (redação original). A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu pessoalmente.

[1757] Cf. NUCCI, 2008, p. 82.

[1758] Artigo 420/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A intimação da decisão de pronúncia será feita:
I – pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;
II – ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1.º do art. 370 deste Código.
Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

[1759] "O edital é a última das formas de citação, só empregada quando se exaurem todos os outros meios, e isto porque, dada a sua natureza, não se pode ter a convicção de que a notícia chegará ao conhecimento da pessoa citanda" (ACOSTA, 1973, p. 188).
"No foro criminal não se admitia, em regra, a citação edital para a formação da culpa. O edital era adotado pelo decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911 (art. 262, § 1.º)" (CÂMARA LEAL, 1942, v. II, p. 406).

indicadora da tomada de conhecimento do ato judicial pessoalmente pelo acusado. Só se admite a modalidade por edital quando não for possível saber a exata localização do réu, onde o mesmo poderia tomar ciência do ato judicial realizado[1760].

A viabilidade de haver intimação da pronúncia ao acusado solto por meio de edital, sem a paralisação do feito, é medida que deve ser aplaudida tendo em vista que o legislador ordinário se inspirou no preceito constitucional da celeridade na tramitação processual[1761]. Além do mais, é dever do acusado comunicar o juízo acerca da alteração e atualização dos dados referentes à sua residência[1762].

Uma vez efetuada a intimação por edital e transcorrido o lapso temporal assinado, a pronúncia preclui, premissa autorizadora do seguimento do feito para o julgamento em plenário[1763]. Na sistemática vigente do júri não mais é obrigatória no julgamento a presença do pronunciado solto que tenha sido regularmente intimado[1764]. O espírito que move a aludida reforma é o de consagrar a garantia do indivíduo à ampla defesa, informando-o da decisão de admissibilidade acusatória para que juntamente com sua defesa técnica interponham recurso no prazo legal ou preparem os argumentos a serem expostos perante o Conselho de Sentença.

[1760] "Citação real, também chamada de pessoal ou *in faciem*, é aquela feita na própria pessoa do réu. Constitui a regra. A citação ficta é, em nosso direito, providência de exceção, somente admissível, de regra, depois de apurado que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido" (TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 176).

[1761] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[1762] Artigo 367/CPP (redação ditada pela Lei n. 9.271/1996). O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

[1763] Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 41-42.

[1764] *Caput* do artigo 457/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

"Em síntese, considerando que ambos contêm normas mistas, entendemos que o art. 420 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.689/2008) deve ser aplicado em consonância com o art. 366 do CPP (com a redação dada pela Lei n. 9.271/1996) [...]. O CPP não estabeleceu o prazo para a intimação da pronúncia, por edital, em relação ao acusado que não for encontrado. Entretanto, o art. 370, *caput*, estabelece que, 'Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior', ou seja, os dispositivos sobre a citação. [...] Portanto, o prazo da intimação, por edital, da pronúncia, poderá ser fixado entre 15 e 90 dias, de acordo com as circunstâncias. Findo o prazo, contado da publicação na imprensa, o acusado será considerado intimado".

CAPÍTULO VI

A PRONÚNCIA NA ORDEM PROCESSUAL GARANTISTA

SUMÁRIO: 6.1 A dignidade da pessoa humana: 6.1.1 A origem e o sentido inicial do princípio da dignidade humana; 6.1.2 A dualidade entre princípio e norma jurídica; 6.1.3 A dignidade como fundamento na ordem constitucional; 6.1.4 Preceito de natureza absoluta e de conteúdo relativo; 6.1.5 A incidência no processo penal – 6.2 A ordem processual garantista: 6.2.1 A natureza garantista do procedimento – 6.3 Dos limites da fundamentação da pronúncia: 6.3.1 A motivação como imperativo legal; 6.3.2 A linguagem utilizada na fundamentação; 6.3.3 A motivação e as teses defensivas; 6.3.4 A vedação à menção do conteúdo da pronúncia nos debates – 6.4 As circunstâncias qualificadoras na pronúncia: 6.4.1 A especificação da qualificadora na pronúncia; 6.4.2 Da qualificadora não contida na peça acusatória – 6.5 As causas de aumento de pena na pronúncia: 6.5.1 A especificação das majorantes – 6.6 O aforismo do *in dubio pro societate*: 6.6.1 O *in dubio pro societate* numa perspectiva constitucional – 6.7 Da correlação entre a acusação e a pronúncia: 6.7.1 A definição jurídica diversa do fato narrado na peça acusatória; 6.7.2 A nova definição jurídica do fato; 6.7.3 Da circunstância superveniente à preclusão da pronúncia; 6.7.4 Da inclusão de outros réus no âmbito da pronúncia – 6.8 As infrações penais conexas e a pronúncia: 6.8.1 Da inadmissibilidade da análise acusatória; 6.8.2 Da motivação da pronúncia quanto às infrações conexas – 6.9 A prisão na pronúncia: 6.9.1 Fundamento e modalidades de prisão; 6.9.2 A origem da recomendação da prisão como efeito da pronúncia; 6.9.3 A prisão na pronúncia como medida excepcional; 6.9.4 A duração da prisão cautelar na pronúncia.

"Será genuína sabedoria de vida de quem possui algo de justo em si mesmo, se, em caso de necessidade, souber limitar as próprias carências, a fim de preservar ou ampliar a sua liberdade, isto é, se souber contentar-se com o menos possível para a sua pessoa nas relações inevitáveis com o universo humano."

AFORISMOS SOBRE A SABEDORIA DA VIDA

ARTHUR SCHOPENHAUER (1788 – 1860)

6.1 A dignidade da pessoa humana

Uma imensidade de degraus foi palmilhada até que se fizesse constar num texto constitucional um abrangente e eficiente sistema de garantias. Este mecanismo está arraigado no bojo da Carta Política de 1988, de onde emite um feixe de princípios orientadores da aplicabilidade das regras constantes do ordenamento jurídico nacional visando à harmonia do Estado Democrático de Direito.

A temática que versa sobre a pronúncia deve ser contextualizada à luz dos princípios derivados do reportado sistema garantista[1765]. A proposta dessa dinâmica é analisar e compreender o referido instituto processual a partir do preceituado nos limites constitucionais, defendendo sempre o cumprimento das cláusulas caracterizadoras do devido processo legal[1766] por parte do Estado, para que o réu tenha assegurado a seu favor a adequada análise da imputação que lhe é atribuída e, conseguintemente, um julgamento justo[1767].

A harmonização das regras processuais ao núcleo desse sistema de garantias[1768] representará, na prática, a efetivação dos princípios constitucionais em todos os níveis em que se trava o processo penal, propiciando à pronúncia – objeto do presente trabalho – contornos garantistas. Assim cumpre-se a tão badalada adequação das regras constantes da legislação ordinária aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição da República de 1988.

Esta Carta Política estabelece princípios e regras para a sistematização da atividade processual de modo que sejam respeitados os direitos fundamentais das partes litigantes num processo[1769], sob risco de ver-se anulada a prestação jurisdicional que não observar a mínima ordem processual garantista, núcleo do Estado Democrático de Direito.

[1765] É de se notar que "a Constituição de 1988 caracteriza-se, no âmbito das garantias processuais do cidadão, por assegurar direitos individuais e coletivos por meio de normas que dignificam o homem em toda a extensão dos seus anseios" (DELGADO, 1992, p. 90-91).

[1766] O devido processo legal "se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal). E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente assentado, numa *garantia* conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*, mediante a efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num *prazo razoável*" (TUCCI, 2009, p. 60, grifo do autor).

[1767] "Um julgamento criminal somente se pode considerar justo se nele tiverem sido respeitados os princípios que se agrupam sob a rubrica 'devido processo penal', que não compreende apenas a necessidade de citação e a oportunidade de ser ouvido" (SUANNES, Adalto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 403).

[1768] Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 683-687.

[1769] "Os direitos humanos, por seu lado, estendem-se na sua conceituação e amplitude (direitos individuais, sociais, coletivos, difusos) e, principalmente, se universalizam: sua natureza e projeção transcendem fronteiras geográficas e sistemas de governo, ideologias e teorias econômicas. Situam-se acima de tudo" (GARCIA, 2004, p. 140).

Para tanto, a referida Carta Política em seu frontispício consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*[1770], preceito inerente ao ser humano, presente desde sua concepção e que deve ser observado em todos os níveis em que haja, principalmente, uma relação entre o Estado e o indivíduo[1771].

Invocar o fundamento constitucional da dignidade pressupõe reconhecer a pessoa como ser humano diferenciado dos demais seres devido sua racionalidade e sociabilidade[1772], devendo se desenvolver em meio apropriado para atender as suas necessidades. É reconhecer-se na pessoa sua autodeterminação em relação ao Estado e a todos os outros seres[1773].

6.1.1 A origem e o sentido inicial do princípio da dignidade humana

Conceituar em toda sua extensão o princípio da *dignidade da pessoa humana* é missão tormentosa na qual se incorre no risco de fomentá-la com expressões de conteúdo subjetivamente indeterminado. A etimologia da palavra *dignidade* tem origem no remoto latim *dignus*[1774] que era utilizado para referir-se a todo indivíduo que fazia jus à estima, era honrado e, por consequência, merecedor de importância no meio em que vivia.

[1770] Art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;
[...]

[1771] "Esse postulado como elemento inato aos homens é, nos tempos atuais, reconhecidamente essência e fundamento da sociedade, sem o qual, aliás, não se justificaria. [...] O termo dignidade remete à idéia de brio, daquele que é merecedor de respeito; entretanto, a conformação de seu conteúdo, em razão de sua intensidade, não é tarefa fácil" (SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 224).

[1772] "*Dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (SILVA, 2005, p. 105, grifo do autor).

[1773] Cf. MIRANDA, 1990, p. 165-171.

[1774] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-79.

A noção acerca dos direitos do homem foi construída a partir das crenças religiosas e culturais que entendiam o ser humano único, porém, carecedor de proteção dos deuses pagãos. Em decorrência disso surge o primeiro registro de uma declaração dos direitos humanos, constante da peça denominada de Cilindro de CIRO, um cilindro de barro com superfície em relevo escrito por volta de 539 a.C. pelo rei da antiga Pérsia (atual Irã), CIRO – *o grande*. É o primeiro registro escrito de um documento oficial que destaca os direitos humanos[1775].

Concebido como categoria espiritual, o vocábulo *pessoa* assume importância com o advento do Cristianismo[1776]. Como herança de um dos insuperáveis mandamentos de JESUS CRISTO, o vocábulo é utilizado para representar a idéia da unidade do ser humano[1777], este que passa a ser detentor de direitos fundamentais[1778], criado à imagem e semelhança de Deus e que, em consequência desse pensamento, distanciava-se dos demais animais por possuir dignidade[1779].

Dessa nova concepção do ser humano decorre o necessário reconhecimento de sua individualidade, contrastada com a necessidade social do Estado. Da origem do princípio, assente num valor de ordem moral, observa-se aos poucos a sua introdução nos ordenamentos constitucionais[1780], fazendo com que fosse aceito

---

[1775] Observa-se que "no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo [...], bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30-31).

[1776] "O Cristianismo exerceu função preponderante para a concepção da dignidade ínsita ao ser racional. Queira-se ou não aceitar esse fato, a contribuição da doutrina da Igreja para o pensamento universal passa pelo reconhecimento da igualdade entre os homens" (NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192).

[1777] Com o advento do Cristianismo "que preconizava o homem à imagem e à semelhança de Deus, consolidou-se definitivamente a idéia de que, semelhante ao Criador, o ser humano, por si, era dignitário de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana, a autodeterminação etc." (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 119).

[1778] Cf. TOBEÑAS, Jose Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992, p. 38-41.

[1779] Cf. BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales, 1996, p. 118-119.

[1780] A dignidade é um "conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica" (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-47).

numa dimensão jurídica como norma positivada[1781], muito embora houvesse resistência em admiti-lo como um preceito estatal porque não cabia ao Estado imiscuir-se na vida do cidadão[1782].

IMMANUEL KANT vislumbrou o princípio como um imperativo categórico cujo valor na cultura dos povos beira a noção do *absoluto*. Defendia o filósofo que o ser humano tinha um valor peculiar, intrínseco, existente por si só e, pelo fato de existir, já possuía dignidade[1783]. Asseverava, no entanto, que qualquer tentativa de excepcionar ou relativizar esse princípio seria infundada pela própria razão de ser, a qual se confundia com a existência humana.

Construiu-se, a partir de então, a noção de que o homem é um fim em si mesmo e não meio para os demais seres. Por conseguinte, é pessoa dotada de dignidade por sua racionalidade[1784]. O ser humano nasce com o atributo da dignidade porque esta é parte essencial da personalidade e isso traduz, na prática, a obrigação genérica de respeito à liberdade individual, refletindo na aceitação da igualdade entre todos os integrantes da raça humana[1785].

O contraponto estabelecido no entorno da magnitude do termo *dignidade* encontra-se na teoria de JOHN RAWLS, para o qual a indagação não reside na proposta Kantiana acerca do que precisa ser feito para que uma pessoa respeite a si própria, mas determinar como se pode conceber uma sociedade fundamentalmente estruturada de modo a afirmar e a favorecer adequadamente o respeito de si entre seus cidadãos[1786].

1781 Cf. ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 119.
1782 Cf. REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3-4.
1783 Cf. NUNES, 2002, p. 52-53.
1784 Cf. ABBANANO, 2003, p. 276.
1785 Cf. QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 17-19.
1786 "RAWLS não concebe o respeito de si como um dever moral individual, mas como um 'bem fundamental', um bem que virtualmente todo indivíduo consideraria como objeto do seu desejo racional, quaisquer que sejam as outras coisas que ele deseje [...]. Um elemento capital de tal teoria da justiça é o argumento segundo o qual, se fossem adotados, esses princípios de 'justiça como eqüidade' (liberdade e oportunidades iguais para todos, e o 'princípio da diferença') favoreceriam mais o respeito de si do que os princípios utilitaristas" (DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL. Monique Canto-Sperber (Org.). Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, v. 1, p. 443-444).

Um dos marcos de importância para a inserção do princípio da dignidade da pessoa nos textos constitucionais foi a Segunda Grande Guerra Mundial. Com seu fim surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948[1787], cujo preâmbulo[1788] consagrou a dignidade da pessoa humana como um bastião a ser observado pelas nações, universalizando-se como a premissa maior da relação entre Estado e indivíduo. A partir desse documento o preceito passou a fazer parte dos textos constitucionais de boa parte das nações mundiais.

6.1.2 A dualidade entre princípio e norma jurídica

O direito[1789] assenta-se sobre um sistema de regras e princípios que proporciona a possibilidade de convivência entre os indivíduos restabelecendo a harmonia quando da existência de um conflito. As regras desse sistema são estudadas em dois grandes grupos[1790]. As denominadas regras *primárias* são aquelas que determinam às pessoas fazerem ou deixarem de fazer algo. As *secundárias*, por

---

[1787] Delineando os direitos humanos fundamentais a todos os povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948 (A/RES/217). Com esboço principal do advogado e jurista canadense JOHN PETERS HUMPHREY (1905 – 1995), a redação final da Declaração contou com a colaboração de signatários de vários países. Nesse sentido: HUMPHREY, John P. *Human Rights and the United Nations: a great adventure*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984, p. 6-15.
Cf. SILVA, 2008, p. 224.

[1788] Da parte inicial do preâmbulo consta que: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]".

[1789] "O direito é o conjunto das condições sob as quais a liberdade de um se harmoniza com a liberdade de outrem mediante uma lei geral chamada Liberdade" (Enciclopédia Saraiva de Direito,1997, v. 25, p. 61-62).
O direito também pode ser vislumbrado como: "a) disciplina social, que se impõe à comunidade humana; b) conjunto de regras e instituições jurídicas; c) conjunto de formas pelas quais as regras e instituições se exteriorizam; d) ciência que estuda essas regras e instituições; e) ideal de justiça, meta colimada pelas normas jurídicas; f) eqüidade, palavra igualmente de sentido variado; g) conjunto dos *direitos* de que as pessoas desfrutam" (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 76, grifo do autor).
"Sintetizando essas noções, podemos dizer: é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana, que estabelecendo, nas relações entre os homens, uma proporção de reciprocidade nos poderes e nos deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais e evolucionais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em conseqüência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público. [...] Essa noção não parte da sociedade, menos ainda do Estado, para atingir o homem. Ao contrário, partindo da natureza humana, alcança a organização social e visa a disciplina das condições de coexistência e de aperfeiçoamento dos indivíduos, dos grupos sociais e da própria sociedade. E assim fixa o conceito unitário e básico sôbre o qual tôda a estrutura do direito se ergue" (RÁO, 1952, v. I, p. 43).

[1790] Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbelkian, 1986, p. 91-92.

seu turno, garantem a possibilidade de conceber, modificar, julgar ou derrogar as regras primárias, exercendo um controle sobre aquelas.

As normas jurídicas, como previsão de tipos ideais de condutas ou condutas idealizadas, estão sempre vinculadas a um modelo concebido como o dever-ser, uma otimização das condutas previsíveis. De outra via, há normas instrumentalizadoras – de natureza conceitual ou processual – que definem qualificadoras comportamentais, como as circunstâncias atenuantes e agravantes, ou disciplinam as demandas ajuizadas.

Os princípios são considerados como valores morais que indicam a justiça, a equidade, que incidem sobre tudo e que servem de sustentação para todos os demais preceitos estatuídos num ordenamento[1791] e auxiliam no ato de conhecimento[1792]. Devem ser conciliados quando postos em conflito[1793], uma vez que não existe gradação jurídica entre eles, cabendo ao intérprete deles extrair o sentido harmônico.

A principal distinção entre os princípios e as normas é que nestas, além da gradação que possa existir, constam os efeitos jurídicos que devem ser observados quando da ocorrência de determinada situação nelas prevista[1794]. Os princípios, por seu turno, indicam um fundamento ao intérprete da norma[1795], não uma condição de aplicabilidade. As normas jurídicas conflitantes obrigam a que uma ceda em detrimento da outra porque somente uma pode ser válida.

[1791] "O princípio é aquilo que, uma vez identificado, não pode ser alterado, devendo incidir sobre tudo. É algo universal, absoluto, do qual não se pode escapar" (NUNES, 2002, p. 52-53).

[1792] "Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. [...] A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato de conhecimento" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 137-138).

[1793] Cf. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990, p. 290-296.

[1794] "Os princípios são mais abstratos e daí vagos em suas formulações, na comparação com as normas, menos gerais e mais precisas. Isso significa que usualmente as normas se aplicam diretamente ao caso concreto, enquanto os princípios precisam de intermediação normativa. Enquanto as normas se reportam a determinado fato visando uma tipificação ou quase isso, os princípios apontam valores, o que alarga a determinação do seu conteúdo. Os princípios podem ser reconhecidos implicitamente no sistema jurídico ou mesmo supostos. As normas devem existir efetivamente para poderem ter validade, vigência e eficácia" (CANOTILHO, 1993, p. 118-119).

[1795] "A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema" (MIRANDA, 1990, p. 200-201).

Do exposto dessume-se que os princípios e as regras são normas compostas por expressões que indicam uma proibição, uma permissão ou um mandamento, percebendo-se uma tendência atual em normatizar os princípios no ordenamento jurídico[1796]. Destarte, dos princípios emanam comandos universais, peculiaridade inexistente nas normas jurídicas[1797].

6.1.3 A dignidade como fundamento na ordem constitucional

Do imperativo Kantiano[1798] de que cada homem é um fim em si mesmo infere-se que a dignidade da pessoa humana é um valor único[1799]. Conforme aduzido, a Carta Política de 1988 estatui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil[1800], o centro de convergência de todos os direitos individuais[1801].

Esse mandamento indica que a razão de ser do Estado é o ser humano, o indivíduo em toda a sua completude. Esse fato é comprovado também pela alusão da temática referente aos direitos e garantias fundamentais estar posicionada antes

---

[1796] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230-235.

[1797] Os princípios "são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam-se os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6-8).

[1798] A máxima do imperativo kantiano "determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito" (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3. ed., 2003, p. 49).

[1799] No caso da dignidade da pessoa humana "diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana [...], mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal" (SARLET, 2001, p. 38-39).

[1800] O objetivo principal da colocação da dignidade no texto constitucional foi fazer com que a pessoa seja "fundamento e fim da sociedade, porque não pode sê-lo o Estado" (TAVARES, 2007, p. 508).

[1801] "É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete" (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 421).

da que faz referência à organização do Estado no texto constitucional, permitindo inferir-se nesse sentido[1802].

De antemão cumpre destacar que o legislador constituinte na elaboração da Carta Política de 1988 fez uso de dois vocábulos distintos: *direitos* e *garantias* fundamentais[1803], assegurando que os direitos possuem o caráter declaratório, ao passo que as garantias instrumentalizam tais direitos. Dessa forma a inferir-se que os direitos fundamentais têm por fim a proteção da dignidade humana[1804].

No texto constitucional de 1988, a positivação da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa representa a elevação desse preceito à categoria de princípio maior do Estado brasileiro. Isso faz concluir que todos os demais direitos fundamentais lhe dão suporte[1805] e, por via oblíqua, são considerados como valores fundamentais para que então assegurem a dignidade do ser humano[1806].

Corolário lógico dessa posição topográfica da dignidade é que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista sempre o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão é que se infere que a pessoa é o caro valor da democracia, o núcleo das

---

[1802] Na Constituição da República de 1988 o Título II trata dos *Direitos e Garantias fundamentais* (artigos 5.º ao 17), enquanto que o Título III trata da *Organização do Estado* (artigos 18 ao 43).

[1803] "A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a RUI BARBOSA, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias" (MORAES, 2002, p. 61, grifo do autor).

[1804] "Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. [...] Às preocupações com a tutela das liberdades sucederam-se institutos tutelares das necessidades materiais e, posteriormente, tutelares da preservação do gênero humano. [...] Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, ou seja, a denominação de um direito como fundamental traz consigo um rol de características que, ao mesmo tempo em que forjam um traço unificador desses direitos, fazem com que eles sejam reconhecíveis enquanto tais pela presença desses aspectos" (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 110-118).

[1805] "A boa aplicação dos direitos fundamentais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais" (MENDES, 2008, p. 130).

[1806] "La dignidad de la persona es una de las medidas de los derechos fundamentales [...] la fuerza expansiva de los derechos fundamentales no es un fenómeno cuyo límite pueda encontrarse en barreras externas, extrãnas a la propia racionalidad del derecho que no puede encontrarse en otro lugar que en la dimensión del hombre como persona" (ARNAU, Juan Andrés Muñoz. *Los limites do los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, p. 49-50).

atenções do Estado, este que deve agir comprometido em sustentar, sob quaisquer penas, a integridade do indivíduo[1807]. A afirmação dos direitos específicos do homem é a consequência do preceito da dignidade da pessoa humana, esta que é o coração dos direitos fundamentais[1808]. Situado no interior da Carta Política, esse princípio assume a função de fonte inspiradora positivada dos direitos[1809] basilares, atestando uma unidade de observância obrigatória ao sistema jurídico brasileiro.

Estruturalmente, além de garantir a integração das normas jurídicas, o princípio da dignidade da pessoa humana assume duas outras importantes missões no ordenamento jurídico, quais sejam: orientar a interpretação constitucional na aplicabilidade das normas jurídicas e servir de fundamento para a sustentação do próprio ordenamento nacional[1810].

As normas de direito fundamental, por sua alta posição na ordem jurídica, são concebidas como balizas que vinculam a atuação do poder estatal e não podem ser modificadas através de processos legislativos comuns. Daí porque a interpretação e aplicação das demais normas constantes do ordenamento jurídico devem ser realizadas à luz do que estatuem as primeiras.

6.1.4 Preceito de natureza absoluta e de conteúdo relativo

É notar que no texto constitucional a formulação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil[1811] o faz ser

---

[1807] Cf. SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 50.

[1808] Cf. NUNES, 2008, p. 424.

[1809] Cf. PÉREZ LUÑO, 1990, p. 317-320.

[1810] Cf. MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996, p. 64-67.

[1811] "pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular" (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59).

apreendido com intocável magnitude dentro de seu limite intransponível[1812], de natureza absoluta, portanto.

No entanto, para a efetividade desse fundamento há necessidade de que ele seja amparado por um sistema de direito com poder de coação, uma vez que o Estado tem por missão garantir a pessoa humana em sua inteireza[1813], ressaltando-se sempre que a dignidade decorre da própria existência do ser humano, é congênita deste[1814].

Uma discussão com reflexos na aplicação das regras processuais é a que orbita em torno da possibilidade de ser o princípio da dignidade da pessoa humana o princípio máximo, absoluto, preceito extremamente forte que não comporte nenhuma atenuação frente os demais princípios ou, de outra banda, limitável em seu conteúdo, relativizado. Não há entendimento pacífico na doutrina estrangeira e nacional.

Ao se admitir a dignidade da pessoa humana como princípio maior, absoluto para o qual todos os demais princípios devem observância irrestrita e invariável, roga-se que as regras e princípios de um ordenamento jurídico sejam elaborados e aplicados para garantir o valor da pessoa, sua unicidade, sua autodeterminação, sua afirmação frente ao Estado[1815].

[1812] "A dignidade da pessoa humana – ponto comum também a todos os outros direitos fundamentais – constitui-se em um limite intransponível, linde que o legislador não pode ultrapassar. [...] O princípio da dignidade humana espelha ao ser humano, no sentido ôntico, o que se realiza a partir não só do conhecimento, mas também da garantia de um conjunto de bens ou valores imprescindíveis, essenciais mesmo, ao indivíduo e à comunidade da qual faz parte, denominados direitos sociais" (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113).

[1813] Nesse sentido "se é o respeito pela dignidade humana a condição para a concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação" (PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400).

[1814] Desse preceito fundamental dessume-se que "o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. É no relacionamento entre as pessoas e o mundo exterior, e entre o Estado e a pessoa, que se exteriorizam os limites da interferência no âmbito desta dignidade. O seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito" (SILVA, 2008, p. 227).

[1815] Vê-se que "a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...] ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa" (SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional & Celso Bastos Editor, 1999, p. 94).

Adversamente, entendendo pela inexistência na sistemática jurídica de um princípio absoluto, supremo aos demais, acata-se a formulação de que a dignidade da pessoa humana seja formulada e aplicada desdobrada em duas porções: uma como regra e outra como princípio[1816].

Por essa percepção admite-se sua ponderação quando confrontada com os demais princípios, exigindo do intérprete das normas a equalização e a extensão do sentido que deve prevalecer no caso concreto[1817].

A referência à natureza absoluta da dignidade da pessoa humana diz respeito à desnecessidade de haver qualquer inserção de cláusulas ou limitações em sua estrutura semântica. O que se afirma é que o referido princípio conta com uma série de fatores condicionantes que o faz anteceder todos os demais princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, de modo que é possível observar em cada direito fundamental um traço do princípio da dignidade da pessoa humana[1818].

Em linhas gerais, partilhando da relativização do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, ou sua limitabilidade[1819], nota-se que mesmo que

---

[1816] Dessa forma "por mais que se tenha a dignidade como bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto, e em certo sentido [...] irá depender da vontade do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada" (SARLET, 2001, p. 131-134).

[1817] "Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas" (NUNES, 2002, p. 19-20).

"Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*)" (MORAES, 2002, p. 60-61, grifo do autor).

[1818] "Já o conteúdo da regra da dignidade da pessoa, por sua vez, poderá sim sofrer restrições, na medida em que será delimitado pelo cotejo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios, cotejo no qual caberá a ponderação, óbice a qualquer pretensão totalizadora do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] não seria admissível utilizar-se unicamente do método lógico-indutivo para afirmar, intransigentemente, que todo e qualquer direito fundamental ou princípio possui em sua essência uma lasca da dignidade da pessoa humana. Não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em um mito" (TAVARES, 2007, p. 516-518).

[1819] "Os Direitos Fundamentais, aliás em comunhão com os demais direitos, não são absolutos, mas limitáveis. [...] Não fosse o raciocínio juridicamente mais acertado, o intérprete teria de chegar à conclusão de que o caráter absoluto de um dos direitos envolvidos aniquilaria o outro, negando vigência e eficácia a um dispositivo igualmente constitucional. [...] essas chamadas 'colisões' de direitos são representadas por situações em que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental [...] os direitos fundamentais, porquanto desvestidos desse caráter absoluto, são limitáveis" (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 123-125).

inexistisse sua positivação na ordem jurídica nacional, ainda assim, seria possível apreender seu sentido devido sua natureza absoluta a grassar sobre as demais regras e princípios existentes no ordenamento[1820].

6.1.5 A incidência no processo penal

O fundamento da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a observância do tratamento adequado que deve ser dado ao réu no processo penal. Como valor intrínseco a todo ordenamento, a dignidade é algo real, irrenunciável e inalienável, uma situação material que deve ser diuturnamente seguida sob o risco de anular toda atividade estatal pautada no arbítrio e excessos intoleráveis. O desrespeito à dignidade da pessoa humana constitui-se uma ferida aberta contra a própria existência do ser[1821].

A atuação do magistrado no processo penal deve ater-se ao confronto entre a defesa social e o direito de liberdade à luz dos fundamentos da República brasileira. Desse entendimento pulula que qualquer ato jurisdicional deve ser realizado sob a real inspiração desse paradigma de respeito que é o tratamento digno da pessoa do réu. Esse princípio deve orientar as balizas em que se legitima a intervenção estatal sobre a liberdade do acusado.

Dessa forma, no campo da atividade jurisdicional, o fundamento da dignidade da pessoa humana inspira a liberdade do magistrado em seu ofício, cuja responsabilidade principal é a de velar pela administração do processo[1822], aplicando

---

[1820] "Ter-se-á, então, de incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra" (NUNES, 2008, p. 423).

[1821] A dignidade "constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas" (SARLET, 1998, p. 103).

[1822] "um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas" (NUNES, 2002, p. 50-51, grifo do autor).

a lei ao caso concreto. Esse *superprincípio*[1823] revela ao juiz as diretrizes nas quais opera a atividade estatal para que não se suprima a liberdade individual do acusado sem regra ou condição autorizadora, respeitando-o em sua integridade física e psíquica[1824].

Tendo em vista a magnitude que circunscreve o fundamento da dignidade humana, irradiando suas luzes para os demais princípios que repousam sobre o ordenamento jurídico nacional, não pode ser desconsiderado em nenhum ato de criação, interpretação e aplicação de normas jurídicas[1825].

E nisso pode residir a maior dificuldade, qual seja, enxergar o acusado como um ser que tem o direito de ver apreciados os seus argumentos[1826] à luz da presunção do estado de inocência que ainda lhe é atribuído[1827]. Deve-se visualizar sempre na dignidade humana o paradigma em que deve se estribar a decisão judicial, afastando o tratamento discriminatório[1828].

Por outro lado é de bom alvitre ressaltar que interessa para a sociedade a reprimenda à prática delituosa através de um processo penal cabal, dotado de mecanismos aptos a promover a justiça. Nesse sentido também se destaca o fundamento da dignidade humana ao se buscar a harmonia e paz da sociedade como um todo, notando a eficiência do aparelho estatal em punir os responsáveis pela infração penal. Pontualmente a partilhar desse entendimento está a assertiva que

---

[1823] "A constituição brasileira tem como superprincípio a dignidade da pessoa humana. Todo e qualquer outro princípio se submete a esse. Toda e qualquer legislação tem de levar em conta essa opção. A dignidade é aparentemente abstrata. Não se trata de uma norma que se explica por si mesma" (CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003, p. 111).

