PARECER

Ação Penal n.º **0004611-15.2015.8.26.0052**

Origem: **3ª Vara do Júri do Foro Central Criminal de São Paulo/SP**

Consulente: [redacted]

Advogados: **Theodoro Balducci de Oliveira e Clarissa de Faro Teixeira Höfling**

CRIMES DOLOSO CONTRA A VIDA - INÉPCIA DA DENÚNCIA - DEFICIENTE EXPOSIÇÃO DO FATO CRIMINOSO - AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS - INADMISSIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – "HEARSAY TESTIMONY" – TESTEMUNHA DE "OUVI DIZER" – IRRELEVANTE VALOR PROBATÓRIO – CONTRADIÇÕES E EXISTÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA DELITIVA – INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DUBIO PRO REO* – IMPOSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO DE QUALQUER JUÍZO CONDENATÓRIO SEM BASE PROBATÓRIA IDÔNEA – ABSOLVIÇÃO COMO MEDIDA DE JUSTIÇA.

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

1) A CONSULTA

Os ilustres advogados THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA e CLARISSA DE FARO TEIXEIRA HÖFLING solicitam-me a elaboração de parecer sobre a atual situação jurídica do Sr. [redacted], brasileiro, solteiro, serralheiro e professor voluntário de artes e capoeira em projetos sociais, portador da cédula de identidade n.º [redacted], inscrito no CPF/MF sob o n.º [redacted], que responde à ação penal n.º 0004611-15.2015.8.26.0052, em tramitação na 3ª Vara do Júri do Foro Central Criminal de São Paulo/SP.

2) RELATÓRIO E CONSULTA

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra [redacted] e outros dois cidadãos, imputando-lhes a suposta prática das condutas penais descritas no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, e §4º, todos do Código Penal Brasileiro.

Segundo a peça acusatória:

> "[redacted] *[a vítima], ainda criança, já trabalhava para traficantes num bairro próximo de sua casa.* [redacted] *endividou-se e o denunciado* [redacted]*, gerente de um outro ponto de tráfico, ofereceu-se para saldar a dívida em troca dos serviços do menino em seu ponto.*

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

[redacted] começou a trabalhar para o denunciado [redacted], mas contraiu novas dívidas. Além disso, vinha praticando furtos e roubos que prejudicavam a atividade de [redacted] que, em combinação com seus "funcionários", os denunciados [redacted] e [redacted] e os adolescentes [redacted] e [redacted], decidiram, para vingar-se, matar [redacted].

Para praticar o crime, atraíram [redacted] até o local e, com uma corda de nylon, o enforcaram, matando-o por asfixia, sem permitir-lhe qualquer defesa (exame necroscópico de fls. 99/101).

O crime foi praticado por motivo torpe, em vingança à conduta da vítima, que comprometeu a lucratividade da atividade criminosa a que se dedicavam os denunciados, bem como por asfixia e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que havia superioridade numérica contra uma vítima de menos de 12 anos de idade.

Diante do exposto, denuncio [redacted], [redacted] e [redacted] como incursos no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, combinado com o artigo 61, inciso II, letra h (criança), na forma do artigo 29, caput, todos do Código Penal".

A denúncia foi recebida em 02.03.2009 (fl. 325), aditada em 14.07.2009 (fls. 368-369 e 532) e a sentença de pronúncia foi proferida em 31.01.2013 (fls. 676-680).

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

Concluída a instrução criminal e apresentadas as alegações finais por meio de memoriais do Ministério Público (fls. 634-639) e da defesa de [redacted] (fls. 651-661), a sessão plenária foi designada para o dia 06.07.2016.

Diante deste quadro, a análise do caso compreenderá o exame dos seguintes quesitos formulados textualmente pelos consulentes:

a) *A denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de* [redacted] *atende aos requisitos formais exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal e possibilita o exercício da ampla defesa?*

b) *O acervo probatório dos autos permite concluir sobre a autoria do homicídio de* [redacted] *e se o acusado* [redacted] *concorreu de algum modo para tal crime?*

É o que passo a analisar e a responder.

3) DA INÉPCIA DA DENÚNCIA

> *"No art. 41, a lei adjetiva penal indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. É dizer: ela, denúncia, deve conter a exposição do fato normativamente descrito como criminoso, com suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa do acusado, incorporante da garantia processual do contraditório"* (Inq 2486/AC, Rel. Min. Carlos Britto, DJe n.º 237, de 17.12.2009).

