

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO ‘HABEAS CORPUS’. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A tese do excesso de prazo da prisão não foi submetida à análise pelo Tribunal de Justiça, o que impede o exame originário do tema por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. **A jurisprudência desta Corte admite que os indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia, que configura mero juízo de admissibilidade da acusação, decorram dos elementos probatórios colhidos durante a fase inquisitorial, não havendo falar em contrariedade ao art. 155 do CPP.** Nesse entendimento: AgRg no REsp 1619337/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018.

3. Agravo regimental improvido.” (HC 533.393-AgRg/GO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO)

Conforme descrito pelo Relator, Milton Felix Moraes Parreira, ora paciente, e Jaderson Lima de Sousa foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de Goiás pela suposta prática de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, I), sendo certo, ainda, que, em 17/05/2016, houve a formulação, em relação a referida peça acusatória, por magistrado da 1ª Vara dos Crimes Dolosos contra a Vida da Comarca de Goiânia/GO, de juízo positivo de admissibilidade e, na mesma ocasião, a decretação da prisão preventiva de ambos os acusados.

Durante a instrução da primeira fase do procedimento do júri, nenhuma testemunha foi ouvida e somente os réus foram interrogados. Assim, o juízo pronunciou os imputados com base exclusivamente em elementos produzidos na fase de inquérito policial.

Portanto, as **questões pertinentes a este caso**, que não demandam reexame de provas a extrapolar os limites cognitivos desta via e, portanto, podem aqui ser conhecidas são:

1. é admissível uma pronúncia com base somente em elementos do inquérito?

2. na decisão intermediária no procedimento do Júri, deve-se aplicar o *in dubio pro societate* e pronunciar o réu em caso de dúvida?

1. A utilização de elementos informativos produzidos na investigação preliminar

Para a devida compreensão da temática, creio que é fundamental primeiramente estabelecer uma distinção entre os elementos produzidos no inquérito e as provas produzidas na fase judicial.

Em um sistema que possui uma divisão entre as fases de investigação preliminar e processual, como o brasileiro, consolida-se uma estrutura em que cada etapa deve possuir funções distintas na persecução penal.

Nos termos que assentei em voto proferido na PET 7.612 (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 20.2.2020), a etapa pré-processual da investigação preliminar tem a finalidade essencial de verificar o eventual cometimento de um fato tipificado como crime e sua autoria, especialmente visando a orientar a necessidade ou não do início de um processo penal com o oferecimento da denúncia ou queixa.

Desse modo, além de atender a outras finalidades como produzir eventuais provas irrepetíveis, a **investigação preliminar insere-se claramente na lógica fundamental do processo penal**, sendo um **instrumento de limitação ao poder de acusar criminalmente**, um filtro que verifica a existência de justa causa para a abertura do juízo penal (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. RT, 2005. p. 75).

Contudo, considerando que a investigação preliminar tem uma função instrumental em relação ao processo (centralidade do juízo oral), há limitações cognitivas em sua amplitude e extensão. Afirma-se que “ *uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo* ” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Saraiva, 2014. p. 176).

Assim, existem limitações tanto em termos cognitivos quanto ao exercício do contraditório, por exemplo. Ou seja, elementos produzidos na

fase investigativa, como depoimentos de testemunhas, em regra, não serão realizados em conformidade com o necessário exame cruzado para exercício do contraditório por todas as partes.

Desse modo, os elementos produzidos no inquérito possuem uma finalidade importante, mas limitada à função desempenhada por tal fase na persecução penal de modo amplo. Por não terem sido produzidos em contraditório e na presença do juiz natural, os elementos do inquérito possuem menor confiabilidade probatória e, por tal motivo, devem ser repetidos na fase processual. Ou seja, em regra, os elementos produzidos no inquérito não podem ser considerados como provas aptas a embasar o juízo sobre a culpa do acusado.