[1824] Cf. GARCIA, 2004, p. 211.

[1825] Cf. NUNES, 2008, p. 423.

[1826] "O Estado concede ao imputado armas eficazes para, em teórica condição de igualdade, resistir a uma acusação injusta. Essa dinâmica se institui no processo penal, pela estipulação de funções definidas de quem nele atuam [...] e dos ônus e prerrogativas das partes e do julgador. E o processo deve ser, ao mesmo tempo, eficiente para a comunidade e garantista para o acusado" (PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 642).

[1827] Cf. SARLET, 1998, p. 106.

[1828] "Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção ao indivíduo contra exposição e ofensas ou humilhações" (MENDES, 2008, p. 130).

atribui a mecanismos como a decisão de pronúncia, na seara do processo penal, um meio hábil de controle das atividades relacionadas à acusação no especial procedimento do júri[1829].

Ao decidir sobre a aplicação da norma penal ou processual, decide também o magistrado pela vida do acusado[1830]. O tratamento digno é um mandamento ético[1831] acobertado pelo senso maior de justiça[1832]. E nesse sentido é que o presente trabalho defende a aplicabilidade dos ditames oriundos do fundamento da dignidade da pessoa humana à pronúncia, tornando a aplicabilidade deste ato não só um mecanismo de controle da atividade estatal como um verdadeiro atracadouro de garantias aos direitos do acusado.

6.2 A ordem processual garantista

Desenvolvida a partir dos ideais do Iluminismo, a denominada *teoria garantista* toma como núcleo a concepção de *pessoa* e os direitos fundamentais circunscritos a ela[1833]. Com base no binômio *pessoa x direitos fundamentais*, a citada teoria observa como deve ser constituído o Estado e quais os limites de sua atuação, levando-se em

---

[1829] Cf. PIMENTEL, 2008, p. 642.

[1830] Cf. COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 38.

[1831] Dessa forma é a dignidade da pessoa humana "y su respeto por parte del poder público, tiene una especial calidad ética cuando se trata de hacerla respectar respecto de aquellos que han delinqüido: es en esas circunstancias cuando la respuesta social no puede ser la venganza, ni el opróbrio a la condición humana, sino la sanción (la privación de un bien jurídico como la libertad o el patrimônio) para seguridad de los detenidos y no como castigo" (LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995, p. 47-49).

[1832] "Bem ou mal o juízo constrange o réu a viver de novo o delito e, por isso, desperta sua consciência. Geralmente, é o juízo do juiz o que, convencendo-o de sua má ação, inspira-lhe a vergonha dela. E, juntamente com o juízo explícito do juiz, o juízo tácito do público agrava seu peso. Nenhum sofrimento é mais apto do que este para levar ao arrependimento, com o qual a liberdade se reconquistará". (CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 42).

[1833] "O Iluminismo, mais do que uma determinada filosofia, consistiu numa nova cosmovisão desenvolvida a partir do colapso da civilização medieval, que pretendia 'iluminar com a razão' o obscurantismo e os exageros provocados pelo excessivo apego à religião e à tradição. [...] Com esse fundamento, o Iluminismo tomou como ponto de partida para as suas especulações o homem natural, ou seja, o homem antes de seu ingresso na vida social, dando origem ao Jusnaturalismo e ao Contratualismo" (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 390).

conta que o ente estatal é uma ficção criada para servir à sociedade, é fruto da existência desta[1834].

O postulado teórico definido pela teoria garantista assume que, hodiernamente, o ordenamento jurídico dos Estados democráticos funda-se na justiça, legitimidade e racionalidade. Mesmo assim, quando de sua aplicação pelo Estado, é observado o descumprimento daqueles fundamentos fazendo com que exista uma antinomia: de um lado um sistema garantista de envergadura constitucional e, de outro, uma prática jurídica sem efetivação dos desideratos desse sistema[1835].

A proposta com pauta no garantismo é a de equacionar os termos que emanam de um modelo garantista à prática normativa, minimizando as arestas entre ambos. A partir daí identificam-se três possíveis significados associados ao garantismo, os quais demonstram a necessidade corrente da realização de uma adaptação da sistemática jurídica posta em prática aos fundamentos constitucionais.

Dessa forma, o garantismo pode ser apreendido como: a-) um padrão normativo de direito a ser implementado visando uma adequação entre o modelo constitucional e a aplicação as normas infraconstitucionais; b-) uma construção jurídica para reavaliar os conceitos de validade e efetividade, evitando a vigência de um válido sistema de garantias porém não efetivo; e c-) uma filosofia existente para apontar, criticando, os eventuais desvios e excessos da atividade estatal frente aos fins sociais pelos quais foi concebido[1836].

[1834] Surgiu essa teoria do interesse em elaborar um "sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder" (FERRAJOLI, 2002, p. 7-8).

[1835] O núcleo da teoria garantista impõe ao Estado e ao ordenamento jurídico "um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantias dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do direito" (CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 155).

[1836] Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 682-686.

6.2.1 A natureza garantista do procedimento

Instituindo o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988 desencadeou uma necessária adequação do ordenamento jurídico nacional ao novo modelo político-social que nela finca raízes. Para que essa dinâmica ocorra com êxito é necessário apreender o direito como promovedor de medidas práticas que assegurem essa transformação, vislumbrando na lei um instrumento de ação concreta do Estado[1837].

Para que efetivamente se operem as necessárias adaptações, o direito não pode ser entendido como mera formalidade, um simples instrumento de aplicação da lei. A função de garantia que se atribui ao direito é visualizada no contexto do caráter positivista das normas – positivismo jurídico – e também pela submissão destas normas ao direito, refletindo a natureza de um Estado Democrático e Constitucional de Direito[1838].

Anota o garantismo o desafio de impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais, que se desvie dos objetivos pelos quais justifica sua existência. Em sua proposta central, o garantismo postula preceitos que, obrigatoriamente, devem estar vinculados às finalidades perseguidas pelo Estado Democrático de Direito, tendo na dignidade da pessoa humana o princípio norteador da citada dinâmica.

O corolário dessa tomada de postura é observado quando se impõe aos operadores do direito uma ruptura com o modelo que prega a aplicação da lei enleada nos formalismos cujos resultados se afastam do verdadeiro espírito constitucional. No mesmo toque em que se prega a ruptura, se proclama a necessidade de que os mesmos operadores adotem medidas práticas visando à

[1837] Cf. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67-70.
[1838] Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 465-475.

materialização dos direitos fundamentais. A pensar de outra forma estaria dispensando o devido respeito à ordem constitucional instituída[1839].

Segundo os preceitos da citada teoria, concebendo-se um *sistema garantista* não há como tolerar o direito posto dentro de uma roupagem simplesmente formal, ou seja, servindo apenas como instrumento apto a elaborar normas de procedimento. Em nível mais elevado e útil, o direito estabelece um arco de conteúdos materiais encadeados pela norma jurídica aos princípios e fundamentos constitucionais[1840]. Isso proporciona um indicativo de que a legislação infraconstitucional seja aplicada tendo em vista o modelo garantista estatuído na Constituição vigente desde outubro de 1988.

Preocupando-se com os meios pelos quais se desenvolve o processo, o texto constitucional vigente não só destaca como garantia das partes as premissas do devido processo legal[1841], como categoricamente impõe a igualdade processual, de modo que deve preponderar o equilíbrio entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do acusado, evitando o tratamento discriminatório[1842].

A fim de se constatar se o procedimento penal está conectado à ordem processual garantista deve-se analisar se apresenta uma sistemática que seja proporcional à gravidade da infração penal, bem como, se é também dotado de uma dinâmica voltada à efetividade das garantias constitucionais, tendo em vista a celeridade para que ocorra a prestação jurisdicional adequada.

1839 Cf. CADEMARTORI, 1999, p.72-74.

1840 Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 681-685.

1841 "Por outro lado, obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. [...] O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado-jurisdição, não pode haver parte com destaque de importância" (SILVA, 2001, p. 17).
"O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa" (BALDAN, Édson Luís. Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 128).

1842 "El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual" (MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y princípios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 107).

Desse ideal da celeridade[1843] observam-se reflexos no rito do júri. É o que se vê quando a lei estabelece uma fase preliminar, conduzida por um magistrado, que analisa a admissibilidade acusatória submetendo as provas aos requisitos legais. Com a pronúncia, a causa é então submetida à apreciação dos jurados leigos na fase do plenário do júri.

Nota-se aqui uma disposição legal no sentido de conferir garantias para que todas as infrações que sejam da alçada do júri tenham, antes, um controle de admissibilidade acusatória.

É coerente à sistemática garantista que o procedimento do júri, destinado ao julgamento das infrações penais dolosas contra a vida, seja mais complexo do que o procedimento que é aplicado aos demais crimes da competência do juízo singular. Essa mecânica se ajusta às exigências da ordem processual garantista.

É através da pronúncia que se proporciona ao acusado o conhecimento pleno da acusação, tendo a oportunidade preliminar de conhecer os termos dos quais ela deriva e, principalmente, de contestá-la. Destarte, essa decisão interlocutória serve como um mecanismo hábil a selecionar as causas que efetivamente são da competência do júri, evitando que o acusado seja enviado ao plenário do júri para um julgamento temerário ou incerto.

Para a sociedade a importância da pronúncia como um instituto da ordem processual garantista está na razão de que, por seu intermédio, evitam-se os encargos de um julgamento infundado e desnecessário, retardando a prestação jurisdicional. Para o acusado assegura sua ampla defesa na fase da admissibilidade acusatória, antes mesmo de ser conduzido a julgamento em plenário.

[1843] O legislador constituinte ao traçar o perímetro do inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição da República de 1988 "serviu-se dos verbetes *razoável* para qualificar a duração do processo e de *celeridade*, como qualidade de sua tramitação. Razoável é algo logicamente plausível. É o aceitável pela razão. Ostenta sinonímia com *racional*. Todavia, é um termo cuja densidade semântica dependerá de subjetivismo. Não é tarefa singela definir o que seja *duração razoável do processo*. [...] Não é menos problemática a fixação do que venha a ser *celeridade*. A palavra significa velocidade, rapidez, presteza. Além de o processo merecer apreciação em tempo *razoável*, ou seja, *oportuno*, seu trâmite haverá de ser *rápido*" (NALINI, 2008, p. 196, grifo do autor).

Assente nesses termos, a pronúncia deve ser operacionalizada no rito do júri sob o resguardo das garantias advindas do devido processo legal, privilegiando-se um procedimento que seja hábil a garantir a efetividade dos princípios e normas estabelecidas na Constituição da República de 1988, para que o controle judicial acerca da admissibilidade acusatória seja estabelecido com êxito.

6.3 Dos limites da fundamentação da pronúncia

Fundamentar um ato estatal é uma questão de lógica[1844]. É um segmento de uma construção que parte de premissas instituídas inicialmente, as quais devem ser confrontadas com padrões sociais legitimamente concebidos para atingir-se uma conclusão que deve ser justificada[1845]. Na seara da realização das atividades sociais é árdua a missão que incumbe aos agentes públicos: o dever de fundamentação dos seus atos, sejam judiciais ou administrativos, por exemplo. Nisso incorrem distorções do real alcance do que venha a ser a motivação de um ato[1846] e, principalmente, o que se deve entender por *motivo*[1847].

Invariavelmente esse verbete é absorvido como causa ou condição de uma escolha quando analisado pela perspectiva de outras áreas do conhecimento como,

---

[1844] A fundamentação "reclama um sistema dedutivo. Pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra e, por último, a uma proposição nuclear, ou bem, ao contrário, que possa ser deduzida partindo daquela ou que possa ser, de qualquer modo, definida ela mesma como proposição nuclear" (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad.: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 43).

[1845] A atividade judicial pode ser reduzida "ao esquema de um silogismo, no qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e o provimento do juiz seria a conclusão" (WATANABE, 1987, p. 42-43).

[1846] Em complemento, "não se deve confundir a motivação com a mera descrição do *iter* psicológico ou lógico do agente público para chegar a uma determinada decisão, acrescentando que não há, nem é desejável que haja, coincidência entre aquele *iter* e o conteúdo da motivação. Realmente, se por um lado a motivação exprime mais do que um *iter* em causa, no sentido de que este contém elementos intuitivos que apenas se desenvolvem analiticamente, de forma racional, através da motivação que, além disso, compreende os argumentos retóricos próprios da justificação sem função heurística, por outro lado, a motivação exprime menos do que aquele *iter*, pois muitas vezes não conterá hipóteses rejeitadas na formação da decisão" (CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 114-115).

[1847] Pode-se analisar *motivo* como "elemento do conjunto total da atividade humana que, se suficientemente estimulado, dará lugar a um ato que tem conseqüências específicas. [...] menos que fator de explicação da conduta humana, o M. é instrumento para sua orientação" (ABBANANO, 2003, p. 685).

por exemplo, a Psicologia[1848]. Nesta ciência, a palavra ganha relevo por ser um dos elementos de estudo da conduta humana, sendo comumente identificada com a carga de energia psíquica hábil para determinar certo comportamento individual ou coletivo[1849].

Como marco inicial expresso tem-se a primeira referência ao princípio da motivação dos atos judiciais na vigência do direito canônico, com INOCÊNCIO III em 1199. Até os tempos hodiernos, com uma ou outra variação, tem se observado o referido princípio presente em boa parte dos ordenamentos jurídicos dos povos ocidentais[1850].

No entanto, merece registro o fato de que após a Revolução Francesa, em 1789, houve uma clara expansão dos direitos e garantias individuais, fato que levou vários ordenamentos jurídicos, principalmente os europeus, a utilizarem a obrigatoriedade de fundamentação dos atos administrativos e judiciais como um mecanismo de proteção contra os abusos das autoridades estatais[1851].

6.3.1 A motivação como imperativo legal

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – registra que a comissão elaboradora da referida codificação teve a preocupação de consagrar a motivação das sentenças judiciais como um dogma a ser observado pelo magistrado em seu ofício. E, para tanto, invocou a referida exposição o arbítrio relativo conferido a essa autoridade judicial para a aplicação da pena e o princípio do livre convencimento motivado[1852].

[1848] Cf. BARROS, Célia Silva Guimarães. *Psicologia geral*. São Paulo: Ática, 1997, p. 138.
[1849] Cf. TELLES, Antônio Xavier. *Psicologia moderna*. São Paulo: Ática, 1997, p. 85.
[1850] Cf. GOMES FILHO, 2001, p. 52.
[1851] "O advento da Revolução Francesa fez surgir o sistema denominado da 'íntima convicção', através do qual a verdade é extraída do livre e racional exame da prova" (MORAIS; LOPES, 1978, p. 13).
[1852] De acordo com o disposto no item XII – *A sentença* – da Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

A preocupação do legislador à época era de consagrar no plano da referida codificação de processo penal a motivação da sentença como uma garantia a ser invocada contra possíveis excessos, erros ou raciocínio incoerente do magistrado pelo teor da decisão prolatada[1853]. Essa lógica lança reflexos também no sistema recursal, uma vez que a motivação das decisões é o principal móvel que subsidia as partes no manejo dos recursos.

Ao tratar da sentença no corpo do Título XII do Livro I (*Do processo em geral*), o Código de Processo Penal reservou ao artigo 381 a missão de regular a estrutura da sentença, preconizando ao magistrado a obrigatoriedade de declinar os motivos de fato e de direito que utilizou para externar o seu pensamento no âmbito desse ato jurisdicional[1854]. É de bom alvitre registrar que o mesmo preceito foi seguido pelo ordenamento processual civil brasileiro[1855].

Tratando do processo dos crimes da competência do júri, ao longo do seu Capítulo II, do Título I (*Do processo comum*) inserto no Livro II (*Dos processos em espécie*), o Código de Processo Penal, em sua redação original, estabeleceu a necessidade do magistrado dar os motivos do seu convencimento quando se decidisse pela pronúncia do acusado[1856].

Mais tarde, a Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, reservou no âmbito do seu Título IV (*Da organização dos Poderes*),

---

[1853] "De fato, a obrigação imposta ao magistrado, de motivar o seu convencimento, limita-lhe, quando não lhe impede, o arbítrio no decidir. [...] Motivar, como ensina VELEZ MARICONDE, significa explicar o juiz as razões que tem para chegar a uma determinada decisão, e não apenas *afirmar*, em seguida a um resumo descritivo das provas. A motivação da sentença constitui, por isso mesmo, 'um vínculo psicológico de extraordinária importância, que liga o juiz à lei. Além disso, quem é juiz precisa saber conter o seu arbítrio e lembrar-se de que está obrigado a atuar com máxima imparcialidade e, sobretudo, com bastante cautela e prudência'" (MARQUES, J., 1965, p. 302-303, grifo do autor).

[1854] Artigo 381/CPP. A sentença conterá:
[...];
III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
[...].

[1855] A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, em seu Livro I (*Do processo de conhecimento*), Título VIII (*Do procedimento ordinário*), Capítulo VIII (*Da sentença e da coisa julgada*), estatui no âmbito do inciso II do seu artigo 458 que a fundamentação é um dos requisitos essenciais da sentença, cabendo ao magistrado indicar a sua análise quanto às questões de fato e de direito quando na motivação desse ato jurisdicional.

[1856] Artigo 408/CPP (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

Capítulo III (*Do Poder Judiciário*), importante comando, que se encontra estampado na locução do inciso IX do seu artigo 93[1857] e que alude à obrigatoriedade de fundamentação para todas as decisões judiciais.

A extensão da norma constitucional representa verdadeira proteção ao cidadão[1858]. A intenção do legislador constituinte foi ampliar gramaticalmente o leque de abrangência da obrigatoriedade de motivação para abarcar não somente a sentença, mas também todas as decisões do Poder Judiciário que carreguem um mínimo conteúdo decisório.

Agindo dessa forma a Carta de 1988 alargou a garantia ao jurisdicionado de poder melhor compreender as razões de fato e de direito de qualquer ato decisório judicial[1859].

A abrangência desse preceito constitucional abarca a garantia inerente à cidadania, uma vez que o jurisdicionado tem acesso à decisão judicial com todos os requisitos para compreender a extensão e os fins do ato jurisdicional[1860], além de

---

[1857] Artigo 93 da Constituição da República de 1988. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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

[1858] "A Constituição Federal não inseriu os regramentos da publicidade dos atos processuais e da motivação dos atos decisórios judiciais entre os Direitos e Garantias Fundamentais. Foram, contudo, elevados à categoria de proteção processual constitucional do cidadão. A doutrina, por sua vez, considera que fazem parte dos direitos constitucionais fundamentais 'que devem presidir a disciplina da atividade estatal', *in genere*, e da atividade jurisdicional *in specie*" (DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, ano 17, p. 102, jan./mar. 1992).

[1859] "Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como um processo de aprendizagem. [...] Nesse quadro, a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão de sua legitimidade. Com uma resposta, podemos pretender satisfação *imediata* para o conflito, no sentido de que propostas incompatíveis são acomodadas ou superadas" (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 309-310, grifo do autor).

[1860] "O conteúdo da norma é nitidamente uma garantia do cidadão, apesar de inserindo no capítulo referente ao Poder Judiciário, e que, *prima facie*, parece apenas uma determinação quase administrativa, destinada aos órgãos jurisdicionais. [...] Se é dever para o Estado, é direito para o cidadão. E já que constitucionalmente garantido, é direito fundamental, inerente à cidadania, lado a lado com outros direitos fundamentais, também na Constituição assegurados" (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Da fundamentação das decisões judiciais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, ano 18, p. 200, jul./set. 1992).

estar embutida na citada norma uma inquestionável limitação ao poder do magistrado, característica preponderante do Estado Democrático de Direito[1861].

Outro ponto merece relevo no contexto do citado dispositivo da Carta Política de 1988. Quis o legislador constituinte aplicar uma sanção correspondente à nulidade da decisão judicial que não contiver a fundamentação adequada ou apresentá-la de modo deficitário ou sem uma lógica coerente com o que dispõe ao final, proporcionando à parte o manejo do remédio cabível.

Merece atenção o fato de que essa norma constitucional que imprime o dever ao magistrado de motivar o ato decisório judicial deve ser considerada também sob o aspecto de que a realização da prestação jurisdicional deve ser obtida com determinação dessa autoridade judicial no exercício do seu poder judicante[1862]. A decisão judicial não representa a vontade do magistrado, mas a vontade do Estado que ele representa[1863].

Daí a se considerar que o mandamento constitucional relacionado ao dever de motivar as decisões judiciais torna-se uma garantia política e processual[1864]. Mantém laços estreitos de relação com outras garantias fundamentais encartadas também no corpo da própria Carta Política de 1988, servindo como um importante mecanismo de controle do exercício da função jurisdicional[1865].

[1861] "No Estado democrático de Direito existem obstáculos legais para o exercício das funções públicas, decorrentes dos direitos e garantias fundamentais de cidadania, expressos na Constituição Federal e nos instrumentos de Direitos Humanos, onde se assegura, por todas as letras a inviolabilidade da honra, assegurando-se a intimidade e a imagem dos indiciados e/ou processados criminalmente, em face da vigência do princípio da presunção de inocência basilar do regime político de respeito aos direitos civis do cidadão" (MAIA NETO, Cândido Furtado. *Presunção de inocência e os direitos humanos – justiça penal e devido processo no Estado Democrático*. Consulex, Brasília, DF, ano VIII, n. 171, p. 51-53, fev. 2004).

[1862] "É por meio da motivação da decisão e, especialmente, da sentença, que se torna possível aferir em que medida foi o contraditório exercido" (QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 113).

[1863] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 33-35.

[1864] Destarte "a motivação pode ser vista sob uma dupla perspectiva: de um lado, como instrumento apto a assegurar as limitações do Poder Judiciário no contexto das instituições políticas do Estado de direito (*garantia geral* ou *política*); de outro, como mecanismo de proteção de certos valores essenciais do próprio processo (*garantia processual*)" (GOMES FILHO, 2001, p. 82, grifo do autor).

[1865] "Enquanto norma dirigida ao juiz, a obrigatoriedade da motivação garante, de forma conexa, a efetividade de vários princípios, como o da *imparcialidade do julgador*, da *legitimidade das decisões* e da *ampla defesa*, abarcando também o *contraditório*" (PERO, 2001, p. 59-60, grifo do autor).

Mesmo com o preceito constitucional propugnando pela obrigatoriedade da motivação de todas as decisões judiciais, o legislador ordinário entendeu por bem enfatizar a obrigatoriedade do magistrado de fundamentar a decisão de pronúncia, o que fez no âmbito das reformas proporcionadas pela Lei n. 11.689/2008 ao procedimento do júri no Brasil,[1866] razão pela qual padece de críticas nesse pormenor a referida legislação reformadora[1867].

Na província das garantias constitucionais reside a fundamentação da pronúncia como uma imperiosa salvaguarda para que as partes controlem a atividade jurisdicional exercida nos autos, bem como, proporciona ao réu a completa ciência da acusação para que desenvolva sua plena defesa frente aos limites estabelecidos para a acusação[1868].

6.3.2 A linguagem utilizada na fundamentação

A motivação da decisão judicial corresponde a um importante mecanismo de garantia de ordem processual e da própria jurisdição[1869]. No âmbito da decisão de pronúncia, a motivação ganha contornos especiais devido, principalmente, às cautelas que deve o magistrado se cercar para evitar que se perca o objetivo central desse ato judicial, que reside na análise do direito de acusar[1870].

[1866] O legislador utilizou o verbete *fundamentadamente* ao se referir à tarefa do magistrado ao elaborar a decisão de pronúncia, no âmbito do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1867] Cf. NUCCI, 2008, p. 64-65.

[1868] A existência de um magistrado independente e imparcial é uma das garantias do devido processo legal sendo que a "*independência* tem que ver com a posição do juiz no quadro dos órgãos estatais, enquanto a *imparcialidade* se manifesta no âmbito do próprio processo, identificando-se com uma posição desinteressada do juiz em relação às partes. [...] essas garantias apresentam liames tão estreitos que parece mais proveitoso abordá-las conjuntamente, quando se discutem as funções de garantia da motivação, até porque a independência é pressuposto da imparcialidade e esta, por sua vez, não deixa de ser uma manifestação da independência do juiz considerada em relação às partes processuais" (GOMES FILHO, 2001, p. 98, grifo do autor).

[1869] Cf. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 129-130.

[1870] "Na pronúncia, o juiz não precisa descer ao exame da prova como se estivesse condenando ou absolvendo. Basta que examine a existência do mínimo necessário para a pronúncia, evitando sugestão aos jurados [...] o juiz da pronúncia deve dar os motivos de seu convencimento e, para tanto deve, conforme proceder a defesa, analisar a prova, desde que não de maneira conclusiva, absoluta, profunda, desbastando argumentos da mesma defesa" (LEAL, 1993, p. 40-41).

O conteúdo exposto na fundamentação da pronúncia deve ser apto a permitir ao acusado ter o conhecimento da acusação que lhe é formulada e as razões que proporcionam o seu envio a julgamento pelo plenário do júri. No mínimo, esse conteúdo deve discorrer acerca dos pressupostos autorizadores da prolação da decisão de pronúncia, contidos no *caput* do artigo 413/CPP, com a redação proporcionada pela Lei n. 11.689/2008 na reforma do procedimento do Tribunal do Júri.

É claro que por se tratar de uma decisão judicial, ato estatal, deve a pronúncia estar redigida em precisos termos técnicos, expressos em linguagem vernacular, de forma moderada[1871]. Também nesse aspecto cumpre destacar que o modo pelo qual se articula a linguagem na pronúncia deve ser compatível com os fins propostos para esse ato que serve de controle da atividade acusatória do Estado[1872]. Deve o juiz guiar-se na razão de que a motivação da pronúncia visa à análise da viabilidade acusatória e não o direito de punir. Admitir a acusação como possível não é um exercício de antecipação do julgamento.

Como na pronúncia não se utiliza um raciocínio igual ao utilizado para uma sentença de mérito, está claro que devem ser evitadas quaisquer construções gramaticais que venham a sugerir um prejulgamento do acusado, uma certeza de culpa[1873]. Fruto de uma atividade linguística, a articulação do conteúdo da pronúncia deve ocorrer em termos moderados, tendo o magistrado que ponderar as colocações

---

[1871] Em relação à pronúncia é "inegável que deve ser redigida 'em linguagem serena, a fim de que o discurso jurídico nela contido não se revele capaz de influir indevidamente no âmbito dos jurados. [...] A moderação, é evidente, é indispensável também no Acórdão que pronuncia'" (PORTO, 2005, p. 391).

[1872] A linguagem na pronúncia deve "ser vazada em termos sóbrios, comedidos e serenos, evitando-se, assim, um pré-julgamento da causa, sem excessos de linguagem, de forma a não exercer influência sobre os jurados, que se mostram bastante receptivos e influenciáveis às manifestações dos juízes togados. Em suma, a pronúncia deve conter motivação sucinta e lavrada em linguagem moderada, evitando exteriorizar as impressões pessoais do magistrado, sob pena de ser cassada pelo juízo *ad quem*, para que outra seja proferida" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 31-32).

"Por conseguinte, o juiz deve referir as provas produzidas, mas apenas até o ponto que justifique o convencimento sobre a materialidade do crime e a existência de indícios *suficientes* de autoria ou participação. Violação de direito fundamental não é fundamentar, mas sim levar causas temerárias ao tribunal do júri. O importante é que o juiz evite qualquer discurso persuasivo em relação ao futuro conselho de sentença, ou seja, que não tenha uma fundamentação condenatória" (FEITOZA, 2009, p. 507, grifo do autor).

[1873] Cf. MARREY et al., 2000, p. 222-223.

de modo a não se dirigir incisivamente contra a pessoa do réu, sempre ressalvando que o pronunciado é tecnicamente inocente[1874].

É adequado ao magistrado evitar o uso dos adjetivos pejorativos, termos injuriosos ou locuções de efeito que denotem o sentido discriminatório pela pessoa do acusado, zelando pela escolha serena e sóbria das palavras e expressões em sua redação[1875].

Também deve ter o magistrado elevada cautela ao ingressar na análise do arcabouço probatório para que não infira nenhuma conclusão que possa evidenciar o mérito da causa, conforme testilhado. O excesso aos limites da pronúncia é nocivo porque antecipa um nítido juízo desfavorável ao acusado, hábil a influenciar, de modo indevido, o ânimo dos jurados, passando a estes a mensagem da certeza da prática do crime pelo réu pronunciado[1876].

Importante frisar que o sistema de análise da prova adotado pelo processo penal brasileiro é o do livre convencimento motivado. Não se deve associar a liberdade que o magistrado tem para avaliar a prova – que é ampla na pronúncia – com a liberdade que tem para motivar a decisão judicial – que é restrita aos pressupostos legais na pronúncia.

Não é consistente afirmar que para a motivação da pronúncia o magistrado tenha que se socorrer de uma linguagem especial, própria para esse ato que não se

---

1874 "Toda expressão lingüística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem. Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivovolitivas que me impeliram a expressar, um impulso para comunicar idéias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão. Certas expressões lingüísticas possuem, adicionalmente, um significado representativo, quer dizer, a expressão *indica*, *simboliza* ou *representa* um estado de coisas. Não se trata de uma relação causal, mas lógica" (ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 29, grifo do autor).

1875 Cf. NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 689.

1876 "O magistrado que prolata a sentença de pronúncia, deve exarar a sua decisão em têrmos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados. É aconselhável, por outro lado, que dê a entender, sempre que surja controvérsia a propósito de elementares do crime, que sua decisão, acolhendo circunstância contrária ao réu ou repelindo as que lhe sejam favoráveis, foi inspirada no desejo de deixar aos jurados o veredicto definitivo sôbre a questão, a fim de não subtrair do Júri o julgamento do litígio em todos os seus aspectos" (MARQUES, 1963, v. I, p. 232-233).

reveste, repita-se, de decisão analítica do mérito[1877]. O que se assevera é que pelas próprias características e peculiaridades únicas da pronúncia devem ser evitadas palavras, construções gramaticais e indicações que venham a sugerir uma antecipação no julgamento da causa, ferindo o princípio da soberania dos veredictos[1878].

Também não deve sobreviver o entendimento que limita a liberdade do magistrado no âmbito dessa decisão interlocutória. Ao contrário, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, além do dever constitucional de motivar suas decisões, deve o juiz analisar tudo o que foi produzido nas fases de investigação e instrução, incluindo as argumentações das partes, para elaborar a fundamentação da decisão judicial.

Está nítido que a motivação da pronúncia deve ter, no ponto central, a constatação dos pressupostos normativos autorizadores desse ato judicial. O que se espera da motivação na decisão de pronúncia é que seja estabelecido um equilíbrio entre a obrigação legal de motivar e a moderação na forma pela qual os fundamentos são expressos. O comedimento deve ser a tônica nessa matéria[1879].

