

autoridade), a matéria ainda não foi apreciada, em controle abstrato, no tocante à sua constitucionalidade e, de nossa parte, cremos inconstitucional a vedação do artigo.

Digressões e justificações à parte...

Por certo que a denúncia justa, cujo motivo ou forma de execução do delito somente se aclara na instrução – sendo posteriormente aditada –, também desdobra-se de uma linha básica. Mas, se o promotor, quando dos debates, é provocado pela defesa em questão como a citada, eticamente melhor explicável e tecnicamente de justificação mais aceitável a justificativa de que “o motivo do crime somente surgiu na instrução” ou “o delito era ainda mais grave do que se imaginava de início”...

Nesse caso sim, pensamos, o mais torna-se o justo.

Então, se um é o promotor denunciante (que adota a técnica de denunciar “pelo mais”) – excesso este afastado pela pronúncia – e outro é o acusador no Júri, o advogado lembrar-se-á, seguramente, da “unidade e indivisibilidade” do Ministério Público, e o “paradoxo” dos diversos entendimentos ministeriais para o fato único.

5. Circunstâncias periféricas e penalmente indiferentes

Deitar-se o verbo no papel, quando da denúncia, com circunstâncias penalmente indiferentes – ou faticamente irrelevantes – para a eclosão do crime, é, como se disse, abrir um vulnerável ponto à defesa.

Se o homicida e a vítima passearam antes do crime em determinada via pública, exatamente em dado horário, e conversaram antes com uma identificada pessoa, e tais circunstâncias não dizem, diretamente, respeito ao fato... jamais estes informes poderiam interessar à técnica da boa denúncia.

No caso de detalhes insignificantes para o evento criminoso, caso se confundam ou não se confirmem no curso da instrução, eles somente alicerçarão o réu na invocação e cantilena de suas “dúvidas”, para possibilitar a declaração do non liquet...

Nesse sentido, o mesmo Lyra:

“Não seria mesmo conveniente perder-se em minúcias, de cuja justeza não se acha capacitado, antes de contrastados pela instrução contraditória. A servil, automática ou leviana reprodução de circunstâncias penalmente indiferentes e, de qualquer forma, propiciadoras de desmoralização que vem a afetar a integridade da acusação, é sempre pretexto para diluí-la, ou desviá-la, desorientando e perturbando o julgador, abrindo perigosos caminhos para a dúvida. Tais exageros ajudam a defesa. Na exposição circunstanciada do fato, o promotor público deve, pois, caracterizar o crime, nos seus elementos vitais”¹⁸⁵.

6. O motivo do crime na denúncia

O homicídio representa-se como uma injusta sentença de morte criada e prolatada por um homem contra outro. Nas sentenças judiciais, é requisito obrigatório a indicação “dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (art. 381, III, do CPP). Portanto, assim como a motivação é anima et quasi nervus sententiae, o motivo do crime é muitas vezes também anima et quasi nervus da “sentença de morte”, tal como o legislador adequou-o em previsão típica.

Das searas do factum internum – discute-se na doutrina específica se pertencente ao elemento anímico, subjetivo ou afetivo – causal da ação homicida, tanto a recomendar uma maior reprovabilidade

ao delito (art. 121, § 2º, do CP), como a ensejar uma especial circunstância minorativa da pena (art. 121, § 1º), nenhum fator oferece maior problema ao processo do Júri do que a motivação criminosa.

Na hipótese de homicidium qualificatum, as qualificadoras de ordem subjetiva são previstas em maior número (art. 121, § 2º, I, II e V, do CP), enquanto no homicidium exceptum ou privilegiatum, as circunstâncias subjetivas funcionam como a própria razão da existência do tipo penal derivado (art. 121, § 1º, do CP).

Mas ainda, no tipo básico ou fundamental do crimen homicidii, no denominado homicidium simplex (art. 121, caput, do CP), funciona o motivo do delito a acentuar a maior ou menor temibilidade do agente, notando-se ainda, se conjugado com as excludentes de ilicitude – notadamente a legítima defesa –, se havia ou não razão plausível para a ação dada como injusta.

Demonstra, outrossim, a personalidade do réu, necessária à dosificação apenatória (art. 59 do CP).

Os motivos determinantes do ilícito constituem, na lição de Hungria:

“... no direito penal moderno, a pedra de toque do crime. É através do ‘porquê’ do crime, principalmente, que se pode rastrear a personalidade do criminoso e identificar a sua maior ou menor antisocialidade”¹⁸⁶.

Não é forçoso dizer que, mais importante que a análise da própria prova do delito e que a própria ação dada por criminosa, o motivo é, de regra, o fator causal verdadeiramente preponderante, como “decisório” da maioria dos vereditos que, no Júri, são efetuados contra legem (e.g., o caso de absolvição, por “legítima defesa da honra”, do matador da esposa infiel).