Em uma perspectiva propositiva, na doutrina há estudos, inclusive baseados em dados empíricos, que questionam a repetibilidade das provas que dependem da memória humana, como testemunhais, que por serem assim consideradas são refeitas inúmeras vezes e mesmo anos após a data dos fatos (RAMOS, Vitor. *Prova Testemunhal*. RT, 2018. p. 110-112; CECONELO, AVILA, STEIN. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 1057-1073).

Sem dúvidas, a estruturação do processo penal deve-se orientar pelas premissas fáticas e científicas demonstradas, de modo que esse certamente é um ponto a ser pensado com cautela em futuras reformas para assegurar a efetividade na produção da prova com qualidade cognitiva e respeito aos direitos fundamentais.

De qualquer modo, no sistema atual, os elementos produzidos na fase de investigação, sem contraditório, devem ser valorados com restrições tendo em vista uma necessária postura de desconfiança a tais informações.

2. A importância do contraditório na produção da prova e a tendência de separação dos autos do inquérito e do processo

Portanto, reconhecida a fragilidade dos elementos produzidos no inquérito, deve-se adotar uma postura de desconfiança. Na doutrina, afirma-se, inclusive, que somente podem ser considerados como provas em termos estritos os elementos produzidos em contraditório.

Na visão de Paolo Ferrua, o sistema acusatório impõe que “ as declarações de testemunhas e coimputados tenham valor de prova no processo somente quando produzidas com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex., a irrepetibilidade superveniente), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no juízo, nem contestar a prova que tenha sido produzida durante o depoimento oral ” (FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*. 3. ed. Zanichelli, 2012. p. 2, tradução livre).

Sobre essa questão, o CPP atual adota uma postura de restrição relativa à valoração de elementos produzidos no inquérito. Nos termos do art. 155, “ 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 ”. Há uma vedação a que se fundamente a sentença somente em elementos produzidos no inquérito, mas se aceita a sua valoração juntamente com provas oriundas da fase processual.

Em termos prospectivos, vale aqui citar a reforma empreendida pela Lei 13.964/19 (denominada Lei Anticrime) que alterou substancialmente a lógica do processo penal brasileiro ao introduzir a figura do **juiz de garantias** .

Trata-se de sistemática comum em diversos ordenamentos estrangeiros, por exemplo presente em vários códigos recentemente reformados na América Latina. Seu objetivo central é fortalecer a imparcialidade do julgador que irá decidir sobre o mérito do caso penal, ou seja, sobre a culpa ou inocência do réu (MAYA, André M. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, 2018, p. 71-88).

O juiz de garantias não é um juiz instrutor, que investiga, tampouco um juiz unilateral, que somente protegerá os interesses da defesa. Muito pelo contrário. O juiz de garantias é um instituto que assegurará a efetividade da investigação e a proteção adequada aos direitos fundamentais.

Constatou-se cientificamente, inclusive a partir de evidências empíricas, que o juiz responsável por supervisionar o inquérito policial finda por ter a sua imparcialidade fragilizada em razão da cognição realizada em tal momento para decidir sobre medidas invasivas, como a decretação de uma

prisão preventiva ou a autorização de uma interceptação telefônica. (GLOECKNER, Ricardo J. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 117, 2015, p. 263-286; SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, n. 11, 2012, p. 30-50).

Tais atos pressupõem a verificação de elementos suficientes, como o *fumus comissi delict*, que inserem o juiz na análise do mérito do processo, mas isso se dá a partir de informações produzidas sem a devida conformidade ao contraditório e ao exame cruzado.

A partir do momento em que o juiz formou a sua convicção sobre a culpa do acusado, tendo como base elementos produzidos unilateralmente pela polícia ou pela acusação, reveter tal cenário é uma tarefa extremamente difícil ou inviável. Trata-se do “primado das hipóteses sobre os fatos”, em que se decide segundo informações frágeis para depois se buscar seletivamente provas confirmatórias de tal cenário (COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Renovar, 2001. p. 25).

Tal fenômeno é bem explicado pela doutrina a partir de teorias da psicologia, como a dissonância cognitiva e seus efeitos correlatos (ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019).