Como não há limitação legal ao conteúdo da motivação da pronúncia e à exposição do raciocínio a ser utilizado pelo magistrado deve ele externar a lógica do seu pensamento com a cautela requerida, tendo-se em vista as particularidades de cada caso, além, logicamente, dos fins precípuos que circunscrevem a decisão de pronúncia, como medida específica do controle da admissibilidade acusatória. Destarte, reconhecendo nessa assertiva o pensamento que deve nortear o juiz

---

1877 "Nem só ao rebater os argumentos da partes, como ao oferecer o seu convencimento, o Juiz na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo à decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites de decisão marcantemente de efeitos processuais" (PORTO, 2005, p. 75).

1878 "Fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado, na sentença de pronúncia, que se diz convencido da autoria do delito. A decisão de pronúncia deve guardar correlação, moderação e comedimento com a fase da mera admissibilidade e encaminhamento da ação penal ao Tribunal do Júri. Ordem concedida" (STF – 1.ª T. – *HC* 93.299 – rel. Ricardo Lewandowski – j. 16.09.2008 – *DJU* 24.10.2008).

1879 "Na motivação da pronúncia, o Juiz discute as provas constantes do processo, necessariamente de modo equilibrado, ou seja, sem ficar na superfície, mas sem aprofundar-se em demasia, proclamando apenas a existência do crime e de indícios satisfatórios de autoria" (TUBENCHLAK, 1994, p. 59).

pronunciante, sua cautela se revela no âmbito dos autos e, com isso, evita-se dar azo à incidência de nulidades[1880] e a consequente retirada da decisão maculada dos autos[1881].

A partir da ótica dos preceitos aventados na ordem processual garantista é fundamental que se compreenda que o pressuposto e o fim da pronúncia residem no fundamento da dignidade humana, em toda a sua acepção[1882]. Não há como desconsiderar esse preceito diante da elaboração de um ato judicial que exerce uma importante função de controle da atividade acusatória no procedimento do Tribunal Popular.

Com a reforma realizada pela da Lei n. 11.689/2008 introduziu-se um impedimento às partes de fazerem referências à decisão de pronúncia quando dos debates em plenário do júri[1883]. Como o jurado tem livre acesso a qualquer peça dos autos, porque é o juiz natural da causa, pode compulsar a pronúncia em sua íntegra e analisar os termos em que se deu o convencimento do juiz no final da instrução preliminar.

Percebe-se que mesmo com o advento da aludida legislação está a prevalecer o entendimento de que o magistrado pronunciante deve ater-se às balizas dessa

---

1880 "Evidenciando-se que a juíza singular, ao pronunciar o acusado, se valeu de termos afirmativos e induvidosos acerca da intenção do agente, deixando de se pautar pela sobriedade e comedimento, há manifesta influência negativa no ânimo dos jurados, o que ofende o princípio do juiz natural e, por conseguinte, autoriza sua anulação. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular o processo desde a decisão de pronúncia, inclusive, determinando-se, ainda, seu desentranhamento dos autos, evitando-se, assim, eventual contato dos jurados com ela" (STJ – 6.ª T. – *HC* 107.701 – rel. Jane Silva – j. 18.11.2008 – *DJU* 09.12.2008).

"Em nosso entendimento, há nulidade relativa em relação à decisão de pronúncia, devendo outra ser prolatada, quando houver exagero do juiz, pois não se justificaria estar, nos autos, uma peça considerada válida e, ao mesmo tempo, impedir-se qualquer das partes de a utilizarem na sua exposição em plenário. Porém, é certo que, havendo pronúncia em termos exagerados, mas não exibida aos jurados, apesar de constar dos autos, inexistiu prejuízo, logo, não há necessidade de se anular o processo" (NUCCI, 2008, p. 68).

1881 "A transgressão a tal dever de adequação entre o que cabe ao juiz efetivamente decidir na pronúncia e as motivações exorbitantes com freqüência apresentadas tem levado a jurisprudência, em muitos casos, a concluir não apenas pela *nulidade* da decisão, mas até mesmo a determinar a retirada dos autos da peça que a documenta, procurando evitar com isso o seu conhecimento pelos jurados, que inevitavelmente poderiam ser influenciados pelo teor conclusivo da justificação em relação a temas de exclusiva competência do júri" (GOMES FILHO, 2001, p. 233, grifo do autor).

1882 Cf. NUNES, 2008, p. 421.

1883 Como preconiza o inciso I do artigo 478/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

decisão que admite a acusação. Não se está impedindo a ampla fundamentação, mesmo porque esta deve abranger todos os pontos debatidos, referir-se a todas as provas.

O mesmo raciocínio exposto em relação aos excessos na motivação da pronúncia é aplicado para o acórdão do juízo *ad quem*, que decide pronunciar o acusado após a análise do recurso contra a decisão de impronúncia do juízo *a quo*. Os excessos na fundamentação da decisão de segundo grau podem ser questionados via *habeas corpus*[1884].

O que se recomenda é a objetividade nos fundamentos da decisão, evitando-se os termos excessivos, preconceituosos contra as partes e todos os que possam sugerir, principalmente para o jurado, um convencimento finalizado, inconteste, acima de qualquer questionamento que exsurja como verdade absoluta. Essas cautelas tomadas na pronúncia privilegiam a inteligência do jurado e a sua capacidade de formar convicção acerca da acusação exposta em plenário.

6.3.3 A motivação e as teses defensivas

Um dos axiomas constitucionais de maior relevo para firmar a competência em matéria de processo é o do juiz natural[1885], conhecido também como princípio do juiz legal[1886]. Seu corolário direto traduz-se em garantia dupla: proibição da existência de tribunais de exceção e na exigência de haver processo e julgamento da matéria por um juízo anteriormente constituído e competente para tanto[1887].

[1884] "Qualquer exagero pode ser questionado através de *habeas corpus*, ajuizado em Tribunal Superior. Por outro lado, é preciso que, da mesma maneira que ocorre com a decisão de pronúncia, fundamente o Tribunal a decisão proferida, sem receio de invadir seara alheia – a dos jurados –, pois toda decisão do Poder Judiciário deve ser motivada" (NUCCI, 2008, p. 69).

[1885] Princípio encontrado na Constituição da República de 1988, na estrutura do artigo 5.º, ao longo dos seus incisos XXXVII (*não haverá juízo ou tribunal de exceção*) e LIII (*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*).

[1886] Cf. ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p.182-183.

[1887] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 15-17.

Ainda na seara constitucional, a Carta Política de 1988 prevê na alínea *d* do inciso XXXVIII do artigo 5.º o Tribunal do Júri como o juízo competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. No âmbito de tais infrações penais é o júri o tribunal natural para seu processamento final. Com as exceções constitucionais, é vedada a análise do mérito da causa por outro juízo que não seja o Conselho de Sentença[1888].

Tendo em vista as implicâncias constitucionais da matéria uma importante questão se coloca. Na redação ofertada ao § 1.º do artigo 413/CPP, a Lei n. 11.689/2008 reiterou o legislador que a pronúncia deve ser fundamentada nos limites da indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado.

Uma leitura açodada poderia sugerir a proibição ao magistrado para abordar outros temas na motivação da pronúncia que não fossem os referidos no citado dispositivo legal. Não se pode olvidar que qualquer fase do procedimento penal, seja geral ou especial, está sob os rigores do devido processo legal. E como tal, encontra-se arrimado a dois grandes preceitos: o da ampla defesa e o do contraditório.

Invocando-os não se pode chegar a conclusão outra que não seja a necessidade da autoridade judicial abordar as questões levantadas pelas partes quando da motivação do ato decisório, sem desprezar os parâmetros debatidos por aquelas durante a instrução preliminar[1889].

No entanto, é forçoso reconhecer que não é tão simples a empreitada. Isso porque o juiz na pronúncia não pode adentrar na análise do mérito uma vez que, em relação aos crimes dolosos contra a vida, conforme salientado, a competência constitucionalmente firmada indica peremptoriamente o juízo da causa como o foro apropriado para a citada análise[1890].

[1888] Cf. TUCCI, 2009, p. 104-105.
[1889] Cf. NUCCI, 2008, P. 65.
[1890] Nos exatos limites do artigo 5.º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República de 1988.

Ainda assim, ressoa de acordo com os preceitos constitucionais que o magistrado deva enfrentar as teses defensivas apresentadas durante a instrução preliminar[1891]. Em primeira análise pode-se aventar a possibilidade da defesa pedir em sua manifestação na instrução preliminar a absolvição sumária do acusado ou sua impronúncia e, até mesmo, a desclassificação da infração penal para a competência do juízo singular.

Dependendo da argumentação ventilada pela defesa na etapa do *iudicium accusationis* poderá o magistrado ter, ainda na fase da pronúncia, uma verdadeira discussão acerca do mérito da causa, como o que ocorre, por exemplo, se houver a invocação do pedido de absolvição sumária do réu[1892].

Entendendo que seja caso de pronúncia, deve o magistrado motivar suas razões para a não aceitação da absolvição sumária pleiteada pela parte na instrução preliminar. Nessa hipótese o ordenamento de processo penal não prescreve como se deve dar a fundamentação da pronúncia para que não extrapole os limites desse ato judicial e, com isso, ocorra a invasão da competência do Conselho de Sentença, antecipando a discussão quanto ao mérito da causa para um momento inoportuno.

Com prudência o magistrado deve sopesar tais pontos e motivar a pronúncia com comedimento, não desprezando nenhum ponto que possa indicar algum menoscabo ou tratamento diferenciado em relação ao jurisdicionado, tendo em vista que uma das virtudes do processo penal é garantir ao acusado o tratamento digno e equilibrado.

A cautela a ser tomada pela autoridade judicial se faz no sentido de não provocar ingerência de fases que possa extrapolar os limites da admissibilidade acusatória concluindo por uma condenação prévia. Esse comedimento deve fazer

---

[1891] "Há matérias, contudo, que não podem ser objeto de manifestação do juiz neste momento processual. Tal se dá com as causas especiais de diminuição de pena. Assim, por exemplo, quando a defesa pretende, em alegações, o reconhecimento de homicídio privilegiado. À toda evidência não poderá o magistrado manifestar-se sobre a incidência do § 1.º do art. 121 do Código Penal, sob pena de imiscuir-se na competência exclusiva do Júri Popular" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 32).

[1892] No preceito estabelecido pelo artigo 415/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

com que o magistrado, não aceitando as alegações referentes às excludentes, rebata tais argumentações sem, entretanto, aprofundar-se no mérito da causa, remetendo a análise e o debate de fundo para o momento oportuno e constitucionalmente assegurado que é o do *iudicium causae*[1893].

Em síntese apertada infere-se que a prudência do magistrado na elaboração dos fundamentos da pronúncia não deve simplesmente cingir-se a enfrentar ou não as teses defensivas. Uma vez convencido de que é caso de pronunciar o réu para julgamento pelo júri, deve o magistrado sustentar sua decisão de modo a não discutir a fundo os pontos que remetam a um juízo de mérito, limitando-se, nesse aspecto, a enviar tal debate para a fase de plenário onde está constituído o juízo natural para a causa[1894].

Essa conduta da autoridade judicial é adequada aos propósitos de assegurar ao acusado um julgamento conforme os preceitos estatuídos pelo ordenamento jurídico. No viés constitucional, garante ao tribunal natural a análise do mérito. Em termos processuais, não antecipa o julgamento do réu ou lhe solapa o direito de ser julgado por um conselho de juízes leigos.

6.3.4 A vedação à menção do conteúdo da pronúncia nos debates

A sistemática na qual se encontra inserto o procedimento do júri no Brasil evidencia a ocorrência de dois juízos bem distintos: o juízo que analisa a admissibilidade acusatória e, outro, que analisa o mérito da causa. No juízo acusatório, que se inicia com o recebimento da acusação e percorre toda a instrução preliminar, o magistrado letrado analisa a viabilidade da acusação face o conjunto de provas apresentado na instrução preliminar.

[1893] Cf. RANGEL, 2009, p. 587.

[1894] "O importante é que o juiz evite qualquer discurso persuasivo em relação ao futuro conselho de sentença, ou seja, que não tenha uma fundamentação condenatória" (FEITOZA, 2009, p. 507).

A decisão desse juízo pela pronúncia leva em conta a certeza da materialidade delitiva[1895] e a suficiência quanto aos indícios de autoria ou participação do acusado. O magistrado deve ter redobrada cautela ao elaborar a motivação da decisão de pronúncia uma vez que o núcleo desse ato jurisdicional é a admissibilidade da acusação e não a conclusão acerca do mérito.

Conforme testilhado anteriormente, a Constituição da República de 1988 assenta as bases do debate judicial no devido processo legal, o qual apresenta como supedâneos diretos os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em homenagem a esses axiomas, o magistrado, na motivação da pronúncia, deve explicar porque não acata as teses defensivas, mesmo que para tanto tenha que percorrer uma linha tangente ao mérito da causa. Todavia, não deve adentrar pormenorizadamente nas razões de mérito, pois, não é o competente para tal e não há espaço para que isso ocorra no âmbito da decisão de pronúncia.

O outro juízo – da causa – tem o seu seguimento com a fase de plenário e o Conselho de Sentença é o seu juiz natural. Os jurados leigos estão revestidos de competência para a análise do mérito da causa. Formam a sua convicção a partir da leitura das peças constantes dos autos, da análise das argumentações produzidas nos debates, do interrogatório do réu, dos depoimentos das testemunhas, dentre outros[1896].

Aqui reside uma importante característica desse procedimento especial que configura o Tribunal do Júri. Os motivos que conduziram o magistrado togado a pronunciar o acusado e que fazem parte da estrutura da decisão de pronúncia não podem vincular a formação da convicção do jurado quando da análise da causa. Do preceito da independência dos juízos infere-se a ampla liberdade que gozam os jurados para decidir de modo inclusive diverso do que entendeu o magistrado

---

[1895] "Para chegar à decisão, o juiz precisa alcançar a *certeza*, e a lei exige *prova plena*, completa convincente, acerca dos fatos. Por vezes, entretanto, a lei permite ao juiz certas providências instrumentais e provisórias, para as quais é suficiente a *probabilidade* de procedência de determinadas alegações. [...] E por isso a lei se contenta com um começo de prova, o que ela indica com expressões tais como: 'indícios veementes', ' fundadas razões'" (TORNAGHI, 1991, v. I, p. 270-271, grifo do autor).

[1896] Cf. FEITOZA, 2009, p. 540.

pronunciante. Esse entendimento emana da própria sistemática que assenta o procedimento do júri, estabelecendo funções distintas entre o *iudicium accusationis* e o *iudicium causae*.

Na redação original do Código de Processo Penal o legislador, ao estabelecer as regras para o procedimento relativo aos crimes da competência do júri, não empreendeu qualquer preceito referente à vedação da leitura e exploração do conteúdo da pronúncia em plenário para os jurados. Isso fez com que se travasse um longo debate doutrinário além da frequente demanda recursal alegando nulidade por causa da utilização do conteúdo da pronúncia nos debates no júri.

Atenta a esses percalços e, principalmente, aos preceitos da divisibilidade e da independência dos juízos – de admissibilidade acusatória e da causa – a Lei n. 11.689/2008 inseriu uma expressa vedação às partes quando do transcurso dos debates em plenário do júri. Tal é apreendido no comando do inciso I do artigo 478/CPP[1897], o qual preconiza a proibição das partes, sob pena de nulidade, de fazer referências à decisão de pronúncia ou decisões posteriores que julgaram admissível a acusação diante do Conselho de Sentença durante os debates em plenário[1898].

Agindo dessa forma o legislador disciplinou um ponto que gerava discordância doutrinária e, na prática, ocasionava um desequilíbrio para a defesa uma vez que a leitura dos motivos da pronúncia em plenário expunha os detalhes do raciocínio do magistrado que analisara a admissibilidade acusatória para os jurados leigos que deviam analisar a culpabilidade do acusado, influenciando-os sobremaneira. Diante da citada reforma e do novel artigo está consagrada a vedação a tal prática.

[1897] Artigo 478/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

[...].

[1898] Com a respectiva vedação "será evitada a transferência de presumíveis entendimentos do juiz presidente aos jurados, uma vez que o magistrado terá que se manifestar sobre circunstâncias do fato, sua existência, autoria, bem assim, sobre qualificadoras, que, em nem sempre permitem uma linguagem rigorosamente neutra" (NASSIF, 2009, p. 123).

Contudo, é bom que se ressalte que a vedação à menção do conteúdo da decisão de pronúncia durante os debates no juízo da causa não significa a proibição do jurado ter acesso ao conteúdo da decisão de pronúncia ou de qualquer outra decisão posterior a ela que tenha admitido a acusação.

Como juiz instituído constitucionalmente para apreciar a causa levada a plenário, o jurado tem a prerrogativa de compulsar os autos em sua inteireza, peça por peça, ato por ato, ou seja, cada movimento processual registrado nos autos é passível de leitura e análise do jurado, inclusive a decisão de pronúncia ou qualquer outra posterior a ela que tenha admitido a acusação formulada contra o réu[1899].

Nem poderia ser diferente, uma vez que não compete ao legislador ordinário colocar restrições a um comando constitucional quando o texto da própria Carta Maior não proporciona exceções. Como a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é preceito constitucional atribuído ao júri[1900] e, como tal, o jurado para julgar avalia não só os debates como os autos que tem a sua disposição, jamais poderia na vigência da atual sistemática a lei ordinária impor restrições à atuação do jurado no exercício de sua missão constitucional.

O espírito da lei reformadora, além de consagrar o princípio do juiz natural, é claro no sentido de proibir que tanto acusação como defesa, no momento dos debates em plenário, façam uso da motivação dada pelo magistrado à decisão de pronúncia, de modo a galgar vantagens para suas argumentações induzindo o jurado a vislumbrar a existência de um *prejulgamento* realizado pela autoridade pronunciante. Com isso, privilegia-se a essência do sistema acusatório, preservando a natureza do Tribunal Popular.

A pronúncia realizada em momento anterior ao juízo de plenário, repita-se, não tem o mote de analisar o mérito, mas, tão somente, o direito de acusar. Daí as

---

[1899] Parágrafo único do Artigo 472/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

[1900] Em consonância à alínea *d* do inciso XXXVIII do artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

cautelas que devem ser tomadas pelo magistrado ao motivar a pronúncia, devendo ao externar o seu raciocínio utilizar-se de palavras e expressões que não induzam à antecipação do mérito para momento inadequado.

Por outro lado, ainda assim pairando dúvidas, cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri, autoridade que preside a sessão de julgamento e que tem a responsabilidade pelo zelo e êxito dos trabalhos, deixar claro aos jurados quais os fins legais da existência da pronúncia, a independência de juízos que a lei obriga e a autonomia dos jurados para decidirem de acordo com suas consciências[1901].

6.4 As circunstâncias qualificadoras na pronúncia

É sabido que a fundamentação da pronúncia é o marco em que o magistrado externa o seu raciocínio, expondo as razões do seu convencimento. Por imperativo legal deve essa autoridade, além de declarar o dispositivo legal que entender aplicável ao caso, especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena[1902]. Algumas considerações iniciais se impõem.

Como corolário do conceito formal de crime estabelece-se que um determinado comportamento somente será delituoso quando certos requisitos legais forem observados. O conteúdo do tipo penal retrata a conduta ilícita, estabelecendo os elementos essenciais que são os parâmetros integrantes da descrição da conduta típica[1903]. Tais elementos são denominados de *elementares do tipo*[1904], essenciais à figura típica. Na ausência de um deles ocorre a atipicidade.

[1901] Conforme sugere os incisos do artigo 497/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1902] § 1.º do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

[1903] São considerados como requisitos específicos as "elementares ou elementos, *i. e.*, as várias formas em que aqueles requisitos genéricos se manifestam nas diversas figuras delituosas" (JESUS, 2003, v. 1, p. 157).

[1904] As "elementares do crime são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas" (BITENCOURT, 2003, v. I, p. 51-52).

Por outro lado, existem elementos que não estão incluídos na estrutura típica da figura penal, mas orbitam em sua periferia. São as chamadas *circunstâncias*[1905], as quais influem de modo significativo nas consequências jurídicas do tipo penal, com notados reflexos na sanção a ser imposta ao indivíduo. Devido a sua natureza acessória, a circunstância pressupõe o principal que é o tipo penal com os seus requisitos[1906].

As circunstâncias podem ser *judiciais* – estatuídas no *caput* do artigo 59 do Código Penal brasileiro – ou *legais*. Estas, por seu turno, subdividem-se em: *genéricas* – locadas na Parte Geral do Código Penal (agravantes, atenuantes e causas de aumento ou de diminuição da pena) – e *específicas* ou *especiais* – situadas na Parte Especial do Código Penal (qualificadoras e causas de aumento ou de diminuição da pena).

Quando a norma do § 1.º do artigo 413/CPP se refere às *circunstâncias qualificadoras*, então, refere-se às circunstâncias legais especiais ou específicas que estão previstas na Parte Especial do Código Penal brasileiro. Agregam ao tipo penal como circunstâncias acessórias para aumentar a pena do acusado[1907].

[1905] Dessa forma as circunstâncias "são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la" (FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. I, t. I, p. 900).
"Circunstância é todo fato, relação ou dado concreto, que é considerado pela lei para medir a gravidade do injusto ou da culpabilidade" (PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 128).
"Circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado" (GRECO, 2002, p. 549).

[1906] As circunstâncias do crime "são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de *legais* (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de *judiciais*" (NUCCI, 2005, p. 336, grifo do autor).

[1907] "Diferem das circunstâncias qualificativas, que se encontram na Parte Geral do CP (arts. 61 e 62). [...] Quando, porém, o Código descreve uma qualificadora, expressamente menciona o mínimo e o máximo da pena agravada" (JESUS, 2003, v. 1, p. 580).
As qualificadoras são as "circunstâncias legais específicas, com limites mínimo e/ou máximo distintos do tipo fundamental" (PRADO, 2008, v. 1, p. 135).
"Uma circunstância qualifica o crime quando é prevista na Parte Especial, juntamente com a figura do crime, aumentando a intensidade da pena especificamente para o crime previsto no dispositivo" (SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94).
"No entanto, as *qualificadoras* constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo" (BITENCOURT, 2003, v. I, p. 559, grifo do autor).

6.4.1 A especificação da qualificadora na pronúncia

Durante largo tempo sobreviveu a polêmica acerca da forma pela qual deveria na pronúncia o juiz fundamentar a circunstância qualificadora. As opiniões restaram divididas. De um lado apregoou-se a minuciosa e detalhada descrição da qualificadora[1908], tolerando-se o risco da antecipação da discussão sobre o mérito para a pronúncia, entendimento que enfrentou ácidas ponderações[1909].

De outro, sustentou-se que bastaria, para fins de decisão de admissibilidade acusatória no rito do júri, a simples menção à existência da qualificadora, remetendo-se para os debates em plenário do júri seu aprofundamento e cotejo com as provas dos autos. Reforçou essa tese o entendimento de que estando o juiz na dúvida quanto à existência da qualificadora deveria, alegando o *in dubio pro societate*, remetê-la à apreciação do Tribunal Popular[1910].

É inegável que existem circunstâncias qualificadoras que, por sua natureza, são de fácil descrição e entendimento, ao passo que outras são compostas de matéria fática de conteúdo complexo, que abarcam variados segmentos de difícil explicitação e compreensão, levando geralmente ao impasse quanto aos exatos limites em que deve operar a fundamentação do magistrado. A matéria exige uma análise de cada caso, individualmente, à luz da qualidade das provas nos autos[1911].

O comando legal[1912] impõe ao magistrado *especificar*[1913] as circunstâncias qualificadoras constantes da pronúncia. Do sentido do verbete infere-se que o juiz,

---

[1908] Cf. ACOSTA, 1973, p. 457.

[1909] "O juiz deve ter o cuidado de não transformar a pronúncia num prejulgamento. Cumpre-lhe apenas: – especificar as circunstâncias qualificativas do crime" (TORNAGHI, 1987, v. 2, p. 211).

[1910] "De observar, porém, que o juiz deve admitir provadas essas circunstâncias sempre que não se convença firmemente de sua inexistência" (MARQUES, 1963, v. I, p. 232).

[1911] Cf. NUCCI, 2008, p. 71.

[1912] De acordo com o § 1.º do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[1913] A palavra *especificar* origina-se do latim *specificare* e significa "constituir o caráter especial de; apontar individualmente; determinar o modo preciso e explícito; esmiuçar" (DICIONÁRIO BRASILEIRO GLOBO. Francisco Fernandes; Celso Pedro Luft; F. Marques Guimarães. 56. ed. São Paulo: Globo, 2003).

ao admitir a qualificadora na pronúncia, tem o dever de especializá-la, mostrar em que termos a acolhe. Não basta somente referir-se à circunstância qualificadora sem indicar a motivação adequada para que ela seja um dos parâmetros da acusação que será encaminhada ao Tribunal Popular.

Em suma, a fundamentação de cada circunstância qualificadora deve ser realizada de modo expresso, mas não aprofundado[1914], devendo o juiz explicitar no que consiste a circunstância e demonstrar o liame que existe entre ela e as provas constantes dos autos. Adotando esse procedimento, permite-se à defesa tomar ciência das razões que levam o juiz a pronunciar o acusado na forma qualificada do tipo penal, possibilitando a compreensão das bases em que deve ocorrer a acusação no plenário do júri[1915].

Por outro lado, caso haja alguma qualificadora descrita na peça acusatória e que tenha restado órfã de lastro probatório nos autos, deve ser afastada da pronúncia[1916]. Como a pronúncia delimita a acusação que deve ser levada à apreciação do Conselho de Sentença, logo, não há como sustentar uma circunstância qualificadora improcedente ou inconsistente ante o arcabouço probatório.

O afastamento de uma qualificadora contida na peça inicial equivale a uma impronúncia relativamente a essa modalidade agravada do tipo penal[1917]. É uma garantia ao acusado ser julgado por um fato, em tese, provável.

[1914] "A pronúncia, em sua fundamentação – por isso afastando aprofundados exames valorativos das provas – , está restrita a uma eficiente, mas não aprofundada, verificação das provas para ensejar sua parte conclusiva e que apresenta a proposta classificatória nos limites da competência do Tribunal do Júri" (PORTO, 2005, p. 390).

[1915] Cf. NUCCI, 2008, p. 70.

[1916] As qualificadoras "devem ser *afastadas* se *manifestamente improcedentes* quando a instrução tenha demonstrado, com segurança, a carência de suporte de serem levadas à apreciação do Tribunal Popular (segunda fase do Júri)" (CALVO FILHO, Romualdo Sanches; SAWAYA, Paulo Fernando Soubihe. *Tribunal do Júri – da Teoria à Prática*. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura, s.d., p. 163, grifo do autor).

Cf. TUBENCHLAK, 1994, p. 79.

"Na tratada fase procedimental que compreende a decisão de pronúncia, se não confirmada, na instrução realizada, qualificadora proposta pela inicial penal, é ela afastada, e então não participará da parte classificatória da pronúncia" (PORTO, 2005, p. 429).

[1917] "A circunstância qualificadora, para ser excluída quando da pronúncia, deve estar, repita-se, necessariamente descrita na denúncia ou queixa, ou nelas implicitamente contida. Somente deve ser afastada quando manifestamente improcedente e descabida. [...] Assim, a exclusão da qualificadora equivale à impronúncia, cabendo, em conseqüência, recurso em sentido estrito" (LEAL, 1993, p. 34-35).

6.4.2 Da qualificadora não contida na peça acusatória

Não resta dúvida que o princípio da correlação ou da congruência implica na relação que deve haver entre a denúncia ou queixa formulada e a decisão de pronúncia, indicando a necessidade do nexo entre o fato narrado na peça acusatória e aquele pelo qual o réu é pronunciado no final da instrução preliminar, após apresentar sua defesa e exercer o contraditório.

Tal se aplica inclusive para o caso das qualificadoras. Isso porque a pronúncia somente pode conter uma circunstância qualificadora que tenha sido descrita na peça acusatória e sobre a qual a defesa haja exercido o contraditório. Dessa forma, afasta-se o risco de ser o réu tomado de surpresa quando da acolhida da qualificadora na decisão de admissibilidade acusatória[1918].

Pode ocorrer de, ao final da instrução preliminar, o magistrado convencer-se da existência de uma ou mais circunstâncias qualificadoras não descritas na peça angular. Invocando novamente o princípio da congruência, não há como o magistrado sustentar na pronúncia uma qualificadora não descrita na inicial sem submeter os autos à apreciação ministerial para que analise a viabilidade do aditamento da acusação[1919], por aplicação analógica do § 1.º do artigo 421/CPP[1920]. Como na ordem jurídica vigente o titular da ação penal é o Ministério Público, cabe a este órgão decidir quais os parâmetros que devem ser narrados na acusação[1921], atendendo aos anseios do princípio da obrigatoriedade da ação penal[1922].

[1918] Cf. RANGEL, 2009, p. 589.
Cf. NUCCI, 2008, p. 72.

[1919] "Na mesma fase, da decisão de pronúncia, qualificadora não presente, nem mesmo implicitamente, na classificação apresentada pela denúncia, mas noticiada dentre informes da instrução, para ser adotada pela pronúncia obriga aditamento" (PORTO, 2005, p. 429).

[1920] § 1.º do artigo 421/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

[1921] Artigo 41/CPP. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

[1922] "Resulta deste princípio, como o próprio nome diz, a obrigatoriedade da propositura da ação penal desde que haja indícios suficientes da prática da infração e de sua autoria" (SILVA, 2001 p. 23).

Uma vez aditada a denúncia para incluir a qualificadora, deve o magistrado intimar a defesa para que se manifeste e, somente então, deve ser prolatada a pronúncia que demarcará as balizas da acusação em plenário do júri[1923], devendo ser levada em conta quando da elaboração dos quesitos que devem ser votados pelo Conselho de Sentença[1924]. De fato, vigendo a ordem processual garantista somente tem guarida na decisão de pronúncia a circunstância qualificadora que estiver necessariamente descrita na peça acusatória ou implicitamente nesta contida. Caso a qualificadora aflore ao longo da instrução probatória, necessário se faz o aditamento da inicial para que a referida seja submetida ao contraditório e à ampla defesa do acusado[1925].

6.5 As causas de aumento de pena na pronúncia

A reforma promovida no rito do júri pela Lei n. 11.689/2008 trouxe uma significativa inclusão na temática referente à pronúncia, ao indicar para o magistrado a necessidade de especificar as causas de aumento de pena quando da motivação dessa decisão interlocutória que giza os contornos da acusação a ser sustentada no plenário do júri[1926].

Estudadas na seara do direito substancial, as causas de aumento e diminuição das penas, também denominadas de *majorantes* e *minorantes*[1927], constituem

---

[1923] *Caput* do artigo 476/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

[1924] Parágrafo único do artigo 482/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

[1925] Cf. LEAL, 1993, p. 34.

[1926] § 1.º do artigo 413/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

[1927] Cf. BITENCOURT, 2003, v. I, p. 559.
Cf. PRADO, 2008, v. 1, p. 134-135.

circunstâncias legais que influem diretamente no cálculo da pena a ser imposta ao acusado quando de sua condenação. São aplicadas pelo magistrado na dosimetria da pena, entrando como fatores de cálculo no terceiro estágio dessa dinâmica, conforme se dessume do ordenamento penal[1928].

Enquanto as circunstâncias qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais derivados, apresentando limites mínimo e máximo no preceito secundário, as causas de aumento e diminuição de pena apresentam um *quantum* de aumento e de redução sempre indicados em frações pela legislação. É também de se ressaltar que as majorantes e minorantes tanto podem estar presentes na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal[1929].