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

Como se sabe, os requisitos essenciais da denúncia, peça inaugural da ação penal pública, estão descritos no art. 41 do Código de Processo Penal Brasileiro[1].

Dentre os atributos da denúncia, a exigência da descrição minuciosa dos fatos e de todas as suas circunstâncias é requisito absolutamente imprescindível a uma finalidade importantíssima: a imposição de limites à relação jurídico-processual entre Estado-acusador e cidadão-acusado, de modo a evitar a ocorrência de arbitrariedades no desempenho do *jus puniendi*, além, é claro, de possibilitar um real e efetivo exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ademais, é sempre importante lembrar que o acusado se defende dos FATOS que lhe são explicitamente imputados (*imputatio facti*) e não da descrição jurídica genérica e abstrata que a legislação penal faz de cada tipo de conduta teoricamente apta a gerar punição. Ou seja: sem a descrição objetiva e suficiente dos FATOS o réu de uma ação penal não terá qualquer segurança jurídica diante da acusação que lhe é feita pelo Estado e, o que é mais penoso, terá cerceado o seu direito de defesa, ficando vulnerável à possibilidade de sofrer condenação criminal por todo e qualquer acontecimento direta ou indiretamente relacionado ao tipo penal indicado na denúncia, o que é repudiado veementemente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas essas considerações básicas sobre os principais requisitos da peça acusatória, lançaremos um olhar atento sobre a denúncia formada contra [redacted], da qual extraímos o seguinte excerto:

[1] "Art. 41. 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".

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"[redacted] começou a trabalhar para o denunciado [redacted], mas contraiu novas dívidas. Além disso, vinha praticando furtos e roubos que prejudicavam a atividade de [redacted] que, em combinação com seus "funcionários", os denunciados [redacted] e [redacted] e os adolescentes [redacted] e [redacted], decidiram, para vingar-se, matar [redacted].

Para praticar o crime, atraíram [redacted] até o local e, com uma corda de nylon, o enforcaram, matando-o por asfixia, sem permitir-lhe qualquer defesa (exame necroscópico de fls. 99/101).

O crime foi praticado por motivo torpe, em vingança à conduta da vítima, que comprometeu a lucratividade da atividade criminosa a que se dedicavam os denunciados, bem como por asfixia e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que havia superioridade numérica contra uma vítima de menos de 12 anos de idade.

Diante do exposto, denuncio [redacted], [redacted] e [redacted] como incursos no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, combinado com o artigo 61, inciso II, letra h (criança), na forma do artigo 29, caput, todos do Código Penal".

Pois bem. Uma leitura rápida e superficial da peça acusatória permite de pronto extrair a sua característica mais marcante: o extraordinário e perturbador laconismo na descrição dos fatos tidos como criminosos que foram imputados a [redacted]. A narrativa fática contida na denúncia não apresenta uma única palavra sobre quais atos teriam sido efetivamente praticados por [redacted] e tampouco informa como ele teria contribuído, concorrido ou

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

participado da prática criminosa. Não há uma linha sequer sobre essa importantíssima exigência legal.

A denúncia afirma textualmente que os três denunciados, *"para praticar o crime, **atraíram** [redacted] até o local e, com uma corda de nylon, o **enforcaram**, matando-o por asfixia, sem permitir-lhe qualquer defesa"*. Ou seja, segundo a versão constante da peça acusatória, os três denunciados "atraíram" a vítima até o local do crime e os três acusados a "enforcaram" com uma "corda de nylon".

Contudo, impõem-se indagar: seria isso possível? A narrativa acusatória é minimamente detalhada de modo a permitir que se saiba qual conduta foi praticada por cada um dos denunciados? Como ocorreu o crime? Como os três réus teriam atraído a vítima até o local do crime? Os três acusados enforcaram o menor? Somente um dos agentes enforcou o menor e os demais apenas o contiveram para impedir uma fuga?

Nenhuma dessas perguntas encontra resposta na descrição delitiva apresentada na denúncia, de modo que a vagueza, a pobreza descritiva e a generalidade da peça inaugural configuram inépcia por impossibilitar o exercício do direito de defesa por parte do acusado. Isto porque, obviamente, é impossível defender-se de algo que não se sabe o que é [2].