Diante de tais premissas, resta claro que a inserção da figura do juiz de garantias no processo penal brasileiro aporta fundamentais aprimoramentos ao sistema, especialmente com a previsão de **separação física dos autos do inquérito**, nos termos do art. 3º-C, § 3º:

“Os autos que compõem as matérias de competência do juiz de garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.

Percebe-se, portanto, uma clara e positiva tendência a afastar o juiz que julgará o mérito dos elementos produzidos no inquérito, visto que em regra se trata de informações frágeis, produzidas unilateralmente, sem o devido contraditório.

Entretanto, sem dúvidas, no sistema atual, se ou enquanto os dispositivos da Lei 13.964/19 não entrarem em vigor, resta inegável que os autos do inquérito policial permanecem agregados aos autos do processo, de modo que podem ser utilizados na justificação da decisão judicial.

Contudo, nos termos do **art. 155 do CPP**, a decisão judicial não pode se fundamentar exclusivamente em elementos produzidos no inquérito, o que se justifica nos fundamentos já expostos neste voto. Ainda que normalmente o dispositivo seja aplicado à decisão condenatória, penso que **também deve ser respeitado em relação à pronúncia no Júri**.

Isso porque interpretação distinta esvaziaria por completo a função da primeira fase do procedimento do Júri, em que, diante do juízo togado e com respeito ao contraditório, deve-se produzir a prova para fundamentar a decisão interlocutória de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

Portanto, **em respeito ao contraditório e à presunção de inocência, a decisão de pronúncia não pode se embasar exclusivamente em elementos produzidos na fase de investigação preliminar**, aplicando-se os limites previstos no art. 155 do CPP.

3. Do *standard* probatório para a decisão de pronúncia e a incongruência do *in dubio pro societate*

Como já afirmei anteriormente, penso que há uma lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia. Diante, disso, afirma-se na doutrina que:

“Ao se delimitar a análise da legitimidade do *in dubio pro societate* no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do *in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória”. (NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. *Dissertação de Mestrado*, Universidade de São Paulo, 2012. p. 215)

Nesse sentido, em crítica à aceitação de um *in dubio pro societate*, afirma-se que “ *não se pode admitir que juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário* ” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. Saraiva, 2018. p. 799).

Assim, ressalta-se que “ *com a adoção do in dubio pro societate, o Judiciário se distancia de seu papel de órgão contramajoritário, no contexto democrático e constitucional, perdendo a posição de guardião último dos direitos fundamentais*” (DIAS, Paulo T. F. **A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate**. EMais, 2018. p. 202).

A questão aqui em debate, em realidade, deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, que acarreta critérios racionais para valoração da prova e standards probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos. (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Lumen Juris, 2019. p. 411-429)

Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma *certeza além da dúvida razoável*, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, **requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias**.

Conforme o art. 414 do CPP, “ não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado ”. Nos termos assentados pela doutrina:

“Não se exige, pois, que haja certeza de autoria. Bastará a existência de elementos de convicção que permitam ao juiz concluir, com bom grau de probabilidade, que foi o acusado o autor do delito. Isso não se confunde, obviamente, com o *in dubio pro societate*. Não se trata de uma regra de solução para o caso de dúvida, mas sim de estabelecer requisitos que, do ponto de vista do convencimento judicial, não se identificam com a certeza, mas com a probabilidade. Quando a lei exige para uma medida qualquer que existam ‘indícios de autoria’, não é preciso que haja certeza da autoria, mas é necessário que o juiz esteja convencido de que estes ‘indícios’ estão presentes. Se houver dúvida quanto à existência dos ‘indícios suficientes de autoria’, o juiz deve impronunciar o acusado, como consequência inafastável do *in dubio pro reo*”. (BADARÓ, Gustavo H. **Ônus da prova no processo penal**, RT, 2004. p. 390-391)

Na doutrina específica, afirma-se, inclusive, que o *standard* probatório para a pronúncia deve ser mais elevado do que a “preponderância de provas”:

“Vislumbrando-se o espaço existente entre os *standards* de preponderância da prova e o da prova além da dúvida razoável, *i. e.*, entre a mera probabilidade e a prova plena, respectivamente, vê-se que o critério de probabilidade proposta pelo *standard* da prova clara e convincente atende ao juízo pretendido com a decisão”. (NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. *Dissertação de Mestrado*, Universidade de São Paulo, 2012. p. 178)

Na doutrina, ressalta-se que “o *in dubio pro societate* deve ser afastado quando houver dúvida na fase de pronúncia, em razão da ausência de indícios suficientes de autoria e portanto respeitados os primados da aplicação de boa técnica jurídica, em respeito ao processo como elemento limitador do Estado” (SANTIAGO et. al. *Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate*. *Católica Law Review*, v. 3, n. 3, 2019, p. 57)

Portanto, se houver **uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o *in dubio pro reo***, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, cito relevante julgado desta Segunda Turma, que concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício no **ARE 1.067.392** (de minha relatoria, j. 26.3.2019), por maioria, para restabelecer a impronúncia do imputado. A ementa restou assim definida:

“Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia. 5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias. 7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do

Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator." (ARE 1067392, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26.3.2019, DJe 2.7.2020)

4. A função da decisão de pronúncia e a não violação à soberania dos veredictos

O procedimento do júri, conforme regulado pelo CPP brasileiro, adota sistema bifásico. Primeiramente, há uma etapa em que um juiz togado realiza a instrução, com produção de provas em contraditório, findando em uma decisão intermediária entre quatro possibilidades: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação (arts. 413-421, CPP). O acusado, então, somente será remetido para a segunda fase, em que efetivamente ocorrerá um juízo por jurados leigos, se houver a pronúncia.

Tal sistemática busca estabelecer **mecanismo de verificação dos fatos imputados criminalmente pela acusação** em que um julgador togado, técnico e com conhecimentos em Direito analisa a acusação e as provas produzidas para determinar se há base mínima para autorizar o juízo pelos jurados leigos.

Ou seja, reconhece-se que o julgamento leigo, ainda que represente uma abertura para o exercício democrático e a manifestação do povo na justiça criminal, ocasiona riscos em razão da falta de conhecimentos jurídicos e da ausência do dever de motivação do veredicto.

Diante disso, são estabelecidos mecanismos para reduzir tais riscos de arbitrariedades e, um deles, sem dúvidas, é a necessidade de uma análise prévia do caso por um juiz togado, que condiciona o envio do processo ao Tribunal do Júri.

Portanto, a **primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual**, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. Assim, "*como despacho saneador que é, a pronúncia deve desempenhar uma função garantidora, evitando que o acusado seja submetido a um julgamento injusto e garantindo ao Estado exercer o jus puniendi*". (AQUINO, Álvaro A. **A função garantidora da pronúncia**. Lumen Juris, 2004. p. 114)

Diante desse cenário, **pronunciar o imputado e enviar o caso aos jurados é autorizar uma condenação sem qualquer fundamentação legítima, visto que nada leva a crer que a produção das provas em Plenário será distinta do lastro obtido na primeira fase do procedimento.** E sabe-se que, no Plenário, os jurados irão decidir por íntima convicção, de modo que tal decisão sobre os fatos poderá sofrer um controle bastante reduzido ou praticamente inexistente em posterior sede recursal.

Portanto, **não se pode admitir que o juiz togado deixe de realizar a sua função institucional no procedimento do Júri, a qual impõe que a primeira fase se consolide com um filtro para evitar a submissão de casos temerários à decisão dos leigos.**

Por fim, tal sistemática **não acarreta qualquer violação ao princípio da soberania dos veredictos**, imposto constitucionalmente (art. 5º, XXXVIII, c, CF). Ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito, em que o poder punitivo deve ser limitado para que tenha legitimidade.

Ademais, importante destacar que a decisão de **impronúncia não impede o oferecimento de nova denúncia, se surgirem novas provas**. Nos termos do art. 414, parágrafo único, do CPP, “ *enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova* ”.

5. Dispositivo

Diante do exposto, **acompanho o Relator para conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do seu voto.**

É como voto.