6.5.1 A especificação das majorantes

Antes da reforma do rito do júri provocada pela Lei n. 11.689/2008, o Código de Processo Penal preceituava ao juiz pronunciante a obrigatoriedade de discriminar todas as circunstâncias qualificativas do crime[1930], assentando entendimento de que a decisão de admissibilidade acusatória deveria aludir tão somente às circunstâncias qualificadoras[1931] e causas de aumento de pena que estivessem constantes da Parte Especial do Código Penal[1932].

[1928] Artigo 68/CP. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. "São causas de facultativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade, etc.) ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até metade, etc.)" (JESUS, 2003, v. 1, p. 579).

[1929] "Assim, se consignada na Parte Geral do Código Penal será entendida como uma *causa geral de aumento ou de diminuição de pena*; se na Parte Especial será denominada de *causa especial de aumento ou de diminuição de pena*" (GRECO, Rogério. *Direito Penal – Parte Especial. Introdução à Teoria Geral da Parte Especial; Crimes contra a pessoa*. Niterói: Impetus, 2005, p. 91, grifo do autor).

[1930] Artigo 416/CPP (redação original). Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório.

[1931] "Defeso é ao juiz, por ocasião da pronúncia, manifestar-se sobre agravantes, atenuantes e causas especiais de aumento ou diminuição de pena [...] ela deverá conter, tão-só, o dispositivo legal imperante contra o réu e todas as circunstâncias qualificativas do crime" (LEAL, 1993, p. 37).

[1932] Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 33-34.

Havia também entendimento no sentido da total impossibilidade do magistrado pronunciante reconhecer alguma causa de aumento de pena, uma vez que se cuidava de matéria relativa à aplicação da sanção penal que era da atribuição do presidente do Tribunal do Júri em caso de condenação e, portanto, não deveria ser tratada no âmbito da decisão de pronúncia[1933].

Para sustentar essa posição aludia-se ao preceituado na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal acerca da vedação de que na pronúncia constassem causas de diminuição de pena[1934]. Por interpretação analógica, para as causas de aumento de pena invocava-se a mesma vedação legal.

Com a citada reforma há hodiernamente alusão expressa à necessidade de serem especificadas na decisão de pronúncia as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, não distinguindo entre majorantes gerais ou especiais. Opera-se pela lei reformadora do júri a derrogação do entendimento anterior referente à proibição do magistrado referir-se às causas de aumento de pena no conteúdo da pronúncia.

Muito embora as causas de aumento de pena estejam locadas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal, há entendimento no sentido de que não pode o magistrado referir-se às circunstâncias genéricas de aumento de pena, dado que estas servem somente para auxiliar na fixação da pena, atribuição esta do presidente do Tribunal do Júri em caso de condenação do réu pelo Conselho de Sentença[1935].

Em outro plano, propugna-se no sentido de que uma vez que a lei reformadora impõe a necessidade de discriminação das majorantes na pronúncia

---

[1933] Cf. MIRABETE, 1998, p. 488-489.

[1934] Artigo 7.º do Decreto–lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal). O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição de pena.

[1935] Conforme "expressamente menciona o art. 413, § 1.º, do CPP. Não se incluem as circunstâncias genéricas de aumento ou diminuição da pena, isto é, as previstas na Parte Geral, que servem para auxiliar o juiz a fixar a pena e não a definir o tipo penal no qual está incurso o réu" (NUCCI, 2008, p. 74-75).

sem indicar sua espécie, logo, deve o juiz discriminar todas as causas legais que indiquem uma elevação da pena, não importando se estejam situadas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal brasileiro[1936].

Afina-se mais com os postulados da ordem processual garantista assegurar-se ao réu a ciência de todas as causas, genéricas ou especiais, de aumento de pena no âmbito da pronúncia, possibilitado a articulação pontual de sua plena defesa, afastando qualquer surpresa na etapa do juízo da causa. Louvável, portanto, essa sistemática que vai ao encontro dos ditames do devido processo legal, permitindo ao acusado o tratamento processual digno.

6.6 O aforismo do *in dubio pro societate*

O *caput* do artigo 408 do Código de Processo Penal, em sua redação de 1941, instituiu como requisitos autorizadores da pronúncia a existência do *crime* e de *indícios de que o réu seja o seu autor*[1937]. Uma peculiar situação era observada quando o magistrado, analisando os autos nessa fase, com base na dúvida ainda existente não se sentia seguro para pronunciar o réu.

Para amenizar esse desconforto, sustentou-se na doutrina e jurisprudência a teoria do *in dubio pro societate*, uma autorização para que o magistrado, ao final da fase instrutória, diante de um quadro de provas duvidoso ou incerto elaborasse a pronúncia para que o Tribunal Popular, juízo natural para o julgamento das infrações penais dolosas contra a vida, decidisse a sorte do réu[1938]. Desde então esse

---

[1936] Cf. BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 34.

[1937] A redação original do artigo 408/CPP previa como um dos requisitos autorizadores da pronúncia a existência de *indícios de que o réu seja o seu autor*. A partir da Lei n. 11.689/2008 o requisito está previsto na parte final do *caput* do artigo 413/CPP.

[1938] "Considerando-se que a pronúncia tem a natureza de decisão interlocutória que examina a admissibilidade da acusação e autoriza o ingresso no juízo da causa, a doutrina e jurisprudência majoritárias sustentam que, nessa fase processual, deve vigorar o *Princípio do in Dubio Pro Societate*, uma vez que a dúvida favorece a sociedade, e não o acusado, que deverá ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri" (AQUINO, 2004, p. 47, grifo do autor).

aforismo revestiu-se de uma regra inconteste, aplicável à pronúncia no procedimento do júri[1939].

No entanto, com o advento da vigente Carta Constitucional, em 1988, todo o ordenamento jurídico nacional precisou passar por uma adaptação aos preceitos maiores estatuídos e cuja observância se impõe sob pena de ferir-se um sistema pautado em garantias individuais e coletivas. É nesse contexto que se exige uma apreciação meticulosa dos preceitos tomados na esfera do processo penal, incluindo, logicamente, as regras que são invocadas para o procedimento do Tribunal do Júri no Brasil.

A Lei n. 11.689/2008, reescrevendo o procedimento do júri, manteve, no *caput* do artigo 413 do Código de Processo Penal, a necessidade do magistrado identificar dois requisitos fundamentais para prolatar a decisão de pronúncia, quais sejam: a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do réu. Não havendo uma regulamentação legal apta a extirpar dúvidas quanto à aplicabilidade do aforismo, seguem os extensos embates doutrinários acerca da matéria[1940].

O núcleo extraído do supracitado brocardo jurídico resulta no seguinte comportamento: uma vez encerrada a instrução preliminar e restando dúvidas quanto às provas, deve o juiz pronunciar o réu, encaminhando o caso para que seja decidido pelo plenário do júri, este que é o tribunal natural da causa. O juiz estaria autorizado a enviar a causa para o júri pela competência constitucional que este detém.

1939 "Entretanto, a pronúncia é uma decisão de natureza processual, não faz coisa julgada material, mas é preclusiva. Ela se norteia pelo princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, o juiz decide em favor da sociedade, declinando o julgamento ao júri" (LEAL, 1993, p. 31).

1940 "É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere *pronunciar* o acusado, sem provas firmes e livres de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo *in dubio pro societate* (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver" (NUCCI, 2008, p. 61, grifo do autor).

Em sentido contrário: "Prevalece, quanto à autoria ou participação, o princípio do *in dubio pro societate*. Isto porque a competência para julgar os delitos dolosos contra a vida cabe exclusivamente ao júri, por disposição constitucional" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 30).

Se houvesse consistência lógica nessa autorização, então haveria uma inconsistência no ordenamento jurídico no que toca ao permissivo para o magistrado, na mesma fase do juízo da acusação, diante da insuficiência de provas, prolatar a decisão de impronúncia, dado que agindo dessa forma também estaria inibindo o conhecimento da causa pelo Tribunal Popular.

Quando o legislador estabelece o procedimento escalonado do júri, com uma decisão interlocutória para analisar a admissibilidade acusatória, o faz com a clara intenção de evitar que causas temerárias ou infundadas sejam enviadas para a apreciação dos juízes leigos, os quais poderiam num contexto de ausência ou dubiedade de provas aplicarem uma condenação injusta ao réu[1941].

A existência no ordenamento jurídico de uma decisão nos moldes da pronúncia permite entender que a *mens legis* é a de dotar o procedimento do júri de um mecanismo de controle hábil a realizar uma depuração nas causas que devem ser submetidas à apreciação do plenário do júri, para que este confirme ou afaste a imputação daquela decisão.

Por essa razão que tal mecanismo deve ser conduzido por um magistrado letrado, que tenha condições de analisar com prudência o conjunto de provas constantes dos autos e de atingir um suficiente nível de certeza da materialização dos requisitos autorizadores da pronúncia, enviando ao plenário a acusação abalizada por limites lógicos e legais. Daí a figura analógica que associa a decisão de pronúncia a um filtro que seleciona as causas que são da competência do júri das demais.

Nesse talante há que se ponderar que com a reforma do procedimento do júri promovida pela Lei n. 11.689/2008, o legislador inseriu novas alternativas processuais para o magistrado quando da absolvição sumária[1942] reduzindo as

---

[1941] "Ou seja, cabe ao juiz na fase da pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal. [...] A pronúncia, portanto, atua como uma garantia da liberdade, evitando que alguém seja condenado e não o mereça" (GRECO FILHO, 1999, p. 119).

[1942] À luz do que estabelece a locução do artigo 415/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

possibilidades que orbitam em torno da pronúncia e da impronúncia, inibindo a aplicação do aforismo do *in dubio pro societate*.

Uma das primeiras constatações ao se analisar a natureza da locução do *in dubio pro societate* revela sua íntima ligação à matéria da avaliação da prova. Nesse sentido, a noção que se quer passar pelo brocardo é a de que se o magistrado estiver diante de dúvida intransponível acerca da suficiência das provas, deve pronunciar o acusado, permitindo que os jurados tomem ciência da dúvida e decidam. Em singelas palavras, remete-se a dúvida ser sanada pelo conselho dos jurados leigos, juízo da causa[1943].

Tal procedimento poderia sugerir a indagação do quanto seria ponderável confiar que o juiz natural da causa – o jurado leigo – que, na prática, limita-se a assistir aos atos de plenário, teria condições de formar sua convicção, esta que não é motivada[1944], estribada na certeza, se o magistrado que teve às mãos os autos, o contato com as provas, os meios necessários para sanar as dúvidas, não logrou êxito em extirpá-las.

[1943] "Entendemos [...] que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mantendo-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção" (RANGEL, 2009, p. 586-587).

Em sentido contrário: "na dúvida, o juiz pronuncia o réu, mandando-o a julgamento perante o tribunal do júri. Essa dúvida diz respeito aos aspectos subjetivos do tipo (dolo, culpa, elementos subjetivos), à ilicitude (legítima defesa etc.) e à culpabilidade. [...] Isso ocorre porque, nesse momento, não se está condenando nem absolvendo, mas apenas admitindo-se que o réu seja julgado pelo tribunal do júri" (FEITOZA, 2009, p. 506).

[1944] "Todavia, decide por convicção íntima o júri, o qual condena ou absolve sem fundamentar sua decisão. Essa exceção se justifica em virtude da soberania dos veredictos e sigilo das votações, conforme o texto expresso do art. 5º., XXXVIII, da Constituição Federal" (GRECO FILHO, 2009, p. 203).

"A íntima convicção dos jurados, de que deve deduzir seu julgamento, é a que diz respeito às questões de fato que se lhe propõem, não às conseqüências penais de suas respostas" (ALMEIDA, 1975, p. 146).

Na votação pelos jurados o "que reina não é apenas o livre convencimento, e sim, a íntima convicção" (MARQUES, 1960, p. 216).

"O sistema da íntima convicção é històricamente o mais antigo, assim como o é o Tribunal composto de cidadãos, em vez de jurisperitos, vale dizer, o Júri" (CARRARA, 2003, p. 50).

Observa-se que "tal sistema vigora, entre nós, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri. De fato, os jurados decidem, sigilosamente, de acordo com a sua íntima convicção, sem fundamentar seu voto. E mais até: sem que se saiba, via de regra, qual teria sido seu voto, se contra ou a favor" (TOURINHO FILHO, 2003, p. 243).

No sistema da íntima convicção "a liberdade é plena, porque o julgador fica dispensado de explicar seu veredicto. No Brasil, tal segundo método é adotado somente nos julgamentos, pelo Júri, dos crimes dolosos contra a vida [...], quando os jurados leigos, ou juízes de fato, se limitam a responder secamente a quesitos, com apenas um 'sim' ou um 'não'" (GONZAGA, 1993, p. 29).

Ora, a certeza só é possível com prova plena, a qual o magistrado não vislumbrou no momento da pronúncia e, por conseguinte, a mesma dúvida poderá acometer o jurado em plenário. Imagina-se a dificuldade da avaliação de uma prova duvidosa para o jurado que é leigo se o magistrado, anteriormente, com todo instrumental a sua disposição não conseguiu formar seu convencimento.

Outra constatação advinda do citado aforismo é a que diz respeito ao interesse social em ver o caso apreciado pelo plenário[1945]. No entanto, se é certo que a sociedade detém o legítimo interesse em ver respeitada a ordem normativa, através da qual se assegura ao acusado as garantias constitucionais, torna-se inadmissível levar alguém a julgamento num procedimento escalonado pautado na fragilidade ou insuficiência dos elementos de provas[1946].

A análise que se espera do magistrado ao final da etapa do *iudicium accusationis* é aquela calcada no confronto de todos os elementos de prova apurados na instrução preliminar para vislumbrar a possibilidade de haver o êxito da acusação, de modo que se pairar alguma dúvida quanto à eficiência do arcabouço de provas para sustentar uma condenação, impõe-se outra decisão que não seja a pronúncia[1947].

Compulsando os autos e verificando a existência de indícios frágeis, vagos ou incompreensíveis, não deve o magistrado invocar o *in dubio pro societate* sustentando dúvida a ser remetida para a apreciação do Tribunal Popular. Agindo dessa forma estaria agasalhando a presunção da culpabilidade do réu, suportando, com isso, o

---

[1945] Cf. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o *in dubio pro societate*. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: Centro de Estudos Penais e Criminológicos, n. 17, ano IV, p. 10, jul./set. 2001.

[1946] Em relação aos requisitos da pronúncia "não exige, para a pronúncia, expressamente, que haja indícios veementes de ser o acusado o autor da infração penal. Fala só em indícios, mas fica subentendido que a pronúncia não deverá ser decretada com apoio em indícios fracos, remotos, vagos, de maneira a ocorrer a dúvida séria de autoria. [...] dizemos que os indícios devem ser 'suficientes' para gerar a presunção-convicção de ter sido o acusado o autor ou co-autor do crime, exigindo muito esforço de raciocínio ou de argumentação admitir não ser isto verdadeiro. [...] A lei, porém, exige indícios veementes, presunções fortes, e como tais se consideram os fatos conhecidos que, pela sua força e precisão, são capazes de determinar uma só e única conclusão: isto é, de que não foi outro senão o indiciado o autor ou cúmplice do fato criminoso" (ROSA, 1942, v. II, p. 497).

"A desculpa de que os jurados são soberanos não pode autorizar uma condenação com base na dúvida" (RANGEL, 2009, p. 587).

[1947] "O raciocínio do juiz na pronúncia, então, deve ser o seguinte: segundo minha convicção, se este réu for condenado haverá uma injustiça? Se sim, a decisão deverá ser de impronúncia ou de absolvição sumária" (GRECO FILHO, 1999, p. 119).

risco de haver uma condenação injusta no plenário do júri, indo contra a ordem processual abalizada num sistema garantista, como aquele albergado pela Constituição da República de 1988.

6.6.1 O *in dubio pro societate* numa perspectiva constitucional

A Constituição da República de 1988, ao acolher em seu artigo 1.º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, estabeleceu uma diretriz, sobre a qual, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve estar assente, tanto no plano da elaboração dos diplomas legais, como no de sua aplicação, preponderando o respeito das instituições sociais pelo ser humano em toda a sua existência, afastando qualquer ato discriminatório[1948].

A possibilidade de se obter a condenação do réu no plenário do júri diante da insuficiência ou incerteza de provas representa um atentado às bases constitucionais que elegeram a dignidade do ser humano como um dos fundamentos do Estado brasileiro. A condenação duvidosa ou desprovida de lastro probatório representa um retrocesso em todas as conquistas galgadas pelo espírito democrático da Constituição da República de 1988.

Se não padece de dúvidas a intenção constitucional de que se trate o ser humano com dignidade, também não pode haver objeção à regra que assevera a condição de isonomia entre as partes ao longo do devido processo legal. Daí o imperativo da paridade de armas que faz com que acusação e defesa no processo penal tenham direitos e deveres igualmente distribuídos[1949], muito embora seja patente a diferença da estrutura estatal de que dispõe o órgão acusador frente aos recursos de que, em geral, dispõe o réu[1950].

[1948] Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.
[1949] Cf. TUCCI, 2009, p. 136-137.
[1950] Cf. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 48-49.

Quando se invoca o *in dubio pro societate* há um desequilíbrio no preceito da paridade das armas, revelando que o vencido acaba vencendo. Isso porque embora o Ministério Público, com todo o aparato de investigação estatal, ao término do *iudicium accusationis* não tenha conseguido êxito em trazer aos autos provas suficientes e indubitáveis em face do réu, ainda assim, decide-se contra este – *in dubio contra reum* –, permitindo àquele órgão uma nova oportunidade de explorar a dúvida perante os jurados[1951].

A presunção de inocência[1952] é um dos axiomas que se conecta diretamente com a temática das provas. O ônus da prova da culpabilidade cabe ao órgão acusador, ao passo que para o réu, até que não se prove sua culpa, vige o *status* de inocente. Esse pensamento está em conformidade com o próprio caráter garantista, acessível a todos[1953].

Havendo dúvidas quanto à culpabilidade impõe-se a absolvição. Nesse sentido ao aplicar-se a regra do *in dubio pro societate* observa-se que a dúvida produzida pela insuficiência de provas inclina o magistrado a conduzir o réu à possibilidade de ser condenado em plenário, presumindo sua culpabilidade[1954]. Esse quadro de condenação pautada em dúvida não se compadece com os fundamentos da dignidade da pessoa humana, quando o correto é a aplicação do velho e revelho *in dubio pro reo*.

Em qualquer fase do processo penal aplica-se de modo imediato e irrestrito o preceito da presunção de inocência como forma de inibir os arbítrios e excessos que porventura possam ser invocados contra o acusado. Integralmente se aplica esse

---

[1951] "Em tema de direito probatório, afirma-se: 'na dúvida, em favor da sociedade' consiste em absurdo lógico-jurídico. Veja-se: em face da contingente dúvida, sem remédio, no tocante à prova – ou melhor, imaginada incerteza – decide-se em prol da sociedade. Dizendo de outro modo: se o acusador não conseguiu comprovar o fato, constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova; então, se soluciona a seu favor, por absurdo. Ainda, porque não provou ele o alegado, em face do acusado, deve decidir-se contra o último. Ao talante, por mercê judicial o vencido vence, a pretexto de que se favorece a sociedade: *in dubio contra reum*" (PITOMBO, 2001, p. 6-7).

[1952] De acordo com o inciso LVII do artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

[1953] As garantias processuais tratam "de superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis a todos" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23).

[1954] Cf. PITOMBO, 2001, p. 7.

raciocínio à pronúncia, esta que não pode partir da premissa da culpabilidade do réu num campo de provas incertas, lançando as dúvidas e a sorte do próprio acusado a um julgamento por juízes leigos e à execração pública.

Desse modo, a locução *indícios suficientes*, existente na redação do artigo 413/CPP, deve ser interpretada conforme os preceitos existentes no bojo da Carta Constitucional de 1988, no sentido de haver prova suficiente de autoria ou participação do acusado que justifique a decisão de pronúncia[1955]. Por via oblíqua, no final do *iudicium accusationis* remanescendo a dúvida quanto à autoria ou participação do acusado, é imposto ao magistrado impronunciar aquele e aguardar, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, que seja apurada prova nova e segura autorizadora de nova acusação.

Com esteio na ordem processual garantista[1956] conclusão outra não pode ser do que a prevalência do entendimento pelo qual a decisão de pronúncia deve advir da certeza do magistrado de que os pressupostos autorizadores desse ato sejam robustos e estremes de dúvidas nos autos, de modo a enviar ao plenário uma causa com possibilidade de êxito da acusação, evitando o risco de uma condenação duvidosa ou incerta.

6.7 Da correlação entre a acusação e a pronúncia

O procedimento dos crimes dolosos contra a vida é previsto na legislação brasileira para ser desenvolvido em fases que se sucedem. A chamada fase do *iudicium accusationis*, ou instrução preliminar, tem início com o recebimento da

---

[1955] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, pág. 313.

[1956] O viés garantista do processo penal consiste "num direito público subjetivo, universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da justiça: é conferida ao membro da comunhão social (inclusive, à evidência, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar prestação ou providência jurisdicional, relativamente a determinado interesse, em conflito com o de outrem" (TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17).

denúncia ou queixa e se encerra com a decisão do juiz que julga a admissibilidade acusatória. Entendendo o juiz estar comprovada a materialidade delitiva e que há suficientes indícios de autoria ou participação do réu, pronuncia-o.

Com a decisão de pronúncia abre-se a obrigatoriedade do julgamento pelo plenário do júri, na fase do juízo da causa. Convencendo-se que há indícios de autoria ou participação do réu na prática de uma comprovada infração penal prevista na legislação, o magistrado, através dessa decisão, delimita o objeto da acusação a ser sustentada em plenário.

Antes da reforma proporcionada pela Lei n. 11.689/2008, após a decisão de pronúncia o órgão acusador devia elaborar o libelo-crime que consubstanciava a articulação da acusação que seria submetida à apreciação do Conselho de Sentença[1957]. Funcionava como uma nova acusação formulada para a fase do juízo da causa em conformidade com a classificação jurídica ofertada aos fatos pela pronúncia. Dessa forma, a sentença de mérito refletia o resultado do acolhimento ou da rejeição do libelo-crime acusatório pelos jurados.

A aludida reforma extirpou o instituto do libelo-crime acusatório do procedimento das infrações penais da alçada do júri. Na nova sistemática adotada para tal procedimento, uma vez preclusa a decisão de pronúncia, os autos seguem diretamente ao presidente do Tribunal do Júri para que sejam desencadeados os atos preparatórios para a fase do julgamento da causa em plenário[1958]. É, portanto, a pronúncia a peça delimitatória da acusação a ser sustentada no júri e, conseguintemente, a fonte da qual a defesa extrai os parâmetros pelos quais deve estruturar sua argumentação.

Dessa forma, como importante mecanismo de controle acusatório no procedimento do júri, a pronúncia fixa as diretrizes que devem ser debatidas e

[1957] No preceito da redação original dada aos artigos 416 a 422/CPP antes da reforma da Lei n. 11.689/2008.
[1958] Conforme preceito exposto pelos artigos 421 a 424/CPP (com redações ofertadas pela Lei n. 11.689/2008).

analisadas em plenário, estabelecendo a imutabilidade da acusação no que tange aos fatos e a sua tipificação legal. Raciocínio diverso anularia a razão de ser da pronúncia, esta que existe para que seja tecnicamente assegurado em quais bases deve ser sustentada a acusação em plenário, e reduziria sobremodo as garantias fundamentais[1959].

Ao confrontar o conteúdo da acusação formulada no início da fase instrutória com as provas produzidas no seu decorrer, o magistrado constrói o seu raciocínio, do qual se extrai a conclusão lógica. Esta se materializa no ato decisório. Na instrução preliminar do rito do júri, concluindo pela viabilidade acusatória, o magistrado prolata a pronúncia. Se para formar a motivação da pronúncia parte o magistrado da premissa acusatória, logo há um liame entre acusação e pronúncia, um nexo que é edificado paulatinamente com a realização dos atos instrutórios.

Esse liame é estudado sob a ótica do princípio da correlação[1960]. Também denominado de princípio da *congruência da condenação com a imputação*, da *correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença*[1961], ou, ainda, princípio da *mutatio libelli*[1962], tal preceito demonstra que entre uma formulação inicial havida no início da fase instrutória – provocação oficial através da denúncia ou queixa – e a decisão judicial há uma conexão do objeto do processo[1963].

A correlação é um preceito indicativo de que os fundamentos da decisão judicial devem observar primordialmente a pauta estabelecida na peça acusatória,

---

[1959] "O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É a legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial" (LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77).

[1960] Acerca dos elementos na correlação, sabe-se que "na lógica escolástica, essa relação foi expressa dizendo-se que, nela, o sujeito e o termo podem permutar-se" (ABBAGNANO, 2000, p. 214).

[1961] O princípio da congruência da condenação com a imputação "liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 219).

[1962] Cf. NORONHA, 1987, p. 288.

[1963] A correlação "traduz relação entre dois termos, correspondência entre dois objetos. [...] conexão, identidade de objeto, entre acusação e sentença. Significa: imputação e responsabilização, constantes da acusação, correspondem àquelas julgadas na sentença" (POZZER, 2001, p. 204).

como garantia inerente ao réu, este que se defende dos fatos[1964]. Outrossim, o fato pelo qual o réu foi pronunciado ou condenado deve guardar identidade com o fato descrito na peça vestibular (denúncia ou queixa), sob pena de, no caso do não cumprimento deste preceito, ocorrer a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório na primeira fase do rito do júri.

É cediço que o magistrado no processo penal está vinculado apenas à imputação dos fatos. Uma vez que estes são reconhecidos, atribui-lhes os efeitos jurídicos adequados tanto no que toca à classificação penal quanto à aplicação da devida sanção.

O princípio da correlação revela uma verdadeira garantia do acusado ao devido processo legal. Por se defender dos fatos jamais pode o réu ser condenado pela prática de um fato diverso daquele narrado na peça acusatória sem que providências legais sejam tomadas[1965].

Como na decisão de pronúncia não se trata de condenação, mas unicamente de admissão da acusação, o seu principal viés é traçar o perímetro máximo da acusação a ser sustentada em plenário. Nesse sentido que se analisa a correlação entre a denúncia ou queixa e a decisão de pronúncia, esta que estabelece os quadrantes da imputação penal a ser debatida no juízo da causa.

[1964] Nessa temática há a incidência dos brocardos jurídicos *juria novit curia* (princípio da livre locução do direito) e *narra mihi factum dabo tibi jus* (princípio que indica que pela narrativa do fato, dá-se o direito correspondente).

"O tema da correlação entre acusação e sentença é pertinente ao fato processual, isto é, ao acontecimento histórico imputado ao réu. A importância está na relevância *processual* do fato. Por isso, concretamente, o que pode ser indiferente em relação a uma imputação pode ser relevante em relação à outra, ainda que se trate do mesmo tipo penal [...]. Já a alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto não ser possível condenar alguém sem que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal" (BADARÓ, 2000, p. 159-130, grifo do autor).

Em sentido contrário: "tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito, entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal" (POZZER, 2001, p. 152).

[1965] "Cabe ao juiz o trabalho de individualização da pena, não ficando, neste aspecto, preso ao pedido da acusação" (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 219).

"Não está o magistrado, realmente, adstrito à classificação feita pelo órgão acusatório, até mesmo porque o réu se defende dos fatos e não da definição jurídica dada na denúncia" (NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 692).

Do preceito da correlação decorre que o pronunciado deve ser submetido a julgamento pelo Tribunal Popular pelo fato punível que a decisão de pronúncia alberga. Na eventual possibilidade do Conselho de Sentença reconhecer a prática de infração penal diversa da estabelecida na decisão de pronúncia e, por consequência, operar a desclassificação da modalidade delitiva, não estará anulando o aludido princípio em comento.

Isso ocorre em razão de um dos fundamentos constitucionais do Tribunal do Júri: a soberania dos veredictos. E como corolário deste o Conselho de Sentença pode reconhecer infração diversa da descrita na pronúncia assim como absolver o acusado negando a própria existência do fato[1966]. É livre o conselho para decidir de acordo com as provas constantes dos autos[1967].

As regras advindas da correlação entre acusação e pronúncia impõem um nexo mínimo entre os fatos narrados na peça acusatória e os fatos que estão descritos na decisão de admissibilidade acusatória[1968]. Não obstante a isso, durante a instrução preliminar do júri – fase sumarial – podem restar comprovadas alterações no fato narrado na peça acusatória, seja em sua forma simples ou qualificada.

Esse fenômeno é observado nos institutos denominados pela doutrina como *emendatio libelli* e *mutatio libelli*, os quais impelem o magistrado, antes de prolatar a sua decisão, a adotar alguma das providências estabelecidas em lei para evitar que o acusado seja tomado de surpresa pela pronúncia de um fato do qual não teve ciência e, portanto, a oportunidade de apresentar defesa durante a fase instrutória, ferindo os preceitos da ampla defesa e do contraditório[1969].

1966 "O Tribunal do Júri não está vinculado, em seu veredicto e julgamento, às premissas de direito e de fato da pronúncia. O juiz pode pronunciar o réu por entender provada e certa a existência do fato delituoso. Isto não impede que os jurados neguem que o fato tenha sido praticado" (MARQUES, 1962, p. 136).

1967 Cabe apelação no prazo de cinco dias das decisões do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, segundo o preceito da alínea *d* do inciso III do artigo 593/CPP.

1968 Cf. PORTO, 2005, p. 75.

1969 "Quando houver violação da regra da correlação entre a acusação e a sentença é causa de nulidade absoluta, pois ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, conseqüentemente, o devido processo legal" (NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 614).

6.7.1 A definição jurídica diversa do fato narrado na peça acusatória

Pode o magistrado, ao final da instrução preliminar, adequar o fato ocorrido ao tipo penal previsto em lei, isto é, realizar o juízo de tipicidade[1970]. Isso significa que, na fase da decisão de pronúncia, o magistrado realiza a subsunção do fato narrado na peça acusatória – o qual se mostrou invariável ao longo da fase instrutória – e a classificação adequada que o mesmo deve receber de acordo com a lei penal. Esse é o fenômeno conhecido como *emendatio libelli*[1971].

Um dos resultados da política reformadora da legislação de processo penal foi a sanção, em 20 de junho de 2008, da Lei n. 11.719, a qual alterou, dentre outros, a redação do artigo 383 do Código de Processo Penal[1972], dispondo novas regras para a aplicação do instituto da *emendatio libelli*.

Na aplicação das regras inerentes a *emendatio libelli* duas características iniciais se destacam. A primeira delas é que o magistrado pode realizar a alteração da classificação penal sem que, com isso, se alegue algum constrangimento ou limitação na defesa.

Por consequência, o dispositivo em apreço concede ao juiz a possibilidade de adequar a acusação à outra capitulação legal, sem que haja nova e posterior manifestação das partes a respeito.

[1970] "Em primeiro lugar só a jurisdição consiste na aplicação de leis a (ou na qualificação legal de) fatos jurídicos. [...] A jurisdição é uma *aplicação* da lei para uma *hipótese legal* no sentido de que é necessariamente medida pela comissão de um fato a respeito do qual existe caráter cognitivo" (FERRAJOLI, 2002, p. 463-464, grifo do autor).