Em um caso análogo ao ora sob exame, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a inépcia de denúncia

[2] É importante ressaltar que o ordenamento processual-penal contemporâneo ainda se vale da antiguíssima divisão sintética da Retórica cunhada por Marcus Fabius Quintilianus consubstanciada nas perguntas "*Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?*" (traduzidas como "Quem? O quê? Onde? Por quais meios? Por quê? Como? Quando?" e que correspondem ao denominado "sete W dourados" da criminalística alemã - *Wer? Was? Wos? Womit? Warum? Wie? Wann?*), utilizadas como parâmetro de quesitação fático-circunstancial, com cujas respostas se considera esgotado determinado assunto. Assim, as respostas a tais perguntas no âmbito processual-penal constituem ferramenta imprescindível à verificação da higidez da denúncia, sendo certo que será inepta a denúncia de cuja descrição fática não se puder responder a qualquer uma das perguntas "quintilianusianas".

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

desprovida da descrição minuciosa dos fatos, de todas as suas circunstâncias e dos atos efetivamente praticados pelos acusados, conforme se pode verificar pela leitura da ementa do HC 110.015/RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, *verbis*:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL.* ***DENÚNCIA. INÉPCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.*** *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE.* ***VÍCIOS NA PEÇA ACUSATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA, EX OFFICIO, PARA ANULAR PARCIALMENTE A DENÚNCIA, SEM PREJUÍZO DE QUE OUTRA SEJA OFERECIDA COM OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL.***
>
> *(...)*
>
> *4. O Código de Processo Penal, no artigo 41, prescreve que a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime (indicação de rol de testemunhas, se houver), exigências que encontram fundamento na necessidade de o representante do Ministério Público precisar os limites da imputação, possibilitando ao acusado, 'prima facie', o conhecimento da alegação de infringência à norma incriminadora e o exercício da ampla defesa.*
>
> *5. O artigo 41 do Código de Processo Penal é de necessária observância, posto que a inépcia da denúncia baseada em descrição do fato delituoso, viola as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, integrantes do núcleo essencial do 'due process of law'.*

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

*6. 'In casu', **a peça acusatória** - à exceção do crime de furto –* ***em relação ao <u>crime de homicídio</u>, não demonstra, sequer perfunctoriamente, a responsabilidade do denunciado e paciente, nem mesmo o nexo de causalidade entre a conduta deste e o crime supostamente cometido, nada dispondo quanto aos meios empregados ou de que maneira teria ele participado da suposta prática delituosa.***

6.1. É que se impunha a narrativa dos fatos e das condutas empreendidas, conquanto não fosse exigida, desde logo, que a peça acusatória trouxesse a lume a comprovação dos fatos imputados em toda a sua inteireza, pois o que se exige é a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, ainda que sucintamente, sob pena de, não o fazendo, vir a impossibilitar ou a dificultar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

7. A denúncia oferecida perante o Juízo do Tribunal do Júri da Comarca de São Gonçalo/RJ – Cartório da 4ª Vara Criminal – em relação ao crime de homicídio, contém a seguinte narrativa: "No dia 02 de Maio de 2002, no período noturno, no interior do bar 'Maracanãzinho', localizado no nº 252 da Av. Maricá, bairro jardim Alcântara, nesta comarca, terceira pessoa, com vontade livre e consciente de matar em comunhão de ações e desígnios com os denunciados, desfecho vários golpes de faca contra Luiz Carlos Pereira dos Santos, causando-lhe as lesões descritas na AEC de fls. 23/26, que por sua natureza, sede e extensão foram a causa eficiente da morte da vítima. Os denunciados [leia-se Francisco Assis Custódio e Marcos Paulo Lucas Guimarães], livre e conscientemente concorreram de modo

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

eficaz para o crime, determinando seu cometimento e estando encorajadamente presentes no momento de sua execução. (...)"

8. O voto proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), que, embora vencido, bem evidenciou a nulidade da denúncia oferecida perante o Juízo de Primeira Instância, merecendo, inclusive, a censura do Ministério Público nesta sede, in verbis: "(...) É da letra do art. 41 do Cód. de Pr. Penal que 'a denúncia (…) conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias...' ***Isso exige que se diga, a par de quem morreu, quem matou, onde, quando e como se fez, se sozinho ou com o auxílio de outrem, e de que forma foi prestado esse auxílio, qual a contribuição desse concurso no objetivo criminoso. Portanto, para atender às prescrições legais, deve conter os sujeitos ativos (quis), os meios empregados para atingir o resultado criminoso (quibus auxiliis), o resultado (quid), o lugar do delito (ubi), o modo pelo qual foi praticado o crime (quomodo) e o tempo do fato (quando). Ora, o que efetivamente se sabe a respeito do paciente é que estava presente no momento da ação delituosa, e nada mais. (…) A exordial acusatória é desprovida do quibus auxiliis e quomodo, pelo que contraria tanto a determinação processual, quanto à garantia da defesa ampla e contraditório"****.*