[1971] "A *emendatio libelli* é a correção, feita pelo juiz, na fase da sentença, da classificação legal do fato delituoso descrito na denúncia ou na queixa. Na *emendatio libelli*, o fato encontra-se descrito na denúncia, ainda que implicitamente, com todas as elementares. Apenas a classificação legal é incorreta. O juiz, então, corrige a classificação. Essa correção da classificação legal feita pelo juiz é uma aplicação do princípio *iuria novit cúria* (o juiz ou o tribunal conhece o direito) ou princípio da livre convicção do direito" (FEITOZA, 2009, p. 975).

[1972] Artigo 383/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.719/2008). O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1.º. Se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2.º. Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

A segunda peculiaridade é que o fato sempre foi o mesmo desde a inicial, não há nada de novo, o réu se defendeu dele durante toda a instrução probatória. A classificação jurídica do fato é que estava equivocada e o magistrado, por força da decisão de pronúncia, corrigiu-a delimitando a acusação para plenário.

Para efeitos da aplicação da *emendatio libelli* o legislador utiliza-se da expressão *definição jurídica diversa* no *caput* do artigo 383/CPP. Nesta o tipo penal apresenta um núcleo comum entre a imputação penal originária e a nova classificação constante da decisão de pronúncia.

No específico procedimento do júri a reformadora Lei n. 11.689/2008 manteve a previsão já existente[1973] do instituto da *emendatio libelli* nesse rito, todavia com redação alterada para o artigo 418/CPP[1974]. Na essência desse instituto nada foi alterado em relação às regras ora expostas, ou seja, o juiz na decisão de pronúncia realiza nova capitulação legal para os fatos que foram corretamente descritos na peça acusatória e dos quais o réu amplamente se defendeu na fase sumarial[1975].

6.7.2 A nova definição jurídica do fato

Situação diversa é a que resulta do descobrimento, na fase instrutória, de uma elementar[1976] ou circunstância[1977] que não se encontra presente, de modo implícito ou não, na descrição do fato na peça acusatória. Essa descoberta, na prática, faz com

---

[1973] § 4.º do artigo 408/CPP (redação revogada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

[1974] Artigo 418/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

[1975] "Nenhum prejuízo advirá ao acusado, uma vez que se defende dos fatos descritos na peça acusatória" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 35).

[1976] "*Elementares* são os componentes objetivos ou subjetivos do tipo básico ou fundamental. [...] O que o art. 384 quer evidenciar é a possibilidade de nova definição jurídica do fato, porque a prova colhida ao longo da instrução demonstra estar presente qualquer elementar (componente do tipo básico) ou circunstância do crime (componente do tipo derivado) não descrita, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa" (NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 617, grifo do autor).

[1977] "O vocábulo circunstância – do latim *circunstantia*, derivado de *circum stare* – significa 'o que está em redor, em torno de, em volta de', enquanto a palavra elementar, diversamente traduz 'o que está na coisa, o que lhe é essencial, básico, fundamental'" (BATISTA, 1996, p. 165-166).

que haja uma substancial alteração na conformação do fato que é objeto da imputação penal.

Exsurge daí a necessidade de tomada de providências para que ocorra nova oportunidade de manifestação das partes a respeito dessa nova circunstância que altera significativamente a imputação original. Esse é o fenômeno conhecido por *mutatio libelli*[1978], o qual somente se aplica no juízo de primeiro grau[1979].

Com a aludida política reformadora da legislação de processo penal, provocada pela Lei n. 11.719/2008, as regras do instituto da *mutatio libelli* foram reescritas no corpo do artigo 384 do Código de Processo Penal[1980], corrigindo-se uma imperfeição técnica na antiga redação, a qual se referia à expressão, antagônica por si mesma, *circunstância elementar*. O supracitado diploma, solucionando o entrave, reescreveu o artigo com a novel expressão *elemento ou circunstância*.

Ao tempo da redação original do Código de Processo Penal, antes da reforma do procedimento do júri, portanto, pairavam ácidas críticas ao fato do legislador ter omitido a disciplina da *mutatio libelli* desse rito especial. Numa linha mais alargada de pensamento, infere-se que o legislador deixou passar em branco uma destacada oportunidade para normatizar a questão da aplicação do instituto processual da *mutatio libelli – nova definição jurídica do fato* – no âmbito do

---

[1978] "Na *mutatio libelli* há prova nos autos de que o fato não é aquele descrito na denúncia ou na queixa. Há uma elementar que não se encontra descrita explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa, com a qual a classificação legal do fato se altera" (FEITOZA, 2009, p. 977).

[1979] Súmula 453/STF: "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa".

[1980] Artigo 384/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.719/2008). Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1.º. Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2.º. Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3.º. Aplicam-se as disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4.º. Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5.º. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

procedimento do Tribunal do Júri, no contexto da reformadora Lei n. 11.689/2008 que alterou esse citado rito[1981].

Conforme registrado, a locução do artigo 418/CPP somente trata do fenômeno da *emendatio libelli* – *definição jurídica diversa do fato* – no procedimento do júri. Não havendo previsão legal de reconhecimento na pronúncia de fato diverso daquele descrito na acusação, infere-se a ausência de um procedimento normatizado a ser adotado pelo magistrado diante dessa ocorrência no juízo de acusação.

A regra geral para que ocorra a *mutatio libelli*, de acordo com o teor do artigo 384/CPP, é que a elementar ou circunstância nova, apurada ao longo da instrução, seja submetida à manifestação das partes. Na ausência de previsão, o mais saudável parece ser a indicação para que o magistrado abra vista ao Ministério Público para aditar a acusação[1982] e, em seguida, intime a defesa para contraditar[1983], repita-se, medida iluminada pelas luzes da ordem constitucional garantista.

O aditamento da inicial ajusta a acusação e proporciona ao réu a possibilidade de realizar a ampla defesa e o contraditório, seguindo os ditames do devido processo legal. A adoção dessa sistemática na seara do procedimento do júri evita os prejuízos ao réu que poderiam advir pela inclusão de uma nova elementar ou circunstância na pronúncia[1984].

[1981] O ordenamento jurídico brasileiro "proporciona ao acusado oportunidade de reação ao fato criminoso, mas não o dota de mecanismos eficientes para reagir à classificação desse fato à pena aplicável" (FERNANDES, *A reação defensiva a imputação*, 2002, p. 31).

[1982] "Cumpre, então, ao juiz em tal caso, baixar o processo, 'a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia'" (MARQUES, 1963, v. I, p. 234).
"Tendo sido a qualificadora adotada pela pronúncia conhecida na instrução, mas a ela não dando referência, ainda que implícita, a parte descritiva da petição inicial, denúncia ou queixa, à sua adoção deve anteceder aditamento" (PORTO, 2005, p. 78).

[1983] Assim, "tratando-se de nova definição jurídica (em que o crime é de natureza diferente), o juiz terá que ordenar a volta dos autos ao Ministério Público, para aditamento da denúncia ou queixa e reabertura da instrução criminal e demais diligências" (ROSA, 1942, v. II, p. 499-500).
Cf. TORNAGHI, 1987, v. 2, p. 211.

[1984] O juiz determina "a baixa do processo, a fim de que *adite* o Ministério Público a denúncia. Incurial seria, por afetar o direito à plena defesa que, então, em face da qualificadora se deixasse de ouvir antes o réu, com a faculdade de deduzir defesa, tal como a lei processual penal admite" (MARREY et al., 2000, p. 267, grifo do autor).
"Nem se diga que a decisão de pronúncia é de mera admissibilidade da acusação, podendo ser alterada em plenário pelos jurados, pois acarreta inúmeras conseqüências ao réu, inclusive a possibilidade de ser preso, o que não pode ser ignorado" (NUCCI, 2008, p. 81).

Para que haja o reconhecimento da nova definição jurídica do fato é necessário que haja um liame entre o fato narrado na peça acusatória aditada e o conteúdo da pronúncia, ao final da instrução preliminar, revelando o princípio da congruência. Daí inferir-se que devam ser aplicadas no rito do júri, analogicamente, as regras do artigo 384/CPP, pela ausência de expressa previsão legal, garantindo-se as diretrizes do devido processo legal[1985].

6.7.3 Da circunstância superveniente à preclusão da pronúncia

Como decisão interlocutória a pronúncia apresenta efeitos preclusivos de natureza processual. Isso significa que ocorre preclusão para o magistrado[1986], este que não tem mais o poder de alterar o conteúdo do mencionado ato decisório, a não ser pela ocorrência de um fato posterior que tenha acolhida legal.

Destarte, após a preclusão dessa decisão, os autos devem ser então encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri para que sejam levados a cabo os atos necessários de preparo para o julgamento no plenário, efetivando dessa forma a etapa do *iudicium causae*[1987].

Uma vez preclusa a decisão de pronúncia e antes de haver o julgamento em plenário, pode ocorrer a superveniência de uma circunstância que venha a modificar a classificação delitiva ínsita no conteúdo dessa decisão interlocutória, fazendo com que medidas no âmbito do processo sejam tomadas para corrigir o rumo da

---

[1985] Não admitindo a aplicação das regras do artigo 384/CPP no rito do júri: "Por interpretação analógica e sistemática, nossa conclusão é a de que o § 4.º do art. 408 do Código de Processo Penal é uma exceção ao art. 384, ou seja, que pode haver a *mutatio libelli* na pronúncia sem as providências previstas nesse último dispositivo. [...] Mas a *mutatio libelli* nesses termos, sem a oportunidade de manifestação do acusado, não ofenderia o contraditório e a ampla defesa? Não, porque a ampla defesa está assegurada na segunda fase do procedimento do júri" (GRECO FILHO, 1999, p. 125).

[1986] "Os efeitos da pronúncia não adquirem a imutabilidade que deriva da *res judicata* visto que tais efeitos são apenas de ordem processual. O que, de exato, ocorre é a preclusão *pro judicato*, uma vez que o juiz, depois que a preclusão se verifica, tornando imutável, *no processo*, a admissibilidade da acusação, não mais pode reexaminar o que por ele foi decidido" (MARQUES, 1962, p. 136, grifo do autor).

[1987] Da preparação do processo para julgamento em plenário na disciplina dos artigos 422 a 424/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008).

imputação a ser sustentada diante do Conselho de Sentença[1988]. Essa temática era prevista na redação original do Código de Processo Penal[1989]. Todavia, a edição da Lei n. 11.689/2008, alterando o procedimento do júri, inseriu uma nova sistemática a ser adotada pelo magistrado quando da ocorrência da circunstância posterior à pronúncia e que seja apta a modificar a classificação da infração penal a ser submetida para apreciação do juízo da causa[1990].

Pelo teor do disposto legal, verificando a superveniência da circunstância modificadora deve o magistrado ordenar o envio dos autos ao Ministério Público ou ao querelante para que seja aditada a denúncia ou a queixa-crime, uma vez que a titularidade da ação penal cabe ao órgão acusatório[1991].

Há entendimento que ante a recusa do Promotor de Justiça em proceder ao aditamento pode o juiz tomar, por analogia, as providências estabelecidas no artigo 28/CPP[1992], com a submissão do ato à apreciação do Procurador-Geral de Justiça para as deliberações pertinentes[1993]. No entanto, esse entendimento enfrenta resistência tendo em vista o princípio da independência funcional do Ministério Público[1994].

[1988] Um dos exemplos mais comuns dessa ocorrência é o caso em que o réu foi pronunciado a júri popular pela tentativa de homicídio e, após a preclusão da pronúncia, chega aos autos da prova da morte da vítima. Confirmado o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado *morte*, providências processuais referentes ao devido processo legal devem ser tomadas para que haja uma alteração na decisão de pronúncia e o réu seja, então, submetido a júri na capitulação de homicídio consumado, na forma simples ou qualificada, de acordo com as particularidades do caso.

[1989] A matéria era originalmente prevista no corpo do artigo 416/CPP.

[1990] Artigo 421/CPP (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1.º. Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§ 2.º. Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão.

[1991] Cf. PORTO, 2005, p. 82.

[1992] Artigo 28/CPP. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

[1993] Cf. GRECO FILHO, 2009, p. 398.

Cf. NUCCI, 2008, p. 83.

[1994] "Com efeito, a atuação do Magistrado, *in casu*, consistiria em um controle espúrio da atividade do Ministério Público, vulnerando sua independência funcional. [...] Seria constrangedor, convenhamos, a substituição de um órgão acusador por outro, máxime atendendo a uma sugestão do Juiz!" (TUBENCHLAK, 1994, p. 79-80).

Embora não haja previsão expressa dos atos a serem realizados na sequência, parece correto, em estrita observância aos ditames do devido processo legal, que seja intimada a defesa para exercer o contraditório e, caso requerido, que sejam adotadas as medidas dos artigos 410 e 411/CPP, referentes à produção de provas, oitiva de testemunhas e novo interrogatório do réu, para que o magistrado profira outra decisão de pronúncia com base no novo quadro fático[1995].

Raciocínio contrário importaria em prolatar uma nova pronúncia, por fato diverso daquele que foi objeto dos debates e do contraditório na fase da instrução preliminar, resultando em surpresa e patente prejuízo para a defesa do acusado[1996], situação esta que é inadmissível perante os ditames constitucionais, além de submeter ao plenário uma causa eivada de vícios por inobservância de requisitos legais, esvaziando os nobres desígnios do *iudicium accusationis*.

6.7.4 Da inclusão de outros réus no âmbito da pronúncia

Ao final da instrução preliminar o magistrado analisa todo o arcabouço de provas, juntamente com vertentes que caracterizam o fato delituoso para formar o seu convencimento acerca da admissibilidade acusatória, é plenamente possível que sejam vislumbrados indícios de autoria ou participação no fato de outra pessoa que não foi objeto de investigação no Inquérito Policial ou que a sua relação com os fatos somente tenha ocorrido ao longo do processo[1997].

Obviamente, por questões de incompatibilidade com a ordem processual garantista, não pode o magistrado, por exemplo, pronunciar ou impronunciar qualquer pessoa que não tenha sido formalmente denunciada e, logicamente, não tenha constituído defesa nos autos em que se discute a procedibilidade acusatória e

[1995] Cf. NUCCI, 2008, p. 83.
[1996] Cf. BADARÓ, 2000, p. 206.
[1997] Cf. FEITOZA, 2009, p. 508.

um consequente julgamento pelo Tribunal Popular, afrontando as bases que solidificam a ordem constitucional vigente.

Na redação original[1998] do Código de Processo Penal, especificamente no âmbito do § 4.º do artigo 408, o legislador, prevendo a ocorrência de situações como a descrita, na fase da pronúncia, incluiu norma determinando ao juiz a remessa dos autos para o órgão ministerial para analisar a viabilidade da inclusão de pessoa não descrita na peça acusatória e, contra a qual, haja elementos indicadores de sua participação no fato que é objeto do processo.

Posteriormente, a Lei n. 5.941/1973 acresceu novo parágrafo ao então artigo 408/CPP renumerando os demais constantes em seu corpo, todavia não alterou a redação pertinente ao seu § 4.º e que, a partir dessa lei, tornou-se o § 5.º do mesmo artigo.

Com a badalada reforma do procedimento do júri, provocada pela Lei n. 11.689/2008, houve uma adequação técnica do preceito que trata da matéria[1999]. Hodiernamente, portanto, continua em vigor a ideia contida na redação original do Código de Processo Penal com uma roupagem mais apropriada ao espírito do sistema jurídico vigente.

Dessa forma, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, permanece a obrigatoriedade do magistrado encaminhar os autos para o órgão ministerial para providências que interessar à acusação quando houver indícios de participação ou de autoria de outras pessoas não inseridas na peça inicial[2000]. Ademais, a aludida reforma, movida pelo sentimento de adequar o procedimento do júri aos contornos

---

[1998] § 4.º do artigo 408/CPP (redação original). Se dos autos constarem elementos de culpabilidade de outros indivíduos não compreendidos na queixa ou na denúncia, o juiz, ao proferir a decisão de pronúncia ou impronúncia, ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para aditamento da peça inicial do processo e demais diligências do sumário.

[1999] Artigo 417/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). Se houver indícios de autoria ou participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80.

[2000] "Não se exclui a remessa dos autos à polícia para efeitos de maiores investigações e, por essa ou outra razão, a denúncia superveniente poderá gerar processo separado do original" (NASSIF, 2009, p. 65).

da celeridade processual[2001], incluiu o prazo de 15 (quinze) dias para que o órgão ministerial adote as necessárias medidas.

Dessa forma, caso o Ministério Público promova o aditamento da peça inicial incluindo novos acusados, em relação a estes e, eventualmente aos réus primitivos, os atos da instrução preliminar devem ser repetidos para que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, além do que, naturalmente, o processo se encontra na fase da pronúncia, ao final do juízo instrutório[2002].

Não havendo concordância do órgão ministerial com o entendimento do magistrado, este poderá adotar as providências que julgar adequadas à luz do artigo 28/CPP, embora, conforme aludido anteriormente, não seja unânime essa opinião na doutrina pátria[2003].

Pode ser imperativo o aprofundamento nas investigações para melhor apurar-se a autoria ou participação nos fatos das pessoas não constantes da denúncia, ou, eventualmente, a necessidade da realização de novas diligências. Caso isso ocorra deve o magistrado ordenar as medidas ínsitas no bojo do artigo 80/CPP que alude à separação dos processos[2004], ainda que haja conexão[2005].

Havendo a necessidade de separar os processos, o magistrado prolata a pronúncia ou impronúncia para o réu que apresentou sua defesa e atuou no contraditório da instrução preliminar. Em relação às demais pessoas até então estranhas ao processo, realizam-se os atos instrutórios, proporcionando-lhes igual tratamento ao que foi deferido ao pronunciado.

[2001] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[2002] Cf. OLIVEIRA, 2008, p. 577.

[2003] Cf. TUBENCHLAK, 1994, p. 79-80.

[2004] Artigo 80/CPP. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

[2005] Cf. NUCCI, 2008, p. 72.

6.8 As infrações penais conexas e a pronúncia

O texto constitucional estabelece a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, no título dos direitos e garantias fundamentais[2006]. Essa regra diz respeito à competência mínima do júri[2007], não indicando qualquer impedimento para que a mesma possa ser aumentada para abarcar o julgamento de outras modalidades delitivas, como se infere pelo ordenamento de processo penal[2008].

Em consequência, a competência estabelecida comporta a inclusão de outras infrações penais para que sejam julgadas pelo Tribunal Popular, desde que mantenham um liame com os delitos dolosos contra a vida[2009]. É o que comumente se analisa na doutrina sob a chancela de *conexão de delitos* no procedimento do júri. Logo, na fase da pronúncia pode o juiz deparar-se com crimes conexos, isto é, uma infração penal dolosa contra a vida e outra da competência do juízo singular.

[2006] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
[...];
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

[2007] "O motivo relevante para que o constituinte elegesse um gênero de crimes a ser julgado pelo Tribunal do Júri deveu-se ao fato de que, em outros países, quando não especificada na Constituição essa competência mínima, a tendência sempre foi reduzir, gradativamente, a participação do júri no sistema judiciário, de modo a conduzi-lo a um papel decorativo. [...] Não houvesse a competência mínima obrigatória, fixada na Constituição Federal por ter tantos detratores, certamente o júri, no Brasil, já estaria com os dias contados" (NUCCI, 1999, p. 174).
"Se a Constituição utiliza o verbo *assegurar*, significa que é competência mínima e, portanto, é teoricamente possível que a lei amplie a sua competência para crimes diversos, além dos crimes dolosos contra a vida" (FEITOZA, 2009, p. 493, grifo do autor).
Cf. ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 187.

[2008] Artigo 78 do Código de Processo Penal. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;
[...].

[2009] "A Constituição Federal estabelece para o Júri uma competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Isto não significa que o legislador ordinário, respeitadas as competências de índole igualmente constitucional, amplie o rol de infrações sujeitas a esse procedimento especial. Hodiernamente, a única regra ampliativa está no art. 78, I, do Código de Processo Penal, que estabelece a *vis attractiva* do júri nas hipóteses de conexão ou continência com outras infrações penais comuns" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 447).

Para que se justifique esse fenômeno processual é curial que as infrações penais ocorram em situações de tempo, forma ou lugar que indiquem ser mais eficaz para o processo que tais modalidades delitivas sejam analisadas pelo mesmo juízo, nos mesmos autos[2010]. Se isso ocorrer, por força do que preceitua o inciso I do artigo 78 do Código de Processo Penal, a competência para o julgamento das infrações conexas é do Tribunal Popular.

Comumente considera-se que a conexão é um instituto processual que tem sua razão de ser na necessidade de concentrar a produção da prova dos fatos delituosos num único processo. Isso proporciona, também, um único julgamento[2011], também para impedir o risco de, no mérito, advirem sentenças contraditórias ou dissonantes, como poderia ocorrer se as infrações penais fossem processadas em juízos distintos[2012].

Inclui-se na análise anterior também o caso da denominada *continência*, a qual ocorre quando um ou mais fatos delituosos estiverem incluídos em outro, de modo que todos sejam considerados numa unidade incindível. Na continência, também as infrações penais devem ser julgadas num único processo[2013].

Caso o magistrado impronuncie o acusado ou absolva-o sumariamente da infração dolosa contra a vida não pode julgar concomitantemente a infração penal

---

[2010] "A conexão é o nexo, a dependência recíproca que as coisas e os fatos guardam entre si; [...] embora os crimes sejam diversos, desde que entre si conexos, ou que procedam de diferentes delinqüentes associados, como autores ou cúmplices, formam uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida. [...] A conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório e, de conseqüência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça" (TOURINHO FILHO, 2003, v. 2, p. 187-188).

[2011] Artigo 79 do Código de Processo Penal. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I – no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

[2012] É percebido que "a única, sólida e viável razão para a junção de fatos num único processo, a fim de obterem uma apreciação unitária, é uma *produção de provas* mais eficaz" (NUCCI, 1999, p. 223, grifo do autor).

[2013] Opera a continência "quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração (Parte Geral/84 do CP, art. 29), com pluralidade de agentes e unidade de infração, ou cometida a ação ou omissão, com duplicidade de resultado" (MARREY et al., 2000, p. 109).

Cf. TOURINHO FILHO, 2003, v. 2, p. 193.

Cf. NUCCI, 2008, p. 72.

conexa ainda que seja esse o juízo singular competente para o julgamento desta infração. Deve o magistrado aguardar o trânsito em julgado da decisão de impronúncia ou da sentença de absolvição sumária para que cesse a competência do júri que atraiu a infração conexa e seja firmada a sua como juízo monocrático[2014].

Estabelecido que a competência do Tribunal Popular atrai a competência das infrações penais do juízo comum, uma controvertida questão se ergue no que diz respeito à análise da admissibilidade acusatória destas infrações conexas na fase da pronúncia, uma vez que a lei processual não traça as diretrizes que devem ser adotadas pelo magistrado acerca do juízo daquelas.

Por preceito normativo[2015] resta evidenciado que a pronúncia, como ato judicial, deve ser fundamentada com supedâneo na análise da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado, com todas as observações quanto às cautelas a serem tomadas pelo magistrado nessa fase do procedimento. A controvérsia reside na obrigatoriedade ou não do magistrado realizar igual juízo acerca das infrações conexas no contexto da pronúncia. Breves anotações a respeito são elaboradas a seguir.

6.8.1 Da inadmissibilidade da análise acusatória

Uma linha inicial de entendimento é a assente na premissa de que não cabe ao magistrado, ao elaborar um juízo de admissibilidade da acusação em relação às infrações dolosas contra a vida, externar o mesmo juízo sobre a viabilidade ou não da imputação realizada pelo órgão acusatório no que tange às infrações penais

[2014] Parágrafo único do artigo 81/CPP. Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.

[2015] Em consonância com o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República de 1988 e artigo 413/CPP (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

conexas, porque não seria o juízo natural para o conhecimento e julgamento dessas causas[2016].

Dessa orientação deflui que a análise da viabilidade acusatória das infrações conexas é tarefa do Tribunal Popular. Uma vez firmados os pressupostos legais autorizadores da pronúncia quanto à infração penal dolosa contra a vida a submissão ao júri do julgamento da infração penal conexa é corolário da aplicação direta da regra contida no inciso I do artigo 78 do CPP, sendo automática a remessa da causa conexa à apreciação do júri[2017].

A base que sustenta esse entendimento é a de que o juízo pronunciante somente avalia a admissibilidade do julgamento pelo júri e, caso fosse inadmissível o processamento da infração penal conexa, caberia ao magistrado rejeitá-lo quando do oferecimento da denúncia ou queixa. Como houve o recebimento da peça acusatória quanto à infração penal conexa, é incongruente na fase da pronúncia não encaminhá-la ao júri para a deliberação quanto ao mérito[2018].

Em síntese apertada, essa corrente que propugna pela impossibilidade de análise dos crimes conexos pelo juízo pronunciante defende a competência integral do Conselho de Sentença para apreciar a procedência das infrações penais conexas. Somente seria afastada tal competência do Tribunal Popular nos casos em que emergisse patente ausência de justa causa para a ação penal contra tais infrações

---

[2016] "Havendo infração penal conexa, incluída na denúncia, devidamente recebida, pronunciando o réu pelo delito doloso contra a vida, deve o juiz remeter a julgamento pelo Tribunal Popular os conexos, sem proceder a qualquer análise de mérito ou de admissibilidade quanto a eles. [...] Caberá, assim, aos jurados checar a materialidade e a prova da autoria das infrações penais conexas para haver condenação" (NUCCI, 2008, p. 72-73).

[2017] Na conexão de crimes "o juiz não pode pronunciar o réu pelo crime de competência do júri e julgá-lo pela imputação de crime da competência do juiz singular, isto porque, no momento da pronúncia, fixa-se a competência do conselho popular para o julgamento de todos os crimes conexos ao de sua competência" (PEREIRA, 2000, p. 34).
Cf. MARREY et al., 2000, p. 266.
Cf. MIRABETE, 1998, p. 488.

[2018] Segundo a orientação majoritária, "pronunciado o acusado em relação ao crime doloso contra a vida, reconhecida a competência do júri, deverão os delitos conexos ser submetidos ao crivo do Tribunal Popular, preservando-se a soberania da instituição para decidir a causa em sua inteireza" (BONFIM; PARRA NETO, 2009, p. 33)

penais. Nesse sentido a revigorar a imperiosa necessidade do controle da admissibilidade acusatória através da decisão de pronúncia[2019].

Destarte, estaria suprimida a possibilidade do magistrado, na fase da pronúncia, analisar a admissibilidade acusatória da infração penal conexa. Uma vez elaborada a pronúncia quanto à infração penal dolosa contra a vida, a remessa das infrações penais conexas para o juízo da causa seria automática em decorrência da alteração da competência pelas regras processuais da conexão ou continência.

6.8.2 Da motivação da pronúncia quanto às infrações conexas

Na via contrária ao entendimento explicitado anteriormente, está aquele que indica que na fase da pronúncia deve o magistrado analisar a admissibilidade acusatória também das infrações penais conexas. E, ainda, deve fazê-lo na mesma sistemática adotada para a análise quanto às infrações penais dolosas contra a vida, ou seja, avaliar se está patente a materialidade delitiva e se estão presentes os indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado na prática da infração conexa.

Em consonância com o exposto, uma vez pronunciado o réu pela infração penal prevalente – da competência originária do júri – poderá, também, ser o réu pronunciado pela infração conexa – da competência originária do juízo singular. Para tanto, deve o magistrado, ao prolatar a pronúncia, examinar a materialidade e os indícios suficientes da autoria ou participação também com relação à infração conexa, sob pena de nulidade do ato judicial[2020].

Desta maneira, não é pelo fato de o réu ter sido pronunciado pela infração penal prevalente que, automaticamente, deve ser pronunciado pela conexa. Acolhe-se, nessa via, a competência do magistrado para analisar a admissibilidade da

---

[2019] Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 302.

[2020] Cf. RANGEL, 2009, p. 588.

imputação da infração penal conexa à infração dolosa contra a vida.

A pronúncia se reveste de um mecanismo obrigatório de controle da admissibilidade acusatória no rito do júri, não tendo, pela atual sistemática, como ser subtraída por qualquer outro dispositivo processual.

Funcionando como um filtro que depura as causas que são da competência do júri, a pronúncia evita que sejam remetidos ao plenário as causas infundadas ou temerárias, não importando se advém de infrações penais dolosas contra a vida ou não.

Em outras palavras, para os postulantes desse entendimento não tem sentido lógico realizar o controle da admissibilidade acusatória para as infrações penais dolosas contra a vida ignorando outras infrações penais que estejam em regime de conexão e continência com aquelas.

A constatação da atipicidade do fato conexo à infração penal dolosa contra a vida somente pode ser efetivada, na fase da pronúncia, se houver a realização do controle da admissibilidade acusatória daquele fato.

Caso não seja tolerável o controle da imputação da infração conexa nessa referida fase do rito do júri, então o magistrado estaria automaticamente encaminhando ao juízo da causa a apreciação de uma causa totalmente infundada, correndo o risco de ter-se, ao final, uma condenação despropositada, sem qualquer lastro[2021].

Não sendo viável a análise fundamentada do magistrado quanto à infração penal conexa na fase da pronúncia, descumpre-se o preceito constitucional da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. A motivação da decisão judicial é uma garantia constitucional que protege o indivíduo contra os excessos e

[2021] Citando o *HC 88.733–SP*, 2.ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, cf. NUCCI, 2008, p. 74.

arbítrios do ente estatal[2022], tornando-se obrigatória na dinâmica processual vigente, independente de qualquer condição[2023].

Daí os defensores desse entendimento sustentarem que na fase da pronúncia deve o juiz proceder também à análise da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria ou de participação das infrações penais conexas para fundamentar tal decisão evitando a incidência de nulidade por omissão de formalidade intrínseca à natureza do ato judicial[2024].

Tomando como válida a premissa da viabilidade da análise da admissibilidade acusatória quanto à infração penal conexa na fase da pronúncia, por disposto legal se descortinam as seguintes possibilidades para a decisão judicial, quais sejam: pronúncia ou impronúncia do acusado pela infração penal conexa, além de sua absolvição sumária[2025].

Dessa forma, não se convencendo o juiz da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado na infração penal conexa deve impronunciá-lo, evitando o juízo da causa para a análise desta última infração. Por outro lado, convencendo-se o magistrado da existência de uma das excludentes legais, deve absolver sumariamente o acusado da infração penal conexa, não remetendo esta última para o plenário do júri[2026].

Em que pesem as incidências normativas, há entendimento de que embora

---

[2022] Como preconiza o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República de 1988.

[2023] "A motivação das decisões judiciais constitui uma *garantia política*, na medida em que serve para impor *limites* ao exercício da jurisdição do Estado democrático [...] só com a indicação das razões desses provimentos é possível saber se no caso foram obedecidas as regras do *devido processo* e, mais, se aplicadas de maneira válida as normas permissivas da restrição e corretamente apreciado o contexto fático que a autorizava" (GOMES FILHO, 2001, p. 241, grifo do autor).

[2024] Artigo 564/CPP. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
[...];
IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

[2025] No diapasão dos artigos 413, 414 e 415 do Código de Processo Penal (todos com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008).

[2026] Dessa forma "se o Juiz, ao pronunciar o réu por delito doloso contra a vida, não vislumbrar indícios suficientes de autoria ou de materialidade do delito conexo, só lhe restará, quanto a este, a impronúncia. De igual modo, provada uma excludente da infração conexa, o caminho é o da absolvição" (TUBENCHLAK, 1994, p. 61-62).

seja plausível a análise da viabilidade da imputação da infração penal conexa na fase da pronúncia, não pode jamais o juiz absolver sumariamente o acusado desta infração, assim como não poderia também condená-lo, porque, dessa forma estaria subtraindo a competência constitucional do Tribunal do Júri[2027], devendo somente pronunciá-lo ou impronunciá-lo quanto à infração conexa[2028].

De fato, a matéria referente à pronúncia e as infrações penais conexas avança por terreno pantanoso. Numa ordem processual garantista busca o intérprete da norma jurídica preservar os institutos que asseguram o devido processo legal em todos os níveis, zelando pelo contraditório e pela ampla defesa. Nesse sistema garantista, conforme testilhado, não se tolera uma dinâmica restritiva de direitos e garantias ao indivíduo.

Ora, está claro que a pronúncia reveste-se de uma importante garantia em prol do réu uma vez que promove uma depuração da pretensão punitiva, impedindo que sejam submetidas ao plenário do júri as causas nas quais se verifique, de plano, o descabimento e a falta de lastro da pretensão veiculada na peça acusatória. E isso somente será possível se o magistrado realizar a integral análise da viabilidade da pretensão acusatória para as infrações penais dolosas contra a vida e as conexas inclusive, quando dispostas na acusação, preservando a garantia fundamental do acusado de ter seus argumentos avaliados pelo juízo pronunciante, este que deve motivar sua decisão judicial conforme estatuído na Magna Carta de 1988[2029].

[2027] Dessa forma "é equivocada a conclusão de certos julgados, que ao pronunciar o réu pelo crime doloso contra a vida, ingressam na análise aprofundada da prova e o impronunciam pelo crime conexo. Com a pronúncia do delito prevalente, o juiz não se torna mais competente para apreciar o conexo" (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 460).

[2028] Nesse mesmo contexto "*não pode* o juiz *absolver* ou *condenar* o réu pelo crime da competência do juiz singular e pronunciar pelo crime doloso contra a vida. É que, por força da conexão, a competência para se decidir sobre o mérito do crime da competência do juiz singular é do Tribunal do Júri. Se o réu for pronunciado pelo crime doloso contra a vida, o juiz somente poderá pronunciar ou impronunciar pelo crime da competência do juiz singular que, por força da conexão, deve ser levado para o Tribunal popular" (RANGEL, 2009, p. 588, grifo do autor).

[2029] "Em suma, refoge ao bom senso uma pronúncia – mesmo por infração conexa – ante a ausência de indícios de autoria ou de materialidade, ou presença de uma causa de exclusão de um dos elementos do crime" (TUBENCHLAK, 1994, p. 62).

6.9 A prisão na pronúncia

O cárcere sempre existiu na história da humanidade. Inicialmente era destinado à guarda de escravos e dos prisioneiros de guerra. Com o surgimento das primeiras ordenações e dos antigos sistemas jurídicos o cárcere passou também a ser utilizado como local para segregação do infrator que aguardava o julgamento ou que cumpria a punição que lhe era imposta, uma medida cautelar, portanto[2030].

O modelo de prisão como é conhecido atualmente teve, no entanto, sua primeira concepção entre os séculos XVI e XVII, a pedido do clero e da nobreza européia, devido à mendicância que povoava as ruas das principais cidades daquele continente. A Igreja Católica, nessa época, utilizou do sistema também para punir religiosos infratores e fazê-los, pela reclusão, purgar seus pecados.

Com os grandes movimentos sociais surgidos na Europa, principalmente na segunda metade do século XVIII e após o advento da Revolução Francesa, a natureza do cárcere começou a ser modificada[2031]. Paulatinamente passou a ser implantada uma nova sistemática que se baseava na noção da restrição à liberdade do indivíduo com tempo determinado, aplicando-se regras rígidas e um sistema de controle pautado na disciplina[2032].

Iniciava a fase da aplicação da prisão para fins de segregação social com vistas à recuperação do infrator possibilitando um engajamento futuro no convívio

---

[2030] Justifica-se pela "própria origem do vocábulo *cadeia*, que vem do latim 'catena, al'. Era o grilhão, o elo, o anel, a algema, a argola, a grilheta que servia para ligar [...]. Disso resulta que a prisão surgiu mais como medida cautelar do que como pena" (CAMPOS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 66, grifo do autor).

[2031] "À proporção em que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedirem a prisão" (BECCARIA, Cesare Bonecasa. *Dos delitos e das penas*. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 21).

[2032] Em relação a esse novo sistema "o *Panóptico* de BENTHAM é a figura arquitetural dessa composição. [...] O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça" (FOUCAULT, 2004, p. 167-169, grifo do autor).

do qual fora afastado temporariamente. Foi grande a influência e participação da Igreja nesse processo de ressocialização.

Os sistemas prisionais, aos poucos, foram transferidos para o domínio do Estado e dos grandes grupos dominantes. No Brasil, desde 1551, verificou-se a utilização das primeiras instalações destinadas ao cárcere, situadas no térreo das Câmaras municipais da cidade de Salvador.

Mais tarde as prisões foram também construídas nas bases militares e nas fortificações. Contudo, tais instalações ganharam destaque com a introdução da pena privativa de liberdade, pelo Código Criminal do Império, em 1830, fazendo com que houvesse uma limitação dos crimes cuja condenação comportaria a pena de morte[2033].

Com o advento da República as penas de morte à forca e os trabalhos forçados nas galés foram suprimidas do ordenamento brasileiro. Com o advento do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil[2034], em 1890, várias regras voltadas para a execução penal foram instituídas, além da limitação do máximo para as penas privativas de liberdade a trinta anos de constrição.

Advêm da era VARGAS o Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940) e o Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941). À luz do primeiro foram estabelecidas duas modalidades de penas privativas de liberdade relativas à prisão oriunda de condenação, que são: a reclusão e a detenção[2035]. No âmbito da codificação de processo penal, regulamentou-se a temática da prisão cautelar e provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória[2036]. A

[2033] Cf. DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 51-55.

[2034] O Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 – *Promulga o Codigo Penal* –, continha 412 artigos e, no seu Livro I, disciplinava sobre os crimes e as penas.

[2035] Na Parte Geral, Título V (*Das penas*), Capítulo I (*Das espécies de pena*), Seção I (*Das penas privativas de liberdade*), ao longo dos artigos 33 a 42, do Código Penal brasileiro.

[2036] No Livro I (*Do processo em geral*), Título IX (*Da prisão e da liberdade provisória*), ao longo dos artigos 282 a 350, do Código de Processo Penal brasileiro.

matéria referente à execução penal foi disciplinada pela Lei de Execuções Penais – LEP (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)[2037].

6.9.1 Fundamento e modalidades de prisão

Não encontra maiores dificuldades ou reservas na doutrina brasileira o conceito de *prisão*. Costumeiramente é empregado para descrever a privação da liberdade do indivíduo, recolhendo-o ao cárcere com a restrição do seu direito de ir e vir[2038]. Ao longo dos anos o termo foi largamente utilizado como sinônimo de *custódia*, *detenção* e *captura*[2039].

A prisão encontra fundamento no texto da Carta Política de 1988, dentro do Título II (*Dos direitos e garantias fundamentais*), no Capítulo I (*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*), no corpo do artigo 5.º[2040]. Desse fundamento deriva que, exceto no âmbito da transgressão militar ou crime propriamente militar, a prisão no território brasileiro, não decorrendo de flagrante delito, deve ser determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Infere-se, daí, que a regra é a liberdade enquanto que a prisão representa uma exceção[2041].

[2037] A LEP regulamenta a matéria de execuções penais ao longo dos seus nove Títulos e 204 artigos. Em seu artigo 1.º estatui que a execução penal "tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

[2038] "Prisão é pena privativa de liberdade imposta ao delinqüente, cumprida mediante clausura, em estabelecimento penal para êsse fim destinado. Mas nem tôda a prisão é *providência penal*, e nem tôda a privação penal do direito de liberdade se realiza através da prisão" (MARQUES, 1965, v. IV, p. 21, grifo do autor).

[2039] Contudo, é bom que se afirme que "custódia é sinônimo de guarda e exprime privação efêmera da liberdade de uma pessoa, com o fim de exercer sobre ela uma vigilância segura. [...] Detenção é a privação efêmera da liberdade de uma pessoa para determinado ato legal, feito o qual a mesma cessa. [...] Captura é o próprio ato constitutivo da prisão, aquele que a torna efetiva" (ROSA, 1982, p. 400).

[2040] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

> [...];
> LXI – 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;
> [...].

[2041] Cf. BASTOS, 1988, v. 2, p. 290-292.

Assim, a liberdade do pronunciado encontra lastro no princípio da presunção de inocência. Este preceito como é hodiernamente conhecido recebeu sua primeira menção escrita[2042] na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[2043]. Decorrem de sua contextualização duas assertivas: a-) ninguém está obrigado a fornecer provas da sua inocência e b-) antes de haver reconhecimento da culpabilidade do indivíduo, deve-se restringir, o quanto possível, a privação de sua liberdade[2044].

A Carta Magna de 1988 não previu textualmente a presunção de inocência, assegurando a não responsabilização do indivíduo até que haja uma sentença penal condenatória imodificável[2045]. É inegável, no entanto, que o preceito trata de uma garantia constitucional que sugere uma delimitação do seu conteúdo frente à sistemática adotada em nosso ordenamento[2046].

Da abrangência atual do termo *prisão*, duas modalidades gerais decorrem: a prisão como uma sanção estatal (prisão-pena) e a prisão que não tem a natureza de

---

[2042] Artigo 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (FERREIRA FILHO, Manoel G. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978, introdução e anexos).

[2043] Com o mote na Revolução Americana de 1776 e, principalmente, nos ideais do Iluminismo, a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em dezessete artigos e um preâmbulo, tendo votado em definitivo seu texto a 02 de outubro do mesmo ano. Sendo elaborada para servir a toda a humanidade, seu texto sofreu uma revisão em 1793.

[2044] "Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena?" (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 96-97).

[2045] Artigo 5.º da Constituição da República de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...];
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
[...].

[2046] Pode-se "constatar três distintos significados para o princípio da 'presunção de inocência'. O primeiro deles poderia referir-se à presunção de inocência como o conceito fundamental ao redor do qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder do Estado de punir. [...] pode, ainda, ser um postulado dirigido diretamente ao tratamento do imputado no decorrer do processo penal, ou seja, que se deve partir da idéia de que ele é inocente e, como via de conseqüência, reduzir ao mínimo possível as chamadas medidas restritivas de direitos a ele aplicadas, durante o processo. [...] Um terceiro significado, a presunção de inocência pode ser uma regra referida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, em virtude do qual a prova completa da culpabilidade do imputado pesa totalmente sobre a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada" (SILVA, 2001, p. 30-31).

uma sanção (prisão sem pena)[2047]. A primeira modalidade é a decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, enquanto que a segunda não advém desse ato judicial condenatório[2048]. A doutrina analisa a prisão sem pena em suas várias modalidades[2049], destacando-se a prisão cautelar de natureza processual, da qual decorre a prisão pela pronúncia.

Por ocorrer antes da condenação irrecorrível, a prisão cautelar possui natureza processual, logo, mantém um liame com o processo, podendo ser revogada por decisão ulterior. Representa uma limitação da liberdade física de uma pessoa e seu fim é a garantia imediata da tutela de um determinado bem jurídico evitando, com isso, os efeitos que podem advir do *periculum in mora*[2050].

6.9.2 A origem da recomendação da prisão como efeito da pronúncia

A primeira Constituição brasileira, de 1824, indicava que a prisão seria justificada pelo flagrante delito ou quando a culpa do acusado estivesse *formada*[2051], preceito este seguido fielmente na primeira Carta da República, em 1891[2052]. Preceituando nesses termos, a liberdade do acusado no processo criminal era garantida até que se atingissem os pressupostos autorizadores da constrição pela

---

[2047] "Há de convir-se, assim, que tôda 'prisão' (tomada esta palavra em sua acepção processual específica) é *provisória*. Depois da condenação por sentença irrecorrível, não haverá mais *prisão*, em seu caráter atípico (a não ser no sentido genérico, ou no sentido vulgar) porém *reclusão*, *detenção* ou *prisão simples*" (ACOSTA, 1973, p. 80-81, grifo do autor).

[2048] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 380-389.

[2049] São espécies de "prisão processual cautelar: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva do réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia" (NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 548).

[2050] Com relação à prisão cautelar "assenta-se ela num juízo de *probabilidade*: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que se não frustre a sua execução e cumprimento. [...] Alguns denominam essa providências cautelares de prisão processual, o que é errôneo. *Prisão processual* é tôda aquela decretada pelo juiz no exercício dos podêres contidos na jurisdição que exerce [...] e *prisão processual* é ainda a prisão que o juiz impõe, em sentença condenatória, ao criminoso" (MARQUES, 1965, v. IV, p. 24-25, grifo do autor).

[2051] Segundo o inciso VIII do artigo 179 da Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.

[2052] Segundo o § 13 do artigo 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

decisão de pronúncia. Essa sistemática perdurou até o advento do Decreto-lei n. 3.689/1941, o qual instituiu o Código de Processo Penal. Em sua redação original, previa este diploma que na sentença de pronúncia a autoridade judicial deveria recomendar o réu na prisão onde se encontrava ou determinar as providências necessárias para a sua captura, excetuando a obrigatoriedade da prisão para o caso dos crimes afiançáveis[2053]. As críticas na doutrina deram conta de que o legislador, com tal medida, presumia que o réu fugiria ao ser pronunciado[2054].

Com a edição da Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973, houve a alteração do artigo 408/CPP, modificando o seu § 2.º[2055]. Houve, dessa forma, a introdução de uma exceção à obrigatoriedade da prisão decorrente da pronúncia, preceituando que o acusado poderia ser colocado em liberdade se fosse primário e ostentasse bons antecedentes, para o caso das infrações inafiançáveis.

Um dos grandes conflitos de interpretação que se assentou no texto do § 2.º do artigo 408/CPP foi quanto à extensão da palavra *poderá*. Firmou-se, contudo, tendência maior a considerar que, uma vez presentes os pressupostos autorizadores legais, não caberia discricionariedade do magistrado, uma vez que a liberdade constitui um direito público subjetivo do pronunciado e a constrição é a exceção[2056].

Com o advento da Carta Política em 1988, a aplicação das regras processuais necessitaram de uma obrigatória releitura para fins de aplicação conforme o texto

---

[2053] Artigo 408 do Código de Processo Penal (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.
§ 1.º. Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.
§ 2.º. Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

[2054] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 4, p. 72-73.

[2055] Artigo 408 do Código de Processo Penal (com redação ditada pela Lei n. 5.941/1973). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.
[...].
§ 2.º. Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.
[...].

[2056] "O verbo *poderá* não deve fazer supor que se trata de faculdade do juiz; é, na realidade, direito subjetivo do réu, que pode exigir a soltura desde que preencha os dois requisitos. A lei diz '*poderá*', *a contrario senso* dos demais casos em que o juiz não poderá" (TORNAGHI, 1987, v. 2, p. 212, grifo do autor).

constitucional. A sistemática garantista abrigada nesta Carta assegurou a liberdade do indivíduo como regra e impôs a privação da liberdade como exceção fundamentada pela autoridade judicial.

Aos poucos a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de abandonar a ideia da aplicabilidade da então desconforme regra da prisão pela pronúncia, construindo um sólido entendimento de que a medida constritiva na pronúncia somente se justificaria em razão da presença de algum dos requisitos autorizadores da prisão preventiva[2057].

6.9.3 A prisão na pronúncia como medida excepcional

A implacável regra da obrigatoriedade da prisão como efeito imediato da pronúncia foi abrandada com a edição da Constituição da República de 1988, esta que abraçou, dentre outros, o princípio da presunção de inocência. Reformando o rito do júri a Lei n. 11.689/2008 prescreveu no corpo do artigo 413 uma significativa regra que dinamiza a sistemática da prisão no contexto da decisão de pronúncia[2058].

Dos contornos adequadamente traçados pelo referido diploma, duas importantes conclusões são atingidas. A primeira assenta-se na constatação de que a prisão processual cautelar advinda da pronúncia não é mais um corolário obrigatório

---

[2057] Cf. RANGEL, 2009, p. 730.

[2058] Artigo 413 do Código de Processo Penal (com redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

[...].

§ 3.º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

"De maneira apropriada, a lei refere-se à 'medida restritiva de liberdade' e 'quaisquer das medidas previstas', significando, a rigor, medidas cautelares pessoais. [...] Enfim, nos termos legais, qualquer medida cautelar pessoal que esteja aplicada ou que vá ser aplicada ao acusado deve ser justificada cautelarmente na pronúncia" (FEITOZA, 2009, p. 507).

ao final da fase do juízo acusatório. Em segundo lugar infere-se que a liberdade do réu, nessa fase, não depende mais dos requisitos da primariedade e dos bons antecedentes[2059].

Do preceituado no texto do § 2.º do artigo 413/CPP resta incontestável que o magistrado ao pronunciar o réu que já esteja preso deve ponderar acerca da manutenção, revogação ou substituição da prisão[2060]. Essa análise deverá ser fundamentada nos autos como inferência ao princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais[2061]. Se o acusado estiver solto, igualmente, deve fundamentar as razões da decretação da medida de privação da liberdade aplicada.

Realmente, a análise do preceito vigente para a pronúncia confirma a regra de que o pronunciado deve aguardar em liberdade o seu julgamento pelo Tribunal do Júri, revelando-se como exceção a privação do seu direito de ir e vir. Os requisitos que o magistrado deve analisar para fundamentar a prisão nessa fase da pronúncia são os mesmos que autorizam a prisão preventiva[2062].

A primeira hipótese que autoriza a preventiva é a *garantia da ordem pública*[2063]. Nesse caso o magistrado deve avaliar se na prática a liberdade do pronunciado até o seu julgamento em plenário irá colocar em risco algum bem jurídico que seja essencial à convivência social, a paz e a tranquilidade social[2064]. A segunda hipótese é

[2059] Cf. LEAL, 1993, p. 32.

[2060] "Estando o réu preso, a decretação da prisão na decisão de pronúncia deve expressar, por ser nova a fonte coativa da prisão cautelar, seus próprios fundamentos" (PORTO, 2005, p. 87).

[2061] Cf. FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 119-120.

[2062] Artigo 312/CPP. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

[2063] "A necessidade de prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída. Não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 302).

[2064] "*Ordem pública* não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. [...] A garantia da ordem pública, em verdade, abrange a necessidade da instrução criminal e a segurança da aplicação da pena, porque estas são, também, interesses de ordem pública" (GRECO FILHO, 2009, p. 262, grifo do autor).

a *garantia da ordem econômica*[2065] pela qual se impede que o agente causador de abalo à situação econômico-financeira de uma instituição estatal ou não permaneça em liberdade até o seu julgamento pelo júri, causando sensação de impunidade à sociedade[2066].

O terceiro requisito autorizador da segregação provisória é a *conveniência da instrução criminal*[2067]. Por este, deve o juiz verificar se há fato comprovando que o réu solto esteja obstruindo ou venha obstruir as diligências que porventura sejam realizadas antes dos atos de plenário[2068], maculando provas ou intimidando testemunhas.

Pelo último requisito, qual, *assegurar a aplicação da lei penal* deve o magistrado manter o pronunciado preso para garantir a utilidade do processo penal assegurando, após uma eventual condenação em plenário do júri, ao Estado o direito de punir com a aplicação da sanção devida[2069].

Tais requisitos devem ser analisados de modo seguro pelo juiz pronunciante, não se permitindo a simples repetição dos termos legais. Para sustentar qualquer um desses pressupostos deve o magistrado convincentemente indicar a existência de um fato justificador da condição autorizadora da prisão, mormente nessa fase do procedimento do Tribunal do Júri[2070]. Outrossim, não é suficiente para decretar a medida extrema a mera alusão ou transcrição de algum requisito da preventiva quando de sua fundamentação; é imperativo que a circunstância autorizadora esteja cabalmente demonstrada ao fim da instrução preliminar no procedimento desse tribunal.

[2065] Hipótese autorizadora da prisão preventiva inserida pelo artigo 86 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei Antitruste.

[2066] Cf. NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*, 2007, p. 592.

[2067] "Observe-se que a palavra *conveniência* tem o sentido de 'interesse', haverá '*conveniência*' na sua prisão" (CAMPOS, 1982, p. 265, grifo do autor).

[2068] No âmbito dos artigos 422 e 423/CPP (com redações ditadas pela Lei n. 11.689/2008), após a pronúncia, é facultado às partes requererem diligências a serem realizadas antes dos atos de plenário.

[2069] Cf. TOURINHO FILHO, 2002, v. 3, p. 491.

[2070] No caso do réu já estar preso durante a instrução preliminar "resulta a necessidade de um novo exame da medida imposta, envolvendo a sentença de pronúncia também uma ampla cognição cautelar" (CAMPOS, 1982, p. 263).

É de bom alvitre ressaltar que a ausência do acusado, devidamente intimado, aos atos processuais não é mais motivo determinante para a decretação de sua segregação cautelar. O fundamento aqui se estriba no direito do réu de comparecer ou não às audiências para as quais foi intimado, bem como, no direito de permanecer calado[2071] que goza quando do seu interrogatório[2072]. No mais, uma vez solto também tem direito a não comparecer ao seu julgamento em plenário[2073], o que faz perder o sentido a prisão cautelar do pronunciado com base na revelia.

Com relação à gravidade da infração penal que se apura, é cediço que o procedimento do júri contempla o julgamento das infrações dolosas contra a vida, graves por sua natureza. No entanto, alegar-se tão somente a gravidade da infração para decretar a medida extrema na pronúncia é insuficiente, devendo estar presente, repita-se, ao menos um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva para que tenha lastro legal a segregação cautelar do pronunciado[2074].

A prisão na pronúncia tem amparo constitucional e convive com a presunção de inocência, desde que tenha lastro na excepcional necessidade de privação da liberdade do pronunciado e que esteja patente que a medida seja útil tendo em vista, na época da pronúncia, a existência de circunstâncias externas aos autos que, por sua

---

2071 "Consiste esse *direito*, destarte, e ao mesmo tempo, na *proteção ao silêncio do imputado*, e, conseqüentemente, estabelecida *contra a sua auto-incriminação*" (TUCCI, 2009, p. 300, grifo do autor).
"Como derivação do direito a não se incriminar decorre o direito ao silêncio, consagrado expressamente para o preso no art. 5.º, LXIII, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que está sendo interrogado" (FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 2002, p. 279).
O direito ao silêncio da pessoa acusada de uma infração penal também encontra abrigo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*, de 22 d novembro de 1969), de acordo com a alínea *g* do item 2 do artigo 8.º do Decreto n. 678/1992.

2072 O direito ao silêncio do acusado está assegurado como a realização da garantia da ampla defesa e está contemplado no inciso LXIII do artigo 5.º da Constituição da República de 1988 e no parágrafo único do artigo 186/CPP (com redação ofertada pela Lei n. 10.792/2003).

2073 Artigo 457/CPP, *caput* (redação ditada pela Lei n. 11.689/2008). O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

2074 "Uma das regras extraídas da jurisprudência é a mantença da prisão do réu, quando pronunciado por delito grave, se já estava com a prisão preventiva decretada durante a formação da culpa. De fato não teria sentido, justamente após a admissibilidade da acusação, remetendo-se o caso à apreciação do Tribunal Popular, soltá-lo. [...] Eventualmente, havendo motivo para revogar a preventiva ou ocorrendo fato novo, que desautorize a manutenção da prisão em flagrante, pode o juiz reavaliar o caso, colocando o acusado em liberdade. Aliás, se o réu foi preso cautelarmente e assim aguardou a pronúncia, basta o juiz mencionar que continuará preso pelos mesmos motivos determinantes da sua segregação provisória, sendo desnecessário fundamentar novamente" (NUCCI, 2008, p. 80-81).

natureza, possam macular a realização da fase do juízo da causa ou indicar a frustração de uma futura punição do pronunciado[2075].

6.9.4 A duração da prisão cautelar na pronúncia

A decisão de pronúncia encerra a fase da instrução preliminar e encaminha os autos para que se aguarde o juízo da causa deliberar quanto ao mérito. Estando o pronunciado preso não dispõe a lei de um lapso temporal para que ocorra o seu julgamento pelo plenário do júri, muito menos estabelece critérios sobre a duração da prisão. A falta de previsão legal contrasta com a morosidade em excesso dos atos jurisdicionais redundando sempre no questionamento da necessidade-utilidade da medida constritiva nessa fase.

Se aguardar o seu julgamento preso por um extenso período o pronunciado corre o risco de estar antecipando o cumprimento integral de uma futura condenação. Nessa situação, caso venha a ser absolvido pelo júri, irreversíveis consequências do período vivido no cárcere onde aguardara seu julgamento incidirão em sua vida. A privação da liberdade do pronunciado, por outro lado, tem sentido para o processo se houver celeridade para a realização do seu julgamento.

É importante observar que a Constituição da República de 1988 admite a inclusão de outros direitos e garantias fundamentais que sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela acampados, bem como, pelos tratados internacionais em que o Brasil faça parte[2076]. Essa permissão reforça o entendimento que outros direitos individuais constantes de normas internacionais, além dos textualmente

---

[2075] "Finalmente, o que se pode dizer da prisão em virtude de sentença de pronúncia, é que esta é também uma cautela de natureza pessoal, somente imposta no caso de absoluta necessidade, desde que ocorra o *periculum in mora*. Mas, se o réu pronunciado já se encontra preso (em virtude de flagrante ou prisão preventiva) impõe-se nova cognição cautelar, em consideração à prova colhida durante o sumário de culpa, no sentido de averiguar a persistência dos motivos que ocasionaram a medida, devendo isso constar da fundamentação da sentença de pronúncia" (CAMPOS, 1982, p. 266).

[2076] Em atendimento ao que preceitua o § 2.º do artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

reconhecidos por aquela Carta Política, possam integrar o sistema jurídico nacional[2077].

Em obediência ao disposto no texto constitucional, torna-se possível a invocação dessas normas internacionais, da quais o Brasil é signatário, sem que seja necessária qualquer edição pelo legislativo de ato com força de lei para que ocorra vigência interna a essas normas, vez que têm aplicação imediata[2078]. Isso proporciona benefícios aos indivíduos que podem pleitear os direitos garantidos no bojo daquelas[2079].

O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual foi concebido pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966[2080]. Preceitua no item 3 do seu artigo 9.º que qualquer pessoa presa em virtude de infração penal deve ser conduzida, sem demora, à presença da autoridade judicial e terá o direito de ser julgado em prazo razoável ou ser posta em liberdade.

Ainda, assina o Brasil a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominado de Pacto de San José da Costa Rica[2081]. No item 5 do seu artigo 7.º, estatui o citado pacto que todo indivíduo que estiver preso deve ser conduzido sem demora à autoridade judicial visando ao seu julgamento em prazo razoável ou deve ser posto em liberdade sem prejuízo do prosseguimento do processo.

Conforme indicado no corpo dos §§ 1.º e 2.º do artigo 5.º da Constituição da República de 1988, as normas internacionais que tratam da proteção dos direitos humanos com assinatura ou adesão do Brasil, se integram ao rol do artigo 5.º da

---

[2077] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 253-254.

[2078] Em atendimento ao que preceitua o § 1.º do artigo 5.º da Constituição da República de 1988.

[2079] Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89-90.
Cf. BASTOS, 1988, v. 2, p. 396.

[2080] Assinado em Nova Iorque, em 1966, foi referendado no Brasil somente em 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992.

[2081] Tratado assinado em 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica. O Brasil aderiu a esse tratado em 25 de setembro de 1992, editando o Decreto n. 698, em 06 de novembro de 1992.

referida Carta Política, tendo eficácia imediata no sistema jurídico pátrio[2082]. Isso comprova a necessária celeridade que deve ser impressa para que ocorra o julgamento do pronunciado que estiver privado de sua liberdade.

O artigo 428/CPP, com a redação ofertada pela Lei n. 11.689/2008, estatui que se não ocorrer o julgamento do pronunciado que estiver preso dentro do prazo de seis meses após a preclusão da pronúncia, pode ser determinado o desaforamento. Entende-se que, nessas condições, não sendo realizado o julgamento deve ser posto em liberdade o réu, o que levaria a crer que o referido lapso temporal – seis meses – é um prazo razoável para tanto[2083].

Outra tentativa de fixar um prazo razoável para a prisão cautelar ocorre por entendimento jurisprudencial, este que fixa em 81 (oitenta e um) dias para que seja encerrado o procedimento ordinário, levando em conta todos os atos procedimentais dessa fase. Contudo, se houver excesso desse prazo proporcionado por atos exclusivos da defesa, não se computa tal excesso na contagem.

Por outro lado entende-se que esse prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias só pode incidir até o término da instrução preliminar, inviabilizando a aplicação posterior à pronúncia. Seja como for, fato é que esse lapso de tempo torna-se outra referência, de ordem jurisprudencial, que merece ser considerada nesse debate acerca da duração máxima da medida extrema contra o pronunciado[2084].

A Súmula n. 21 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que *pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*. Esse preceito significa que a pronúncia funciona como um novo ponto de contagem de prazo para a prisão e qualquer excesso temporal havido antes da pronúncia não

---

[2082] "Grande parte desses direitos encontra expressão pro meio de normas programáticas, cuja principal função é apontar rumos à atuação dos governantes e evitar que ajam em sentido contrário ao que elas prescrevem. Por isso, apesar de constituírem verdadeiros direitos subjetivos, na acepção técnica da palavra, a sua cobrança é mais política do que estritamente jurídico-processual" (LEWANDOWSKI, 2008, p. 393).

[2083] Cf. NUCCI, 2008, p. 78-79.

[2084] Cf. GOMES FILHO, 1991, p. 72-75.

reflete constrangimento. Todavia, tal disposição também não fixa um prazo razoável para a prisão do pronunciado.

Ainda, o artigo 429/CPP, com redação dada pela Lei n. 11.689/2008, indica uma ordem de preferência de julgamentos. Nesta, há a prioridade para o julgamento dos acusados que estejam presos. Em segundo lugar, dos que estejam presos preferem os que computam maior tempo na prisão. Por fim, mantendo-se iguais as condições, os precedentemente pronunciados têm preferência.

Em cada caso prático o magistrado, utilizando-se do seu bom senso, tem o dever de avaliar a necessidade da constrição do pronunciado e o tempo decorrido dessa medida extrema[2085], afinal, a prisão processual na pronúncia somente se justifica ao fundamento da conveniência dos atos posteriores à referida decisão e anteriores aos de plenário, quando houver elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo.

Apesar de toda disciplina legislativa indicar a celeridade para o julgamento do réu preso, verdade é que persiste a celeuma acerca do prazo máximo de constrição do pronunciado enquanto aguarda o seu julgamento. A demora no julgamento, estando preso o acusado, não só ofende a matéria assente nas normas internacionais que aduzem acerca da celeridade nos julgamentos de presos, das quais o Brasil é signatário, como também desacredita o fundamento da dignidade da pessoa humana.