9. Habeas corpus extinto sem julgamento do mérito, posto ser substitutivo de recurso ordinário constitucional, e ***concessão, de ofício, da ordem, porque evidenciada a inépcia da peça acusatória em relação ao crime de homicídio, sem prejuízo de que outra seja elaborada em relação ao réu, com o cumprimento***

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

dos ditames processuais penais legais" (HC 110.015/RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJe n.º 066, de 11.04.2013).

Não se desconhece que há precedentes dos Tribunais Superiores abrandando a exigência de descrição pormenorizada da conduta de cada um dos coautores e partícipes de crimes praticados em concurso de agentes. Todavia, esses mesmos julgados permissivos impõem de forma peremptória que a denúncia (a) exponha o modo como os coautores e partícipes podem ter concorrido para o crime (o que, como já vimos, não consta da presente denúncia) **e** (b) seja instruída por prova suficiente da concorrência de todos, o que também não se verifica no caso sob estudo, conforme demonstraremos a seguir.

4) *HEARSAY TESTIMONY*: A TESTEMUNHA DO "OUVI DIZER" E SUA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA O CASO EM ANÁLISE

> *"Quando as provas de um fato se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios do crime não se mantêm senão apoiados uns nos outros, quando a força de inúmeras provas depende de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai na probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, se destruís a única prova que parece certa, derrocareis todas as demais"* [3].

Além do laudo de exame necroscópico de fls. 99/101 (que serve apenas para demonstrar que a morte de [redacted] foi causada por asfixia), a prova

[3] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.27-28.

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

testemunhal foi a única espécie probatória utilizada pela acusação para "comprovar" a prática do delito imputado a [redacted].

Nesse ponto, chama atenção o fato de que NENHUMA das testemunhas arroladas presenciou o cometimento do delito. Sem qualquer dissonância, TODAS as testemunhas afirmaram que apenas ouviram "boatos", "comentários no bairro" ou "alguém dizer" que determinadas pessoas teriam cometido o crime. É o que se extrai inequivocamente dos termos de declarações de fls. 155-156 (prima da vítima), 157-158 (tia da vítima), 159-160 (irmão da vítima), 161-162 (irmão da vítima), 163-164 (irmã da vítima), 165-166 (testemunha protegida "A"), 169-170 (testemunha protegida "B"), 172-173 (testemunha protegida "C"), 254-255 (testemunha protegida "A"), 281-283 ([redacted]), 294-296 ([redacted]), 354-357 ([redacted]), 358-362 ([redacted]), 363-367 ([redacted]), 391-393 (testemunha protegida "B"), 395-397 (testemunha protegida "C") e 399-403 (testemunha protegida "A").

A fragilidade probatória de tais depoimentos é exposta de forma eloquente nas declarações prestadas pela "Testemunha protegida 'C'", que disse ter sabido da autoria do crime através de comentários feitos remotamente pela "prima de uma amiga" (fls. 395-397), e mais claramente nas declarações da "Testemunha protegida 'A'" que, em juízo, inovou ao declarar que "ouviu comentários" de uma pessoa chamada [redacted] no sentido de que [redacted] teria participado do crime (fls. 399-403).

Ouvida em juízo para ratificar ou não as informações prestadas pela "Testemunha protegida 'A'", [redacted] afirmou que "não presenciou o homicídio", "não sabe como [redacted] morreu e nem quem o matou" (fls. 545-551). Noutras palavras: o depoimento de [redacted]

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

[redacted] tornou completamente imprestáveis as declarações da "Testemunha protegida 'A'".

Todos esses elementos demonstram contradição entre as testemunhas e elevado grau de incerteza quanto às versões apresentadas, o que desaconselha a utilização de tais testemunhos como prova para fins de condenação.