[2085] Cf. NUCCI, 2008, p. 79.

CONCLUSÃO

No pórtico do vertente trabalho o objeto vislumbrado para a pesquisa é a pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri no sistema brasileiro. Investigá-la é um desafio constante porque não se atinge sua inteireza bibliográfica mesmo que se tenha a maior alteza de propósitos. Considera-se, ousadamente, que delimitar o estudo no domínio dos direitos e garantias constitucionais para avaliá-la é missão escarpada, porém entusiástica.

O assoalhamento construído ao longo do presente trabalho transporta os mais significativos predicados elaborados sobre a temática ao longo da tradição de diversas culturas jurídicas. Daí, ao cabo desse estudo, arriscar-se no corpo da presente seção a ditar algumas linhas, sem pretensão de consolidar todos os pontos tratados desde o primeiro capítulo para não incorrer na vala do esquecimento, realçando alguns planos fundamentais.

Parece palatável a constatação de que as etapas de desenvolvimento do direito são marcantes e beneméritas através dos caminhos do seu desenvolvimento. É impossível apresentar-se uma noção fixa e invariável de um instituto jurídico presente num determinado ordenamento porque ele não existe senão através de uma contínua marcha de transformações em que o individualismo cede lugar ao socialismo e os costumes são alterados em sintonia com as conquistas sociais.

Analisando o contexto histórico que envolve a temática do vertente trabalho, pode-se concluir que o traço que mais destaca a denominada fase da *pré-história do direito* é a ausência da escrita para a materialização dos atos de julgamento. Apesar de não haver um procedimento assentado em bases científicas, observou-se nesse estágio da vida dos povos primitivos uma ritualização excessiva dos atos de julgamento, sempre envoltos nas crenças religiosas, aguardando um provimento celestial para orientar as decisões sobre determinada contenda, expondo o acusado a toda sorte dos infortúnios da vida.

Infere-se que na cultura desses povos primitivos foram desenvolvidas técnicas apropriadas para a apuração da prática dos delitos cometidos, estabelecendo sanções com forte conteúdo de vingança aos descumpridores dos preceitos estatuídos pela sociedade. A acusação era formulada com base em número determinado de testemunhas que juravam acerca da veracidade de suas alegações, podendo ser acusadas, processadas e castigadas quando o faziam de modo falso ou equivocado.

Com a formulação da acusação as alegações eram submetidas ao magistrado-sacerdote que analisava sua viabilidade para, então, submetê-la à apreciação de um órgão colegiado de juízes. Estes escolhiam o procedimento mais adequado a ser enfrentado pelo acusado para provar sua inocência ante o alegado. Deveria aquele superar diversos obstáculos e provas de fogo para demonstrar sua inocência. Caso não suportasse tais flagelos era considerado culpado das acusações e, por consequência, recebia uma reprimenda dessa comunidade.

Não se cogitava nessa época de um procedimento probatório administrado por regras claras e específicas ou numa sistemática que se assemelhasse a alguma forma procedimental hodiernamente utilizada. Com a submissão do acusado aos duelos judiciais e às ordálias – juízos de Deus – resta claro que a certeza de sua culpabilidade quanto ao fato alegado se associava ao seu resultado nesses eventos. Prevalecia para esses procedimentos o preceito da oralidade, tendo o acusado a liberdade para sustentar suas argumentações de defesa.

Os primeiros mecanismos de controle judicial, vistos em fase embrionária nas civilizações antigas, apresentavam características peculiares às crenças religiosas encampadas por essas culturas. O temor pelo castigo divino movia o procedimento judicial que atingia êxito com a exposição do acusado a diversos tormentos e expiações.

Nota-se que com o advento da escrita foram alavancados os esforços no sentido de dotar o procedimento judicial com características mais racionais. Por consequência, foram abandonados sistematicamente o simbolismo e o apego às intervenções divinas nos julgamentos. Todavia, ainda persistiu por algum tempo a invocação dos combates judiciários e dos juízos de Deus como modalidades de obtenção da verdade dos fatos, reconhecendo-se na figura do sacerdote-juiz a autoridade responsável pela condução dos atos judiciais.

Como destaque nessa transição entre as formas de julgamento de cunho espiritual para as de caráter escrito, a cultura egípcia apresentou significativos incrementos ao utilizar a linguagem escrita para padronizar os procedimentos judiciais. Os julgamentos ocorriam cercados de solenidades que eram estabelecidas em regulamentos aprovados por conselhos legislativos. No entanto, mantinha-se a figura do sacerdote-juiz para analisar previamente a acusação formulada.

Ainda é possível perceber que com o advento do Código de HAMURABI associou-se à prova uma oportunidade singular para desenvolver no âmbito procedimental uma análise preliminar da culpabilidade do acusado. Pelos preceitos estipulados nessa codificação era oportunizada ao acusado a possibilidade de evitar um julgamento formal caso conseguisse suplantar os desafios estabelecidos de acordo com o crime que lhe era imputado.

Dessa feita, avaliar a procedência da acusação que pesava contra o infrator consistia num trabalho que dependia do resultado de um esforço físico ou de uma indicação sobrenatural. O juiz simplesmente aguardava o resultado da provação para

indicar com base na lei, o que era ou não de direito e, também, quando o infrator deveria ou não seguir para um julgamento.

O que se verifica do estatuído em tais preceitos é a existência dos traços preliminares de um mecanismo que servia de controle para a atividade acusatória levada a cabo perante o conselho de juízes ainda cercado das incertezas advindas da divinização do processo penal de então.

Ao analisar os sistemas jurídicos de algumas civilizações antigas percebe-se uma grande contribuição para o processo penal fornecida pelos gregos. Organizaram eles os tribunais para julgamentos de acordo com a modalidade delitiva, realizaram a compilação de regulamentos e costumes esparsos, registraram através da escrita formas procedimentais e privilegiaram o princípio da oralidade nos atos judiciais.

Pela primeira vez foi possível notar na seara do processo penal a participação ativa das partes na atividade acusatória. Antes de aceitar formalmente a acusação, o magistrado permitia que as partes debatessem o conteúdo dos fatos alegados para, posteriormente, decidir acerca do envio da causa para um órgão colegiado para que este decidisse quanto às provas e ao mérito propriamente dito.

Ainda nessa última fase do julgamento no processo penal grego é possível destacar a atuação de um corpo de jurados que votava sobre a culpabilidade do acusado no âmbito dos tribunais *Heliastas*. Sendo a condenação o resultado obtido na primeira quesitação, era realizada uma nova votação no âmbito desse mesmo órgão colegiado com vistas à determinação da sanção que deveria ser imposta ao acusado.

Das fontes bibliográficas pesquisadas é possível assegurar a ocorrência de dois distintos sistemas de controle da admissibilidade acusatória nessas culturas antigas. Nos casos em que o procedimento era conduzido pelo sacerdote-juiz sem a participação e interferência do acusado, uma vez admitida a imputação, o

julgamento ocorria por um conselho de juízes. Em outros, um juiz analisava a admissibilidade acusatória sendo permitido um debate preliminar entre as partes e, após, o julgamento seguia para um colegiado de jurados.

No âmbito da formação do processo penal romano pode-se observar a utilização do sistema acusatório. A acusação devia ser acompanhada das provas para que fosse analisada por um conselho de magistrados. Na fase da Realeza o monarca, quase sempre sacerdote, avaliava a acusação e submetia o acusado a julgamento quando entendesse ser preliminarmente procedente a imputação formulada diante da jurisdição régia.

O que se vislumbra na fase republicana dos romanos é uma maior participação popular nos assuntos do judiciário, principalmente no âmbito dos tribunais da *quaestio perpetuae*. A acusação, instruída com as provas pertinentes aos fatos narrados, era submetida à apreciação de um magistrado ou integrante do senado romano que determinava a inquirição de testemunhas que confirmassem ou não o teor do alegado. Provando-se a autenticidade da acusação, o acusado era submetido a julgamento pelo qual o povo determinava a sanção a ser aplicada.

Adentrando nos quadrantes do Império Romano nota-se a concentração da atividade judicial nas mãos do imperador, aniquilando as assembleias, a participação popular nos julgamentos e reduzindo drasticamente a atividade legislativa. O imperador designava um pretor que conduziria o processo penal, com amplos poderes para decidir de acordo com a consciência imperial. Ao pretor competia a análise da admissibilidade acusatória e da culpabilidade do acusado.

Com a queda do Império Romano uma nova visão para o processo penal advém com o Cristianismo e a cultura dos Bárbaros. Percebe-se que a instrução criminal fica sob a tutela de um magistrado detentor do conhecimento das leis e dos usos e costumes de então, o qual analisava a acusação e determinava se o acusado deveria ser submetido a um julgamento. Novamente associa-se a atividade acusatória com as provas de sacrifício físico, sendo comum tolerar-se o sacrifício

físico do acusado como elemento de prova de sua culpabilidade ou inocência nos fatos imputados.

Também é digno de constatação que o direito consuetudinário pavimentou a base da formação do sistema jurídico dos germanos. Pela primeira vez na história do processo penal se observa que a acusação era diretamente apresentada a um tribunal formado por membros dessa sociedade, cujos poderes eram amplos para avaliar a imputação formulada contra o acusado, podendo submetê-lo às provações físicas para que fosse atingido o convencimento dos juízes leigos a respeito do teor acusatório.

Como o julgamento transcorria numa única fase não há qualquer tipo de registro acerca da existência de uma fase preliminar de controle da admissibilidade acusatória. Tendo insucesso nas provações, o acusado era merecedor da sanção.

Uma nova etapa adveio ao processo penal com a firmação do direito canônico. A partir da interpretação de várias obras de cunho religioso a Santa Sé fomentou incursões científicas para estruturar regras próprias de direito para processar e julgar os crimes praticados principalmente contra os dogmas católicos. Elaborou-se um núcleo fundamental para o processo penal que sofreu constantes aperfeiçoamentos ao longo dos séculos.

O procedimento criminal foi dividido em fases, notadamente a investigatória e a judicial, ambas sob o comando de um magistrado eclesiástico que tinha atribuições específicas para obter a prova, dentre as quais a aplicação de métodos de sacrifício corporal para a obtenção da confissão do acusado. A acusação era analisada inicialmente por esse magistrado para evitar que houvesse um julgamento temeroso, ocorrência que poderia provocar desgaste quanto ao uso dos métodos eclesiásticos.

Destarte, uma vez aceita a denúncia contra o acusado era este encaminhado a julgamento, fórmula que então foi acolhida em boa parte dos sistemas jurídicos da

Idade Média. Também é conclusivo que no direito escolástico, antes do julgamento, o acusado tomava ciência do teor da imputação que pesava contra si e, se confessasse, evitaria o desgaste de um julgamento.

Na tentativa de reunir os costumes e as práticas jurídicas da Inglaterra e do País de Gales surgiu o sistema da *common law*. Nele observa-se o desenvolvimento de uma sistemática vinculativa da atividade decisória do magistrado aos precedentes judiciais. Dessa forma o controle da admissibilidade da acusação foi abandonado nos primórdios da utilização desse sistema.

Imperativa é a conclusão de que o julgamento do ser humano por seus pares sempre existiu desde as primeiras civilizações. Não é consistente, todavia, associar essas formas embrionárias de julgamento a uma provável gênese do Tribunal Popular como hodiernamente conhecido. Da análise realizada junto à formação dos sistemas jurídicos dos povos antigos é possível atestar com confiabilidade que a primeira vez na história em que se observou a existência de traços peculiares do Tribunal do Júri foi com o conselho da *quaestio perpetuae* em Roma, com procedimento específico e organizado em normas regulamentares.

No âmbito da formação do ordenamento jurídico brasileiro um importante papel foi exercido pela legislação portuguesa, em específico, pelas Ordenações do Reino. As Afonsinas, pioneiras codificações de direito português, seguiram a orientação do direito canônico e nada disciplinaram acerca de um mecanismo de controle da admissibilidade acusatória. Tal codificação não chegou a ser aplicada no Brasil recém-descoberto.

No bojo das Ordenações Manuelinas, aplicadas no Brasil, previu-se o controle da admissibilidade acusatória através da pronúncia, ato processual da competência do magistrado que analisava a devassa ou querela e encerrava a formação da culpa do acusado. Uma vez pronunciado era submetido à acusação e encaminhado a julgamento. Nessa legislação previu-se a prisão como um dos efeitos

da pronúncia para que o acusado aguardasse preso o julgamento quando a imputação criminal versasse sobre determinadas infrações penais graves.

É possível concluir também que as Ordenações Filipinas, por seu turno, seguiram praticamente a mesma estrutura formal e conteúdo utilizado para o processo penal pela antecessora codificação. A pronúncia nas Ordenações Filipinas foi concebida inicialmente como a fórmula pela qual o acusador nomeava o acusado, qualificava o crime e estabelecia as questões do processo. Posteriormente foi entendida como a sentença de pronúncia sobre a devassa ou sobre a querela, pela qual o juiz declarava o nome do acusado, o crime e o modo do livramento, submetendo-o a julgamento.

As Ordenações Filipinas tiveram maior aplicação no Brasil e inspiraram a formação da primeira legislação penal e de processo genuinamente nacional. Nessa fase também é possível observar a manutenção da pronúncia como uma sentença que sujeitava o acusado a julgamento após ser realizada uma análise da admissibilidade acusatória. E dessa época até os dias hodiernos a pronúncia sempre esteve presente no ordenamento jurídico nacional.

A criação do júri no Brasil ocorreu em 1822 sendo estabelecida a sua competência para o julgamento dos delitos de abuso da liberdade de imprensa. Essa instituição foi alçada a um órgão do Poder Judiciário pela primeira Constituição brasileira, em 1824. Ainda na seara desta Carta Política observa-se o denodo do legislador em referir-se à pronúncia no texto constitucional, assegurando que todos os atos processuais a serem realizados após a sentença de pronúncia deveriam ser públicos. É de se perceber a importância da pronúncia para o processo penal da época a ponto da referida Carta Magna literalmente referir-se a ela.

Ademais, nota-se que a legislação ordinária da época, ao disciplinar sobre o tema das prisões, preceituou no sentido de haver uma obrigatória separação entre os presos pronunciados daqueles detidos por flagrante delito em que não havia ainda a formação de culpa. E ainda firmou-se no âmbito dessa legislação o imperativo de

lançar o nome do detido no livro dos presos somente depois de admitida formalmente a acusação pela sentença de pronúncia.

Instituindo-se o denominado *júri de acusação* a competência para analisar e decidir acerca da admissibilidade acusatória, pela pronúncia, passou a ser de um conselho composto por doze jurados. Dessa forma, com inspiração na estrutura adotada no sistema inglês, o procedimento do júri brasileiro passou a ser composto por dois conselhos de jurados. Enquanto ao primeiro deferia-se a responsabilidade pela análise da admissibilidade da acusação, ao segundo, *júri de julgamento*, incumbia-se a deliberação quanto ao mérito da causa.

Posteriormente, o legislador preservou no Código do Processo Criminal imperial o procedimento do júri organizado nas fases da análise acusatória e do julgamento propriamente dito, mantendo os dois conselhos de jurados. Insta que se assevere a utilização da pronúncia nesse procedimento com a feição de um mecanismo de controle da atividade acusatória sob a responsabilidade de juízes leigos, os quais prestavam juramento para assim proceder.

Por outro lado é importante observar que a legislação imperial ao prescrever a um órgão colegiado composto de jurados leigos a competência para a análise da admissibilidade da acusação nos crimes da competência do júri, admitiu a ampla participação do cidadão na administração da justiça, permitindo-lhe atuar de forma a auxiliar o Poder Judiciário nas questões próprias desse órgão estatal.

As reformas no procedimento do júri ocorreram de forma significativa ainda na fase do Brasil imperial. Infere-se que um dos mais expressivos momentos de alteração do citado rito ocorreu por força da edição da Lei n. 261/1841, notadamente no que tange à redução da competência do Tribunal Popular no Brasil.

O referido diploma legislativo criou o cargo de Chefe de Polícia com o desígnio de atuar no município da corte e em cada província, além de instituir os cargos de delegados e subdelegados distritais, atribuindo também a essas autoridades

competência em matéria judicial, ao lado das então existentes atribuições repressivas.

À luz dessa reforma a atividade investigatória permaneceu a cargo das autoridades policiais que tomavam todas as providências necessárias no sentido de obter a prova da materialidade e autoria delitiva para a formação da culpa. Dependendo da complexidade do caso, facultativamente, tais autoridades poderiam pronunciar o indiciado. No âmbito específico dessa legislação nota-se o alargamento da competência para a elaboração da pronúncia.

Registra-se que na história do processo penal brasileiro somente nessa oportunidade é que se atribuiu à autoridade policial a facultatividade de realizar através da pronúncia o controle da admissibilidade acusatória, sendo que essa providência teria ainda que passar pelo crivo de um magistrado municipal que, através de uma decisão nos autos, confirmaria ou não o teor da pronúncia. No contexto dessa legislação reformadora do júri estava extinto desse rito o primeiro conselho de jurados competente para emitir a pronúncia.

Especificamente na fase final do Império no Brasil é que a responsabilidade pela elaboração da pronúncia passa integralmente para as mãos de um membro do Poder Judiciário. E tal ocorre por força da edição do Decreto n. 2.033/1871, o qual determinou que a atribuição para o exercício das atividades investigatórias seria da autoridade policial enquanto que a formação da culpa seria da competência do juiz de direito.

Esse diploma legislativo ainda preconizou no sentido de que se a pronúncia fosse realizada pelo juiz municipal, seria obrigatória a remessa do recurso necessário para o Juiz de Direito competente, para que este confirmasse ou não aquela decisão. Esse panorama foi mantido até o advento da República no Brasil.

O que se observa no início da fase republicana é a sistematização da Justiça Federal através do Decreto n. 848/1890, este que criou o júri no âmbito federal.

Nesse diploma foi estabelecida a competência do juiz federal para a elaboração da pronúncia do acusado ao final da instrução criminal, uma vez provado o crime e existentes indícios suficientes da autoria. Essa decisão desafiava recurso ao Supremo Tribunal Federal. A pronúncia autorizava o envio dos autos para a apreciação do júri.

Com a promulgação da primeira Constituição republicana nacional o júri foi guindado à condição de garantia fundamental e também foi instituída a federação no Brasil. Como corolário atribuiu-se competência para os Estados-membros legislarem em matéria processual, rompendo a unicidade do direito processual nacional.

A partir daí observa-se o surgimento de uma multiplicidade de leis estaduais sobre a organização, competência e julgamento pelo Tribunal do Júri. Contudo, não há notícias de significativas alterações nas regras até então vigentes para a pronúncia. Esse quadro foi mantido até o advento da Carta Política de 1934 que restaurou o regime da unidade do processo ao disciplinar a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

No tocante ao júri, a Constituição brasileira de 1934 deslocou-o do catálogo dos direitos e garantias individuais para abrigá-lo como órgão do Poder Judiciário. Essa situação perdurou até a promulgação da Carta de 1937 que suprimiu o júri do texto constitucional. Somente com o Decreto-lei n. 167/1938 novamente a instituição do júri foi disciplinada no direito brasileiro.

No âmbito dessa legislação foi estabelecido que a pronúncia seria da competência do presidente do Tribunal do Júri quando da ocorrência dos crimes previstos nas formas tentada ou consumada, revogando, nesse contexto, a regulamentação anterior que previa a pronúncia como despacho da competência do juiz da seção ou do seu substituto. Dessa forma firmou-se a pronúncia como uma sentença que devia ser prolatada pelo juiz após o seu convencimento acerca da

existência do crime e dos indícios de que o acusado fosse seu autor, esclarecendo os motivos do seu convencimento.

No contexto histórico abordado resta claro que desde a vigência das Ordenações do Reino em terras brasileiras a pronúncia sempre esteve presente no ordenamento jurídico nacional. Inicialmente era utilizada como instrumento de controle da atividade acusatória no processamento de todas as infrações penais. Posteriormente, devido a questões de política criminal e administração da justiça, esse instituto processual foi reservado para a aplicação no processamento das infrações penais da competência do Tribunal do Júri.

Esse foi o contexto existente à época em que foi editado o Código de Processo Penal, em 1941. Esta legislação reservou um capítulo especificamente para abrigar o procedimento a ser adotado para os processos da competência do Tribunal do Júri, destacando as regras específicas para a pronúncia numa de suas seções. Na modulação articulada para o rito do júri nesse estatuto processual, a pronúncia representou um marco delimitatório entre as duas fases do procedimento: o juízo acusatório e o juízo da causa.

A Constituição de 1946 guindou o júri com todos os seus atributos ao rol dos direitos e garantias individuais, condição esta também encampada pela Carta Política de 1967. Posteriormente a Emenda Constitucional n. 1/1969, reformadora da Carta de 1967, suprimiu do júri a soberania dos veredictos, embora mantivesse a instituição no rol dos direitos e garantias individuais.

Finalmente, no que tange à Constituição da República vigente desde 1988, repousa o júri no pavimento dos direitos e garantias fundamentais com os atributos da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Uma abordagem junto ao direito comparado possibilita entender as características gerais dos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido o vertente trabalho

identificou a existência e a dinâmica de mecanismos de controle da admissibilidade acusatória em alguns sistemas jurídicos de países europeus e também dos Estados Unidos da América. Em regra, observa-se que é reservado o procedimento ordinário para o processamento das infrações penais consideradas graves ou que, por sua complexidade, demandam maior atenção quando da realização da instrução criminal.

No ordenamento jurídico francês há uma etapa preliminar destinada aos trabalhos de investigação visando a reunião dos elementos suficientes para uma acusação formal. Na fase instrutória, sob a direção de um magistrado, permite-se a participação das partes na discussão acerca do teor das provas e do saneamento do processo. Havendo provas suficientes da materialidade e da autoria do fato o juiz da instrução emite a *ordonnance de renvoi*, decisão que estabelece os quadrantes da acusação, envia o acusado a julgamento e encerra a fase instrutória.

Constata-se que no ordenamento espanhol vigora uma fase inicial destinada à realização das diligências preliminares visando à obtenção dos elementos iniciais para esclarecimento dos fatos e da autoria. Concluída a fase sumarial os autos seguem ao órgão acusatório para a formalização da denúncia. A partir desta inaugura-se a fase intermediária na qual um juiz avalia o contexto das provas apuradas e decide se há como prosperar a acusação. Decidindo positivamente, profere a decisão de *apertura del juicio oral*. Não tendo elementos suficientes para enviar o acusado a julgamento emite o auto de *sobreseimiento*.

No direito italiano dessume-se que os trabalhos de investigação, a cargo da polícia judiciária, são realizados numa fase inicial. O órgão ministerial, com base nas informações levantadas na fase inicial, pode solicitar a abertura da fase de audiência preliminar. Nesta, o magistrado ou um conselho de juízes recebe a peça acusatória, determina a produção das provas complementares e decide sobre a admissibilidade da acusação e a continuação do feito. Dessa forma o *decreto che dispone il giudizio* é a decisão que acolhe a acusação e encaminha o acusado a julgamento.

A análise junto ao sistema jurídico inglês revela a existência de uma primeira fase comum à apuração de todos os delitos, conduzida pela autoridade policial e pelo representante da parte ofendida, podendo ser encerrada com um pedido de revisão acerca da continuação das investigações caso não esteja devidamente apurada a autoria e materialidade do fato. Havendo provas suficientes a autoridade policial formaliza uma acusação dando azo a uma audiência preliminar, segundo estágio do procedimento.

Vale observar que o fundamento dessa audiência no processo penal inglês reside na atuação de um conselho de juízes leigos responsável pela avaliação do arcabouço de provas apurado nas investigações preliminares. Nessa etapa é viabilizada oportunidade para que o acusado se declare culpado da acusação perante o conselho e, dessa forma, evite o julgamento, além de obter uma atenuação na pena. Não havendo tal declaração o conselho decide acerca da admissibilidade acusatória sendo permitido às partes que se manifestem acerca dos limites da acusação.

Anotações realizadas junto ao sistema estadunidense indicam uma diferenciação deste modelo para os demais que seguem a linha do *common law*, principalmente por adotarem um modelo federativo com permissão para cada Estado-membro legislar em matéria processual. Ainda assim o processo penal norte-americano está dividido em duas fases: a de cunho policial e a judicial. Apurada a materialidade e a autoria os autos seguem ao órgão ministerial para a confecção do libelo acusatório.

A acusação é então submetida ao grande júri, composto de 16 a 23 jurados, que analisa os termos da imputação e a admissibilidade acusatória, podendo realizar atos instrutórios. Entendendo estar presente a justa causa para que o acusado seja levado a julgamento pelo crime apurado ocorre o *indictment*, ou seja, é aceita a acusação nos termos formulados pelo órgão ministerial. Dessa forma o acusado deve ser encaminhado ao pequeno júri, órgão colegiado composto de 12 jurados, para que seja realizado o seu julgamento.

Os estudos realizados junto ao sistema jurídico português revelam que o inquérito e a instrução criminal compõem as fases preliminares do processo penal. Nessa sistemática o inquérito é conduzido pela autoridade policial com a direção do órgão ministerial. Ao final das investigações, estando reunidos indícios suficientes da materialidade e autoria dos fatos, tem lugar a acusação. Com o recebimento desta inaugura-se a instrução judicial, fase facultativa, conduzida por um juiz da instrução e que apresenta como objetivo a análise judicial acerca da manifestação acusatória do órgão ministerial.

Fica consignado que a instrução criminal, apesar de facultativa, é uma importante fase do processo penal português que antecede o julgamento. Nota-se que o juiz nessa fase tem amplos poderes para exercer o seu poder investigatório tendo em vista que deve formar seu convencimento acerca da viabilidade acusatória. É de relevo anotar que ao final dessa etapa é designado obrigatoriamente um debate instrutório com a participação das partes para que o magistrado decida pela pronúncia ou não pronúncia do acusado. Admitindo os termos da acusação, pronuncia o acusado encaminhando-o para a fase do julgamento.

Ao analisar a sistemática de funcionamento das regras do processo penal nos citados sistemas jurídicos resta evidente que após uma fase inicial destinada à coleta de elementos relativos à existência dos fatos e identificação da autoria, segue, com maior ou menor amplitude, um momento destinado à certificação do conteúdo acusatório tendo em vista a sua admissão, após o que o procedimento tem sequência para a fase do julgamento do mérito, ou não.

A presença desse mecanismo de controle da admissibilidade acusatória em tais sistemas jurídicos – denominado de *pronúncia* no ordenamento brasileiro – revela a necessidade do Estado de controlar a atividade acusatória. A doutrina estrangeira aponta que essa dinâmica de controle tem-se mostrado hábil uma vez que inibe o envio de uma causa temerária ou infundada para a fase de julgamento, representando gastos desnecessários, além do inevitável constrangimento de submeter o indivíduo a um prolongamento inútil do processo penal.

Com o advento do Código de Processo Penal em 1941, ficou a pronúncia restrita ao procedimento do júri no ordenamento brasileiro. O que se observa daí em diante é que várias modificações pontuais ocorreram nesse rito por força da edição de alguns diplomas legislativos ordinários, destacando-se o Decreto-lei n. 263/1948, a Lei n. 5.941/1973, a Lei n. 6.416/1977, a Lei n. 9.033/1995 e, mais recentemente, a Lei n. 11.689/2008. Esta que proporcionou uma significativa e completa modificação no aludido procedimento.

Pode-se concluir que a nova roupagem dada pela Lei n. 11.689/2008 ao procedimento do júri confirmou-o como sendo um rito escalonado, dividido em fases, no qual a acusação se forma de modo paulatino. A primeira etapa do procedimento, denominada de *instrução preliminar*, destina-se à formação da culpa do acusado. Tem início com o recebimento da denúncia ou queixa pelo magistrado e desenvolve-se até atingir seu termo com uma decisão sobre a admissibilidade da acusação.

É possível concluir também que a segunda etapa do rito do júri, denominada de *juízo da causa*, somente ocorre nesse procedimento se houver uma decisão judicial admitindo a acusação formulada contra o acusado. Da preclusão dessa decisão, denominada de *pronúncia*, tem início a fase de julgamento do acusado, a qual se desenrola até que ocorra o trânsito em julgado da sentença do juiz presidente do Tribunal do Júri.

Nota-se também que ao decidir quanto à admissibilidade acusatória, o magistrado resolve uma importante questão endoprocessual. E daí a concluir que a aceitação da acusação formulada revela a vontade do Estado em ver o seguimento do procedimento a uma fase de plenário na qual se vislumbra uma possibilidade de condenação do acusado pela autoria ou participação na prática de uma infração penal dolosa contra a vida.

Reforça-se dessa forma o entendimento abraçado sobre a pronúncia, como uma decisão interlocutória, uma vez que é prolatada no curso do procedimento,

sendo também declaratória porque o magistrado proclama a admissibilidade da imputação e fixa uma classificação penal para ser decidida pelos jurados. Estabilizando-se essa decisão os autos devem ser encaminhados ao presidente do Tribunal do Júri para que sejam tomadas as providências necessárias visando à realização do julgamento do acusado em plenário. Acresce-se ainda a sua natureza mista porque encerra a fase da formação da culpa e inicia a fase do julgamento da causa.

Pela sistemática posta na legislação resta claro que a manutenção da pronúncia como decisão que encerra a fase da formação da culpa no procedimento das infrações penais dolosas contra a vida deve-se ao fato de permitir aquela o controle da atividade acusatória. Nesse sentido a inferir-se que a pronúncia não tem o fito de analisar o mérito da causa. Sua principal atribuição é demonstrar em quais parâmetros o magistrado determina a admissibilidade acusatória, permitindo o prosseguimento do feito à fase de julgamento pelo plenário do júri.

Também parece não padecer de dúvidas que os anseios de uma sociedade que prima pelos direitos e garantias fundamentais levam a um sistema que tende a evitar a ocorrência de um julgamento desarrazoado, em que o acusado fique exposto a situações constrangedoras, correndo-se o risco de que caia em descrédito um dos princípios mais abalizados do próprio ordenamento jurídico: o devido processo legal, este que visa a aplicação do direito material de modo isonômico, justo e equilibrado.

Nesse diapasão conclui-se que a função da pronúncia é a de impedir que alguém, notadamente inocente, seja submetido aos riscos de um julgamento popular, cabendo ao juiz aplicar esse mecanismo de controle para fazer valer os fins pretendidos pelo ordenamento.

A natureza jurídica da pronúncia sempre despertou interesse na doutrina pátria. A análise na catalogação desse instituto processual desde as Ordenações do Reino demonstra que à pronúncia foram atribuídas as naturezas de despacho,

sentença e decisão intermediária. A legislação reformadora do procedimento do júri – Lei n. 11.689/2008 – refere-se à pronúncia como *decisão interlocutória*. Nada mais acertado tendo em vista não só o objetivo que se verga a essa decisão judicial como, também, a localização topográfica nos quadrantes do procedimento do júri.

Por outro lado, da análise das características que recaem sobre a pronúncia identifica-se que o espírito que dá sopro de existência a essa decisão interlocutória requer muita cautela do magistrado para não adentrar ao mérito da causa e transformar esse ato judicial numa antecipação do julgamento do acusado, tendo em vista não ser o juízo competente para tanto, mas sim um juízo que permite a sequência do processamento, donde se infere ser a pronúncia um juízo de possibilidade de condenação futura.