Ora, TODAS as testemunhas arroladas no caso sobre o qual este Parecer se debruça podem ser classificadas como ***HEARSAY TESTIMONY***, ou seja, a testemunha indireta, do "ouvi dizer", pessoa que "não viu ou presenciou o fato e tampouco teve contato direto com o que estava ocorrendo, senão que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato"[4]. Evidentemente, o valor probante de tais declarações há de ser severamente mitigado.

Ressalve-se que o ordenamento jurídico processual-penal brasileiro não obsta o depoimento da "testemunha de ouvi dizer". Contudo, ante a baixíssima credibilidade decorrente do distanciamento que a testemunha tem dos fatos, as declarações prestadas pela testemunha indireta devem ser desprezadas para fins de condenação quando estiverem desacompanhadas de provas irrefutáveis da autoria e materialidade delitivas.

No plano doutrinário, são relevantes as reflexões de Aury Lopes Jr[5] sobre o tema:

> ***"É ainda bastante manipulável* [a 'hearsay testimony'] *e pode representar uma violação do contraditório, eis que quando submetida ao exame cruzado ('cross examination') na audiência,***

[4] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 485.
[5] _____. **Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2. Acesso em 05/06/2016.

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

não permite a plena confrontação, afinal, sobre o fato, ela nada sabe, apenas se limita a repetir o que ouviu e, eventualmente, fazer juízos de valor sobre isso (o que é vedado pela objetividade). Há ainda o imenso risco de existir uma verbalização ampliada, até para valorização do papel assumido.

Ademais, a testemunha de 'ouvi dizer' nada presenciou e, portanto, não corresponde aos requisitos de objetividade e retrospectividade, na medida em que não teve a 'experiência probatória', não conheceu diretamente do fato objeto da discussão na dimensão de caso penal. A título de curiosidade, no sistema inglês existem três provas ***passíveis de exclusão*** *(exclusionary rules) e proibição valoratória:*

a) 'hearsay': testemunha de 'ouvi dizer';

b) 'Bad character': prova sobre o mau caráter. Importante para evitar o direito penal do autor (eis outra proibição de prova que poderíamos adotar, especialmente no tribunal do júri);

c) Prova ilegal: concepção tradicional de proibição de valoração probatória da prova ilícita".

Jurisprudencialmente, está sedimentado o mesmíssimo entendimento aqui sustentado, no sentido de se desconsiderar o valor da prova oriunda da testemunha de "ouvir dizer", merecendo destaque os seguintes julgados de diversos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

*"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DECISÃO DE PRONÚNCIA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA - **TESTEMUNHOS POR OUVIR DIZER - DESPRONÚNCIA - RECURSO PROVIDO**.*

*(...) Ora, apesar de não exigir a sentença de pronúncia juízo de certeza no que concerne à autoria criminosa, já que eventuais dúvidas existentes resolvem-se 'pro societate', não subsistem como elementos de motivação àquela decisão meros elementos de suposição ou simples conjecturas desprovidas de credibilidade, que é justamente o caso dos autos, onde não se vê desde logo relatos consistentes quanto à autoria delitiva imputada ao recorrente, já que nenhuma das testemunhas conseguiu trazer aos autos qualquer dado idôneo acerca de como teria se dado a participação delitiva do recorrente, trazendo, é bem verdade, a prova testemunhal dados probatórios apenas "**por ouvir dizer**" e ainda contraditórios, já que cada qual diz ter ficado sabendo dos fatos pela outra, não se sabendo, portanto, qual é a fonte de cada uma, certo, outrossim, de haver indícios de participação de um terceiro indivíduo, o tal de Milão, tal como se infere do relato da genitora da vítima, revelando-se em tal ponto inteiramente frágil a prova vocal, não autorizando destarte a prolação de decisão de pronúncia"* (Recurso em Sentido Estrito nº 990092261185, Oitava Câmara de Direito Criminal, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Rel. Des. Fábio Aguiar Munhoz Soares, Acórdão publicado em 26.05.2010).

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ***INDÍCIOS DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA. TESTEMUNHOS DE OUVIR DIZER.***

1. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia exige-se o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. Assim é porque se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito. O artigo 413 do CPP, porém, exige a suficiência dos indícios, a indicar que, quando insuficientes, impõe-se a decisão de impronúncia.