Quanto à estrutura formal da pronúncia está claro que, por se tratar de um ato jurisdicional, deve ela ser elaborada mediante a observância de formalidades específicas, as quais a revestem de conformidade diante dos padrões legais estabelecidos para a feitura do ato. Essa adequação do ato à forma recobre-se de importante garantia à regularidade processual, evitando a existência de vícios que possam macular o processo levando à alegação de nulidades. Conseguintemente, a pronúncia deve conter o relatório, a exposição de motivos, o dispositivo e sua autenticação.

A reforma havida no procedimento do júri, pela Lei n. 11.689/2008, não alterou substancialmente a questão dos pressupostos necessários para a pronúncia. Nesse sentido o acerto do referido diploma em estabelecer como necessários para que o magistrado prolate a decisão de pronúncia dois fundamentos legais: o convencimento acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado nos fatos sustentados na peça acusatória.

Dessa forma para que o acusado seja conduzido a julgamento pelo plenário do júri sem correr o risco de ser acusado de um fato inexistente deve na pronúncia o

magistrado ter a certeza inequívoca da ocorrência daquele, assim como identificar no conteúdo dos autos suficientes indícios que apontem o acusado como autor ou, ao menos, partícipe dos fatos narrados. Caso não ocorra um desses dois requisitos outra decisão deve ser prolatada, evitando-se o risco de uma reunião do júri para apreciar uma causa temerária ou nitidamente infundada.

Evidencia-se que a pronúncia deve ser fundamentada em observância ao princípio da motivação das decisões judiciais. A fundamentação da pronúncia torna-se uma destacada salvaguarda para que as partes controlem a atividade jurisdicional exercida nos autos, bem como, proporciona ao acusado a completa ciência da acusação para que desenvolva sua plena defesa frente aos limites estabelecidos para a acusação.

Ainda no que diz respeito à motivação da pronúncia, uma tormentosa questão se coloca no sentido de estabelecerem-se os limites pelos quais deve o referido ato decisório ser prolatado. Propugna-se aqui pelo entendimento de que uma vez convencido de que é caso de pronunciar o acusado para julgamento pelo júri, deve o magistrado sustentar sua decisão de modo a não discutir a fundo os pontos que remetam a um juízo de mérito, limitando-se, nesse aspecto, a enviar tal debate para a fase de plenário onde está constituído o juízo natural para a causa, segundo determina o procedimento.

Entende-se que essa postura do magistrado pronunciante é adequada aos propósitos de assegurar ao acusado um julgamento conforme os preceitos estatuídos pelo ordenamento, garantindo ao tribunal natural a análise do mérito. Preocupado com a influência que o conteúdo da pronúncia possa causar no ânimo dos jurados, o próprio legislador, quando da reforma provocada pela Lei n. 11.689/2008, acertadamente estabeleceu a expressa vedação à referência da pronúncia quando dos debates perante o plenário do júri.

Quanto às circunstâncias qualificadoras e às causas de aumento de pena, tem-se que a fundamentação de cada uma no bojo da pronúncia deve ser realizada de

modo expresso, mas não aprofundado, devendo o juiz explicitar no que consiste cada qual e demonstrar o nexo havido entre ela e as provas constantes dos autos. Assim o fazendo, permite-se à defesa tomar ciência das razões pelas quais se impõe a pronúncia do acusado na forma qualificada do tipo penal, possibilitando compreenderem-se os limites da acusação que será sustentada no plenário do Tribunal Popular.

Pelo princípio da congruência ou da correlação, deve haver um liame entre a denúncia ou queixa e a decisão de pronúncia. Dessa forma, se ao longo da instrução preliminar ficar evidente o surgimento de uma nova circunstância qualificadora não descrita na peça acusatória, deve o magistrado remeter os autos para a apreciação do órgão ministerial para que, entendendo ser o caso, realize o aditamento da peça acusatória fazendo incluir a referida circunstância, possibilitando a manifestação da defesa a respeito. Dessa forma, atende-se aos imperativos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nota-se que a legislação autoriza ao magistrado agir com liberdade para a verificação dos requisitos legais autorizadores da pronúncia. No entanto, ressalta-se que não se deve usar dessa liberdade a ponto de admitir-se a acusação, pronunciando o acusado, diante de dúvidas quanto aos pressupostos. Parte da doutrina e jurisprudência sustenta a aplicação do aforismo do *in dubio pro societate* ante a dúvida surgida quanto aos pressupostos autorizadores da pronúncia.

Com esteio na ordem processual garantista conclusão outra não pode ser do que a prevalência do entendimento pelo qual a decisão de pronúncia deve advir da certeza do magistrado de que os pressupostos autorizadores desse ato sejam robustos e estremes de dúvidas nos autos, de modo a enviar ao plenário uma causa com possibilidade de êxito da acusação, evitando o risco de uma condenação duvidosa ou incerta. Remeter a dúvida ao jurado que não dispõe do mesmo apuro científico e disponibilidade para análise da prova, não é uma forma adequada ou democrática de fazer-se justiça no processo penal.

Além do que o *in dubio pro societate* atinge mortalmente o princípio constitucional da presunção de inocência, vez que acatando uma circunstância cuja prova restou duvidosa ao longo da instrução preliminar, na realidade, o juiz decide contrariamente ao acusado, causando um evidente desequilíbrio entre as partes, além de remeter à instância de julgamento o risco de uma condenação injusta. Isso porque a sociedade não tem interesse em qualquer tipo de julgamento temerário, calcado em dúvida, expondo o acusado a um degradante momento, a constrangimentos, ferindo sua presunção de inocência em prol de um suposto interesse coletivo.

Em linhas gerais, pode-se atestar ainda que quanto aos efeitos da pronúncia a remessa dos autos para o juízo da causa é o corolário lógico e efeito natural proporcionando que o acusado seja julgado pelo Conselho de Sentença do Tribunal Popular. Caso contrário, não teria sentido algum a existência de um mecanismo de controle da admissibilidade da acusação porque, como não há análise e julgamento de mérito na pronúncia, a causa ficaria sem uma sentença de fundo.

Com relação ao direito de liberdade do pronunciado, a citada reforma do procedimento do júri retirou do âmbito desse rito a medida privativa de liberdade como consequência obrigatória da admissibilidade acusatória. Destarte, o magistrado ao pronunciar o acusado que já esteja preso deve ponderar acerca da manutenção, revogação ou substituição da prisão. Se o acusado estiver solto, igualmente, deve fundamentar as razões da decretação da medida de privação da liberdade aplicada.

Realmente, a análise do preceito vigente para a pronúncia confirma a regra de que o pronunciado deve aguardar em liberdade o seu julgamento pelo Tribunal do Júri, revelando-se como exceção a privação do seu direito de ir e vir. Para tanto, resta evidenciado também que a fundamentação da medida constritiva nessa fase deve estar calcada numa estribada análise a ser levada a cabo pelo magistrado quanto à existência de algum dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Não

havendo prova inconteste de algum desses pressupostos, a liberdade do pronunciado se impõe.

A par desse entendimento vislumbra-se que o *status libertatis* do indivíduo deve ser assegurado com base na efetivação do processo penal à luz das garantias constitucionais, interpretando e aplicando todos os seus institutos na esteira da hermenêutica que assegure ao acusado um tratamento digno como ser humano, sujeito de direitos, e não simplesmente como um objeto do processo.

Em decorrência do pensamento ora exposto afere-se que o princípio da presunção de inocência do indivíduo é um dos mais robustos pilares constitucionais, devendo ser levado em consideração ao longo da marcha processual, como uma exigência embutida no preceito maior da dignidade da pessoa humana. E mais, firma-se a presunção de inocência como uma indeclinável condição para que seja efetivado o tratamento isonômico entre as partes processuais.

Seguindo por essas veredas, o presente trabalho adentrou no campo constitucional para aferir a incidência de alguns preceitos da ordem fundamental no instituto da pronúncia. Observa-se que a Carta Política de 1988 trouxe em seu bojo um amplo arco de garantias que se conectam à atividade jurisdicional. E tal ocorreu por conta da necessidade de garantir-se o devido processo legal e seus corolários. Como consequência, impôs-se uma necessária adaptação da interpretação e aplicação da legislação ordinária aos preceitos maiores do texto constitucional.

Em vista desse quadro não há como negar a necessidade da imposição de limites à atividade jurisdicional, visando à proteção dos direitos fundamentais das partes no processo penal. No contexto da pronúncia é imprescindível que esteja o magistrado responsável por sua elaboração imbuído do sentimento de preservação da ordem constitucional, velando pelos estritos contornos que delineiam o conteúdo e a extensão dos efeitos essa decisão interlocutória. Daí a se proclamar a extrema cautela de que deve se cercar o magistrado para prolatar esse ato judicial de admissibilidade acusatória.

Sem dúvida que o ponto central dessa ordem processual garantista reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Estando abrigado no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, esse princípio implica que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana. Uma vez assente no texto constitucional, o princípio da dignidade submete o Estado a uma ordem de valores, a qual positiva determinado sistema axiológico e fundamenta todo o ordenamento jurídico.

Nesse diapasão é que se infere que a pessoa é o caro valor da democracia, o núcleo das atenções do Estado, este que deve agir comprometido em sustentar, sob quaisquer penas, a integridade do indivíduo. Conclui-se que a afirmação dos direitos específicos do homem é a consequência do preceito da dignidade da pessoa humana, esta que é o coração dos direitos fundamentais.

Esse princípio assume, portanto, a função de fonte inspiradora positivada dos direitos basilares, atestando uma unidade de observância obrigatória ao sistema jurídico brasileiro. Consequentemente deve o operador jurídico nortear-se em seu ofício pela inspiração desse fundamento republicano. Descumprindo os valores carregados por esse princípio abre-se a possibilidade da atuação estatal discriminatória tolerando-se o vezo da arbitrariedade.

Atua a dignidade humana como o preceito orientador da interpretação constitucional, promovendo a integração do ordenamento jurídico. Torna-se, portanto, incontestável para a ordem constitucional a obediência aos direitos fundamentais. No prisma instrumental a adequada aplicação dos direitos fundamentais de natureza processual garante a proteção judicial, fortalecendo as bases nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Destarte, os preceitos legais reservados à pronúncia devem ser analisados, por consequência, à luz da invocação do sistema garantista de princípios constitucionais estabelecidos no texto da Carta Maior. Com a valorização dos

direitos individuais pela Constituição da República de 1988, o sistema processual penal deve ser analisado sempre sob a ótica da garantia da ampla defesa do acusado, permitindo-lhe o contraditório para assegurar a produção da prova de sua argumentação.

Daí a se atestar que a decisão de pronúncia representa um significativo mecanismo de controle da admissibilidade acusatória no processamento das infrações penais da competência do júri, inserida no bojo de uma ordem processual garantista. E assim entendendo, necessário se faz que a sua aplicação seja conforme os ditames estabelecidos pela citada ordem, evitando-se as aplicações contrárias aos preceitos constitucionais. Esse sistema atinge o equilíbrio na razão em que se materializam os limites para a intervenção estatal no processo penal tendo, em contrapartida, assegurado ao indivíduo o exercício da ampla defesa.

Nos prolegômenos do presente trabalho baliza-se o propósito de estudar a pronúncia, como decisão que encerra uma das fases existentes no procedimento do Tribunal do Júri. No seu desenlace é de se concluir que, a par de toda a imperiosa estrutura processual elaborada pelo poder estatal, sobrevive a pronúncia como um instituto processual penal que, hodiernamente, somente pode ser entendida como uma garantia assegurada ao acusado, tendo como principal mote a justiça penal em sua completude.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

AIGNAN, Mr. *Historia do Jury*. Trasladada em vulgar por J. G. L. Rio de Janeiro: Typographia de Silva Porto e Comp., 1824.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, s.d.

ALIMENA, Bernardino. *Studi di procedura penale*. Turim: Fratelli Bocca, 1906.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código de Processo Penal do Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1925.

_____. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomáthico, 1870.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Da fundamentação das decisões judiciais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, ano 18, p. 194-213, jul./set. 1992.

ALMEIDA, Fortunato de. *História de Portugal – 1580 a 1816*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1926, t. IV.

_____. *História de Portugal – Instituições políticas e sociais de 1385 a 1580*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1925, t. III.

_____. *História de Portugal – desde a aclamação de D. JOÃO I (1385) até á morte do Cardeal Rei D. Henrique (1580)*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1924, t. II.

_____. *História de Portugal – desde os tempos prèistóricos até á aclamação de D. JOÃO I (1385)*. Coimbra: Fortunato de Almeida, 1922, t. I.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Ação Penal: análises e confrontos*. [S.l.]: [s.n.], 1938.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1911. 2 v.

_____. *O processo criminal brazileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1920. 2 v.

_____. *Direito judiciário brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 6. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

ALVES, Roque de Brito. *Dos indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos da Teoria Geral do Processo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMODIO, Ennio; BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1988.

ANTUNES, Maria João. *Código de Processo Penal*. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. *A função garantidora da Pronúncia*. Coleção Direito Processual Penal. Geraldo Prado (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo R. *O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 15, p. 200 a 216, jul./set. 1996.

ARMITAGE, John. *História do Brasil: desde o período da chegada da família de Bragança, em 1808, ate a abdicação de D. PEDRO I, em 1831, compilada à vista dos documentos públicos e outras fontes originais formando uma continuação da história do Brasil*. São Paulo: USP, 1981.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AZEVEDO, João Lucio de. *O Marquês de Pombal e a sua época*. 2. ed. com emendas. Rio de Janeiro: Annuario do Brasil, 1922.

AZEVEDO, Luiz Gonzaga de. *História de Portugal*. Lisboa: Edições *Bíblion*, 1935.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de Direito Judiciário Penal*. São Paulo: Saraiva, 1958. 2 v.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

BALDAN, Édson Luís. Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARAÚNA, José Roberto. *Lições de processo penal – de acordo com a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

BARBAS-HOMEM, António Pedro. *As Ordenações Manuelinas: significado no processo de construção do Estado*. Coimbra: Coimbra, 2003.

BARBOSA, Ruy. *O júri sob todos os aspectos: textos de RUY BARBOSA sôbre a teoria e prática da instituição*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950.

BARRA, Eladio Escusol. *Manual de Derecho Procesal-Penal*. Madri: Colex, 1993.

BARROS, Célia Silva Guimarães. *Psicologia geral*. São Paulo: Ática, 1997.

BARROS, Marco Antonio de. *Procedimento penal acusatório das "quaestiones perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri*. JUSTITIA, São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça, v. 178, ano 59, p. 27-35, abr./jun. 1997.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões literárias, 1969-1971. 2 v.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. 8 v.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978.

BASTOS, José Tavares. *O Jury na Republica*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1909.

BATALHA, Wilson de Sousa Campos. *Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Introdução ao direito: filosofia, história e ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BECCARIA, Cesare Bonecasa. *Dos delitos e das penas*. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni Di Diritto Processuale Penale*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1956.

BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales, 1996.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad.: Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

_____. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Paris: A. Giuffrè Editore, 1936.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. 36. ed. Rio de Janeiro: Vozes, s.d.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *A instituição do Júri – anotações aos dispositivos do Decreto-lei n. 167, de 05 de janeiro de 1938 – Doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad.: Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

BOLTON, Brenda. *A reforma na Idade Média*. Lisboa: Edições 70, 1985.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONETTI, Michele. *Gli indizi nel nuovo processo penale*. L'indice penale, Padova: Edizione CEDAM, ano XXIII, p. 487-583, jan./abr. 1989.

BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. *O novo procedimento do Júri – comentários à Lei n. 11.689/2008*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORETTINI, Adelmo. *Perizia nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 1940.

BORSANI, Giuseppe; CASORATI, Luigi. *Il codice di procedura penale italiano commentato*. Milano: [s.n.], 1878.

BRAGA, Paulo Drumond. *D. João III*. Lisboa: Hugin Editores, 2002.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. 2 v.

CABAÑA GARCIA, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Estudios Trivium Procesal, 1992.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1985.

_____. *Lições de História do Direito Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1962.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo civile inquisitorio*. Trad.: Sentis Melendo. Padova: CEDAM, 1945.

CALDEIRA, Jorge. *Viagem pela História do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CALOGERO, Guido. *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazzione*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964.

CALVO FILHO, Romualdo Sanches; SAWAYA, Paulo Fernando Soubihe. *Tribunal do Júri – da Teoria à Prática*. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura, s.d.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1942. 4 v.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CÂNDIDO, Antônio. *A Revolução de 1930 e a cultura*. São Paulo: Cebrap, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANUTTI, Wanda A. *Getúlio Vargas em Dois Mundos*. 6. ed. Capivari/SP: Opinião, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Trad.: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. 4 t.

_____. *Como se faz um processo*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

_____. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Como nasce o direito: seis meditações sobre o direito*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

_____. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CARRARA, Francesco. *A prova segundo Carrara*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Brasília, n. 20, ano IV, p. 47-69, jun./jul. 2003.

CARVALHAL, Thomaz. *O Tribunal do Jury: Leis, que, no Estado de S. Paulo, regem a sua composição e funccionamento bem como os recursos de suas decisões, seguidas de algumas notas explicativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Plácido de Sá. *Código de Processo Penal interpretado pelos tribunais – com notas de doutrina e pareceres do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946.

CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CASTELO BRANCO, Carlos. *Os militares no poder*. São Paulo: Nova Fronteira, 1976.

CASTRO, Sertório de. *A república que a revolução destruiu*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos & Cia, 1932.

CHAGAS, Carlos. *113: impedimento e morte de um presidente*. Porto Alegre: L&PM, 1979.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

CHAMBON, Pierre. *Lê juge d'instruction: théorie et pratique de la procédure*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad.: J. Casais y Santaló. Madrid: Inst. Ed. Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CIVOLI, Cesare. *Manuale di procedura penale italiana*. Turim: Fratelli Bocca, 1921.

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

COLLINS, Roger. *La España Visigoda*. Barcelona: Crítica, 2005.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 4. ed. Roma: CEDAM, 1996.

COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1949.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 23. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

CRUZ, Guilherme Braga da. *História do direito Português*. Coimbra: s.e., 1955.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 4. ed. Roma: CEDAM, 2001.

DAVID, René. *O direito inglês*. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEGANELLO, M.; GASPARINI, A.; MOLLO, M.; ROSSETTO, G. *Il processo penale statunitense – soggetti ed atti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, ano 17, p. 89-103, jan./mar. 1992.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais da Europa*. Trad.: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIAS, José Alves. *Portugal: do Renascimento à crise dinástica*. In: Nova História de Portugal. Lisboa: Presença, 1998.

DICIONÁRIO BRASILEIRO GLOBO. Francisco Fernandes; Celso Pedro Luft; F. Marques Guimarães. 56. ed. São Paulo: Globo, 2003.

DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL. Monique Canto-Sperber (Org.). Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. 2 v.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DA BÍBLIA. Adrianus Van Den Born (org.). Trad.: Frederico Stein. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

DOMINGUES, Mario. *O Marquês de Pombal: o homem e a sua época*. Lisboa: Romano Torres, 1955.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, ano 18, p. 72-91, jul./set. 1992.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Francesco Santoro-Passarelli (dir.). Itália: Giuffrè Editore, 1988.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Bernardo Lerner (dir.). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1967.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. R. Limongi França (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. 9 v.

ESTAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. 2 v.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad.: Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal – teoria, crítica e práxis*. 6. ed. ver., ampl. e atual. com a "Reforma Processual Penal" (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) e a Videoconferência (Lei 11.900/2009). Niterói: Impetus, 2009.

FENECH, Miguel; *El proceso penal*. 3. ed. Madri: AGESA, 1978.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad.: Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad.: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1988.

_____. *La sociologie criminelle*. Trad.: Leon Terrier. Paris: Felix Alcan, 1905.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. *Processo Penal*. Brasília: Consulex, 1999.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, [1934?].

FONCECA, Walter. *Fonseca, uma Família e uma História*. [S.l.]: Fonseca, 1982.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad.: Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCHIMONT, Michel; JACOBS, Ann; MASSET, Adrien. *Manuel de Procédure Pénale*. Liège: Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1989.

FRASCHINI NETO, M. *O Marquês de Pombal e o Brasil: contribuições às comemorações do 2.° Centenário da morte do Marquês de Pombal*. Lisboa: Tipografia Minerva do Comércio, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, Ary Azevedo. *O Júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *Código de Processo Penal*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1956. 2 v.

_____. *O Júri no Estado Novo*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. 40. tir. São Paulo: Max Limonad, 1978.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Nelson Jahr. *Estado Novo – Ideologia e propaganda política*. São Paulo: Loyola, 1982.

GARRAUD, René. *Précis de droit criminel*. 14. ed. rev. et corrigée avec la collaboration de Pierre Garraud. Paris: Recueil Sirey, 1926.

GILES, Thomas Ransom. *Dicionário de filosofia: termos filosóficos*. São Paulo: EPU, 1993.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad.: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Júri: projetos de reforma*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, SP, n. 58, p. 286-287, jan./fev. 2006.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, M. Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: a época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s.d.

_____. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Trad.: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.

GRECO, Rogério. *Direito Penal – Parte Especial. Introdução à Teoria Geral da Parte Especial; Crimes contra a pessoa*. Niterói: Impetus, 2005.

_____. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Processo Penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Organizador.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Liberdades públicas e processo penal – as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. 3. tir. com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3. ed., 2003.

GUSMÃO, Helvécio. *Código de Processo Penal do Distrito Federal Anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1933.

GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo civil e comercial*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1924.

GUSMÃO, Sadi. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1942.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbelkian, 1986.

HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*. Paris: [s.n.], 1853.

HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales comparados*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1999.

HEREDIA, Eduardo Gutierrez de Cabiedes y Fernandez; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Penal*. Madri: Editorial Tecnos, 1976.

HOBBES, Thomas. *Leviatã – ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789–1848*. 18 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

HUMBERMAM, Leo. *História da riqueza do homem*. 21 ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1986.

HUMPHREY, John P. *Human Rights and the United Nations: a great adventure*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal – II parte*. Revista de Ciencias Penales, Costa Rica: ABC Ediciones, n. 11, ano 8, p. 20-34, jul. 1996.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad.: João de Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Geral, de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v.

_____. *Código de Processo Penal anotado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KOIFMAN, Jorge. *Presidentes do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2001.

LACOMBE, Américo Jacobina. *A sombra de RUI BARBOSA*. São Paulo: Nacional, 1978.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad.: Fátima Sá Correia et al. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARGUIER, Jean. *Procédure pénale*. 16. ed. Paris: Dalloz, 1997.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942, 4 v.

LEAL, Saulo Brum. *Júri Popular*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

LEONE, Giovanni. *Diritto Processuale Penale*. 7. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1968.

_____. *Tratado de derecho procesal penal: desenvolvimento del proceso penal – proceso penal de primera instancia*. Trad.: Santiago Surtis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1963.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LIMA, Múcio de Abreu e. *Do Libelo Crime Acusatório*. Belo Horizonte: [s.n.], 1930.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil – e outros escritos*. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Florença: G. Barbera, 1895.

MAGALHÃES JÚNIOR, Roberto *Deodoro: A Espada Contra o Império*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Presunção de inocência e os direitos humanos – justiça penal e devido processo no Estado Democrático*. Consulex, Brasília, DF, ano VIII, n. 171, p. 51-53, fev. 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad.: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. 2 v.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal brasileiro – doutrina, jurisprudência e fluxogramas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

MANSO, Manuel da Costa. *Processo na Segunda Instância e suas applicações a Primeira*. São Paulo: Saraiva, 1923.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano – Del procedimento penale – Inizio dell'azione penale – Istruzione – Dibattimento – Impugnazioni – Esecuzione*. 6. ed. Aggiornata. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972. 4 v.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

_____. *Trattato di diritto processuale italiano*. Turim: UTET, 1931.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 4 v.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. 2 v.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1965. 4 v.

_____. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. 2 v.

_____. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri. *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. São Paulo: Forense, 1962.

_____. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *O Júri no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

_____. *O Juri e sua nova regulamentação legal*. São Paulo: Saraiva, 1948.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A pena capital e o direito à vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri: doutrina, jurisprudência, questionários, roteiros práticos*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MÁSS, Florêncio Mixán. *Teoria de la prueba*. Trujillo: BLG, 1992.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. *Filosofia jurídica de la prueba*. México: Porruá, 1995.

MARTINS JUNIOR. *História do Direito Nacional*. 2. ed. Recife: Cooperativa Editora e Cultura Intelectual, 1941.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y princípios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954. 3 v.

MAYERS, Lewis. *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*. Trad.: Maria Grazia Curletti. Milano: Giuffè Editore, 1967.

MELERO, Valentin Silva. *La prueba procesal: teoria general*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. *O Jury*. 2. ed. São Paulo: Typographia de Hennies & Winiger, 1893.

MELLO, J. Soares de. *O Juri e a limitação dos debates*. São Paulo: [s.n.], 1941.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El Proceso Penal – Segunda lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 1991.

MERCONE, M. *Manuale di Procedura Penale – con tavole sinottiche*. 4. ed. Napoli: ESSELIBRI – SIMONE, 1997.

MERELLO, Italo. *Historia del Derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1983.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Themis, 1989.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria Criminal*. Trad.: Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 4. ed. Barcelona: [s.n.], 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003. 3 v.

_____. *Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito*. Campinas: Bookseller, 2005. 4 t.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual*. 2. Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NAPPI, Aniello. *Guida breve alla Procedura Penale*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 2004.

NASSIF, Aramis. *O novo Júri brasileiro: conforme a Lei 11.689, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Júri: instrumento da soberania popular*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NETTO, Evandro Muniz. *Conceito do processo penal*. Recife: Imprensa Oficial, 1955.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

NORES, José I. Cafferata. *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1969.

NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. 10. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev. atual. ampl. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código Penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Júri – princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Redigindo a sentença*. 2. ed. 2. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della senteza instruttoria penale*. Milano: Societa Editrice Vita e Pensiero, 1953.

ODERIGO, Mario A. *Derecho procesal penal*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

OLIVEIRA, Edmundo. O Tribunal do Júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Olavo. *O júri na terceira República*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1949.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. As garantias do devido processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PENTEADO, Jacques de Camargo. *Acusação, defesa e julgamento*. Campinas: Millennium, 2001.

PEREIRA, José Ruy Borges. *Tribunal do Júri – crimes dolosos contra a vida*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2000.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Javoli, 1983.

PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PINHEIRO, Luiz Adolfo. *A República dos Golpes – de Jânio a Sarney*. São Paulo: Best Seller, 1993.

PINHEIRO NETO, João. *Jango, um depoimento pessoal*. São Paulo: Record, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PISANI, M.; MOLARI, A.; PERCHINUNNO, V.; CORSO, P. *Manuale di Procedura Penale*. 2. ed. Bologna: Monduzzi Editore, 1994.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o *in dubio pro societate*. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: Centro de Estudos Penais e Criminológicos, n. 17, ano IV, p. 6-11, jul./set. 2001.

_____. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Organizador). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Tribunal do Júri. Procedimento. Sala Secreta. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Organizador). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Decisão de pronúncia: Tese apresentada para concurso à cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 4 v.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

RAMALHO, Joaquim Ignácio (Barão de Ramalho). *Elementos do processo criminal: para uso das faculdades de direito do Imperio*. São Paulo: Dous de Dezembro, 1856.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Alberto. *A educação do príncipe: esboço histórico e crítico sobre o ensino de D. PEDRO II*. Rio de Janeiro: Agir, 1945.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09: videoconferência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Tribunal do Júri: visão lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. 2 v.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

REZENDE, Astolpho. *Nos domínios da criminologia*. Rio de Janeiro: Companhia Brasil Editora, 1939.

ROCHA, Arthur Pinto da. *O jury e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1919.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal*. Coimbra: Imprensa Universidade, 1887.

RODRIGUES, Maria Estela Vilela Souto Lopes. *ABC do processo penal*. 3. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ROLLAND, Romain. *O pensamento vivo de ROUSSEAU*. São Paulo: Livraria Martins, 1960.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad.: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro: Alba, 1942.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código do Processo Penal*. 3. ed. atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1942.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*. Trad.: Fulvia M. L. Moretto. Campinas: UNICAMP, 1998.

_____. *Do contrato social – Discurso sobre a Economia Política*. Trad.: de Márcia Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de derecho procesal penal: teoría general de los procesos penal y civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

SALAZAR, Jorge Arenas. *Pruebas penales*. Almacén: Douctrina e ley., 1996.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Andrés de La Oliva; MARTÍNEZ, Sara Aragoneses; SEGOVIA, Rafael Hinojosa; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, Jose Antonio Tomé. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces, 1995.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional & Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991-1998. 3 v.

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1955. 5 v.

SARACENO, Pasquale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Trad.: Jose Manuel Nunez. Buenos Aires: Bibl. Argentinas, 1957.

SIQUEIRA FILHO, Mariano. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOARES, Orlando. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

SENDRA, Vicente Gimento; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madri: COLEX, 1999.

SENNA, Ernesto, *Deodoro Subsídios para a História*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

SILVA, Adhemar Raymundo da. *Estudos de Direito Processual Penal*. Bahia: Livraria Progresso, 1957.

SILVA, Edson Pereira Belo da. *Tribunal do Júri – ampliação de sua competência para julgar os crimes dolosos com evento morte*. São Paulo: Iglu, 2006.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

_____. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 5. ed. Campinas: Millennium, 2004.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Globalização e Direito Penal Econômico. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. A reforma do Direito Processual Penal português – celeridade e garantias constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. *Curso de direito processual penal em linguagem prática*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brazileiro – segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia*. Brasília/DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v.

_____. *Tratado de direito penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

_____. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.

_____. *Curso de Processo Criminal*. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

SIQUEIRA FILHO, Mariano. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1996.

_____; DALIA, Andrea A.; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1991.

SMITH, John; HOGAN, Brian. *Criminal Law*. Inglaterra: Butterworths, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUSA NETO. *Júri de Economia Popular – comentários à Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Lisboa: Impressão Régia, 1831.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

SUANNES, Adalto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 91, p. 93, jul./set. 1998.

TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELLES, Antônio Xavier. *Psicologia moderna*. São Paulo: Ática, 1997.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOBEÑAS, Jose Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad.: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1987-1991. 2 v.

_____. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. 4 v.

_____. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. 4 v.

TORRES, Antonio Eugênio Margarinos. *Processo Penal do Júri no Brasil*. São Paulo: Quorum, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. 4 v.

TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro – Ensaio (Época Imperial*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947.

_____. *História do Direito Brasileiro – Ensaio (Época Colonial*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 4. ed. rev. ampl. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Contribuição ao estudo histórico do Direito Processual Penal – Direito Romano I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Tribunal do Júri: origens, evolução, características e perspectivas. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Do corpo de delito no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1976.

VALLE, Freitas. *Ensino publico no governo WASHINGTON LUÍS: seguindo-se a lei da reforma e o seu regimento*. São Paulo: Casa Garraux, 1924.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Los derechos procesales del abogado frente al juez*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

VIANNA, Francisco José Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad.: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WHITAKER, Firmino. *Jury*. 4. ed. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 1923.