2. No caso, ***ainda que haja menções aos nomes dos réus, todas partem de testemunhos de "ouvir dizer", não tendo quaisquer das testemunhas confirmado que, no momento dos fatos, efetivamente visualizou os réus atentarem contra a vida da vítima****. Inexistência de indícios de sua participação no crime, dentre os elementos probatórios produzidos na fase judicial.* ***Ausência de testemunhas presenciais a afirmar a participação dos acusados. Inadmissibilidade do testemunho de "ouvir dizer", denominado 'hearsay testimony'. Viabilidade da acusação não demonstrada. Impronúncia que se impõe****. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO, UNÂNIME"* (Recurso em Sentido Estrito nº 70065756827, Terceira Câmara Criminal, **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Rel. Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, Acórdão publicado em 26.01.2016).

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JURI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PROVAS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ***CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.***

I - Em se tratando de crime afeto a competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio 'in dubio pro societate'.

II - Não obstante esse entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores, ***cabe à primeira fase do procedimento relativo aos crimes da competência do Tribunal do Júri denominada 'iudicium accusationis', afastar da apreciação do Conselho de Sentença acusações manifestamente infundadas, destituídas, portanto, de qualquer lastro probatório mínimo****.*

III- Na espécie, ***consta em desfavor do recorrido tão somente referências a testemunhos, que, com supedâneo no "ouvi dizer", lhe atribuem a prática do crime, na medida em que teria fornecido a arma do crime ao executor. Tais elementos revelam-se precários, e dessa forma, não autorizam a sua submissão ao 'iudicium causae'.***

IV – Este o quadro, tem-se que a manifesta ausência de indícios impõe a manutenção da decisão tomada em segundo grau que despronunciou o recorrido.

Recurso especial desprovido" (Recurso Especial nº 933.436/SP, **Superior Tribunal de Justiça**, Rel Min. Félix Fischer, Acórdão publicado em 13.10.2009).

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

Assim, conforme sobejamente demonstrado, a deturpada, duvidosa e limitadíssima cognição fática inerente às chamadas testemunhas de "ouvi dizer" mitigam fortemente o seu peso probatório, de modo que é inadmissível impor uma condenação a [redacted] com base em provas tão pálidas e fragilíssimas.

Não obstante, *ad argumentandum tantum*, caso seja atribuído algum valor probatório às testemunhas de "ouvi dizer", ainda assim não será possível de todo modo condenar [redacted] pela suposta prática do homicídio de [redacted], haja vista a incidência no caso dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, conforme veremos a seguir.

5) DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DUBIO PRO REO*

> *"As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (...) Em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado"* [6].

O princípio da presunção de inocência (segundo o qual um acusado somente poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 34-35.

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

condenação) traduz-se essencialmente como duas regras fundamentais: ora ele atua como **regra de tratamento** do acusado, ora como **regra probatória ou de juízo**.

Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência impõe ao Poder Público o dever de tratar o suspeito, o indiciado, o denunciado e o acusado com respeito e dignidade, jamais podendo equipará-lo a um condenado por sentença transitada em julgado.

Já quando atua como regra de juízo, disciplinando a atividade probatória, o princípio da presunção de inocência tem por objetivo proteger o acusado contra juízos baseados em mera probabilidade. Aqui o que se visa é assegurar que só é admissível a condenação baseada em absoluta certeza advinda de provas cabais que necessariamente devem ser produzidas pela acusação. Vale dizer, não se impõe ao acusado a prova de sua inocência. Cabe sim ao Ministério Público o ônus de provar a culpa do acusado.

De tudo isso decorre uma regra comezinha do processo penal: quando não há certeza sobre os fatos em discussão na ação penal, é preferível absolver-se um culpado a condenar-se um inocente, devendo a dúvida sempre militar em favor do réu.

Em outras palavras: eis o brocardo *in dubio pro reo* como princípio consequencial da presunção de inocência, imperiosa regra de apreciação e valoração de provas em juízo a ser aplicada caso exista dúvida sobre fato relevante para a decisão.

Voltemos à situação concreta dos autos. Ao compulsar os autos da ação penal ora sob exame, verifica-se, de um lado, a existência de provas vacilantes sobre a suposta participação de [redacted] no homicídio (lastreadas nos inconsistentes depoimentos de testemunhas não presenciais, de

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"ouvi dizer", conforme demonstrado à exaustão anteriormente), e, de outro, várias declarações no sentido de que [redacted] **não teve qualquer participação no crime** e tampouco era envolvido com o tráfico de drogas da localidade onde ocorreu o homicídio, merecendo destaque os seguintes excertos:

> - Declarações prestadas por [redacted]:
>
> *"(...) **Não ouviu nenhum comentário de que** [redacted], [redacted] **e** [redacted] **teriam envolvimento no crime**"* (fl. 295).
>
> - Declarações prestadas por [redacted]:
>
> *"(...) **Não ouviu dizer do envolvimento de** [redacted] **no crime**"* (fl. 364).
>
> - Declarações prestadas por [redacted]:
>
> *"(...) **J: Há quanto tempo a senhora o conhece?***
>
> ***D: Eu conheço ele [**[redacted]**] há oito anos, que é a época que eu morava na rua. (...)***
>
> ***J: Ele estava envolvido na prática de crimes ou tráfico de drogas?***
>
> ***D: Não, senhora***" (fl. 547).

Assim, tendo em vista a inexistência de prova inequívoca da participação de [redacted] **na ação criminosa (o que enseja razoável dúvida sobre o cometimento do delito), a absolvição é a medida de justiça que se impõe.**

Em conclusão e como síntese de todos os argumentos sustentados neste item, valho-me da transcrição do esclarecedor entendimento exposto no acórdão do HC n.º 73.338/RJ, Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Min. Celso de Mello (Acórdão publicado no DJ de 19.12.1996), cuja ementa possui o seguinte teor:

> *"Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre*

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o 'non liquet'".

6) CONCLUSÕES E RESPOSTAS AOS QUESITOS DA CONSULTA

Em face de todo o exposto, passo a responder aos quesitos formulados:

a) A denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de [redacted] atende aos requisitos formais exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal e possibilita o exercício da ampla defesa?

R: <u>Não</u>. A denúncia, impregnada de vagueza e imprecisão, não apresenta uma única palavra sobre quais atos teriam sido efetivamente praticados por [redacted] e tampouco informa como ele teria contribuído, concorrido ou participado da empreitada supostamente criminosa, o que impossibilita o exercício da ampla defesa por parte do acusado, pois é impossível se defender de algo que não se sabe precisamente o que é.

A peça acusatória não descreveu os fatos com todas as suas circunstâncias e utilizou-se de verbos como "atraíram" e

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"mataram", que evidenciam indeterminação e generalidade quanto às condutas praticadas e configuram um reprovável subterfúgio acusatório para se desincumbir do ônus probatório que recai exclusivamente sobre o Ministério Público na condição de titular da ação penal pública.

Portanto, a denúncia é inequivocamente **inepta**.

Maiores detalhes foram apresentados no **item 3** do presente Parecer.

b) O acervo probatório dos autos permite concluir precisamente sobre a autoria do homicídio de [redacted] e se o acusado [redacted] concorreu de algum modo para tal crime?

R: Não. O acervo probatório coligido nos autos é lastreado exclusivamente na denominada "Hearsay Testimony", ou seja, na testemunha do "ouvi dizer", indireta, de desprezível valor probante, sendo certo que tal espécie de testemunha, por não ter sido um "espectador do crime", desconhece a realidade do fato e de suas circunstâncias adjacentes.

A testemunha "remota", do "ouvi dizer", é absolutamente vulnerável à indução, deturpação e contaminação, pois ela é uma mera reprodutora de discurso alheio eventualmente existente.

Ademais, as declarações prestadas pelas testemunhas são confusas, contraditórias e pouco elucidativas. Se por um lado algumas testemunhas disseram que "ouviram boatos" e

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

"comentários no bairro" sobre a eventual participação do consulente no homicídio, por outro há depoimentos que asseveram que [redacted] não teve qualquer participação no crime a ele imputado.

Assim, a ausência de prova inequívoca quanto à autoria e à participação no homicídio impõe que a dúvida seja interpretada em favor do acusado ante a incidência do princípio do *in dubio pro reo*.

Tendo em vista, pois, (a) a ausência de base probatória minimamente plausível, (b) as titubeantes testemunhas de "ouvi dizer" e (c) a existência de dúvida razoável sobre a autoria delitiva, a formulação de qualquer juízo condenatório desfavorável a [redacted] configurará ato de repugnante injustiça.

Maiores esclarecimentos foram apresentados nos **itens 4 e 5** do presente Parecer.

Este é o nosso entendimento, s.m.j.

Brasília, 20 de junho de 2016.

JOAQUIM BARBOSA
OAB/DF 3.344

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975

7) BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Cruz, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2. Acesso em 05/06/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

www.joaquimbarbosa.adv.br
contato@jbbg.com.br
+55 11 3051-3975