O precursor no Brasil – como em tantas outras matérias da criminologia e do direito penal – do estudo da “psicologia dos motivos” parece ter sido Tobias Barreto¹⁸⁷. Quem mais dele se ocupou, no entanto, foi Pedro Vergara, sob a influência dos positivistas italianos (principalmente Florian), assim se expressando, em sua já clássica lição, quanto ao tema:

“O âmago, o cerne, a infraestrutura de todo o crime é o seu motivo. Tudo na alma é causal, derivado e originário, a uma só vez, efeito e causa, simultaneamente. Tudo aí é influência e correlação. A vitória de um motivo é capital para o desfecho do ato voluntário. A intenção e a vontade, por sua vez, não excluem a poderosa ação do sentimento, na gênese do crime, e todo estado de consciência tem sempre uma tendência a exprimir-se por um movimento, por um ato”¹⁸⁸.

Depois, continua o pranteado autor:

“O povo, aliás, tem uma noção, por assim dizer, inconsciente da importância básica dos motivos. Isso, nós verificamos quando se pratica um crime de certo vulto, que possa provocar o interesse e a atenção do grande número de pessoas. Há, nessas ocasiões, uma pergunta em todas as bocas:

‘Por que foi que ele fez isso?... Que motivo teve F. para praticar o crime?’”¹⁸⁹.

Transportando ao campo da prática, idêntico alerta vamos encontrar em Cordeiro Guerra, cuja competência no Júri, como promotor, fez escola, roborando com sua autoridade a lição de Vergara:

“O jurado brasileiro dá uma particular atenção ao motivo, porque nós, brasileiros, por temperamento e, vou explicar mais tarde, pela história, temos uma grande indulgência com o crime.

Por exemplo, quando, na Inglaterra, se diz que alguém, John, matou Smith, a reação natural de um inglês é dizer: ‘Como? What? Matou?’.

Porque não entra na cabeça de um inglês que a morte seja a solução para as dificuldades humanas, pelo menos no campo individual; então, a reação é de espanto.

Quando, no Brasil, a gente diz que um amigo nosso atirou num outro e matou, a reação imediata é:

'Por quê?'. Nós temos, no subconsciente, uma tendência natural a acreditar que, em determinadas circunstâncias, a violência pode ser a solução para as dificuldades humanas. Em vez de ter uma reação de espanto, nós temos logo uma curiosidade que se traduz numa pergunta, para ver se naquelas circunstâncias nós também não seríamos capazes de matar. Então, indagamos: 'Por quê?'. Este 'por quê' já é um princípio de absolvição"¹⁹⁰.

Sem dúvida que, tão grande como a dificuldade de provar o crime em si, muitas vezes a motivação do mesmo – ainda que não se revista de circunstância qualificadora ou privilegiadora do homicídio –, centrada no referido "por quê", passa a ser quase um nó górdio dos debates, em cujo desate medra o sucesso ou a derrota da ação.

Nos grandes centros, onde o homicídio faz parte da paisagem do cotidiano, conquanto a polícia logre até a elucidação da autoria criminoso, acaba, sem embargo, não encontrando prova testemunhal, ou sequer pessoas que conheçam os envolvidos. Daí, evidente a impossibilidade em levantar-se o móvel do delito, quando não confessado, verdadeiramente, pelo autor.

Nesses casos, infalivelmente, já no Júri, aparece com frequência um quadro, onde a defesa, com giz e paciência, sobrepõe infinitas interrogações, simbolizadoras e sintetizadoras da dúvida e da curiosidade que espia a alma do julgador. É quase uma campanha de marketing, para a venda da cabalística ideia do *in dubio pro reo*: "por que o crime?!".

O defensor, já suggestionando o jurado, acenando-lhe com uma investigação "malfeita", procura o descrédito das provas contra o acusado. "Por que o crime?" ... É o eco da provocação da pergunta no espírito investigador e desconfiado do jurado... e, muitas vezes, nem mesmo o promotor o sabe. Qual o motivo do crime? Quantas vezes, não terminamos um Júri sem sabê-lo... Quantas vezes não permanecem na ignorância os familiares da vítima e do próprio réu, muito embora seja inegável a autoria?!

6.1. Qual o motivo do crime?

Para Glover, "o crime representa uma das parcelas do preço pago pela domesticação de um animal selvagem por natureza; ou, numa formulação mais atenuada, é uma das consequências de uma domesticação sem êxito"¹⁹¹.

Lombroso, após o seu *L'uomo delinquente*, em que via a causação do crime nos fatores naturais, morfológicos, em seu último trabalho *Crime: its Causes and Remedies*, já acentuava: "Todo o crime tem na sua origem uma multiplicidade de causas...".

Por isso, não conseguimos ir mais além da generalidade e muitas vezes do amálgama ou simbiose das razões delinquentiais, porque, como já afirmamos alhures, o homem, quando comete um crime – ou quando acusa, defende ou julga –, age ou reage, não é um quadro fotográfico congelado e hirto, um instantâneo imóvel, um grão de areia isolado do deserto, um floco de neve alheio à tempestade, como labareda imune ao fogo da vida em que se comburiu. Não. O homem, esse animal biomesológico, natural-cultural, amálgama de tudo, de todos e de si mesmo, quando age ou reage – e mesmo quando acusa, defende ou julga – recruta nesse momento todo o seu passado, a sua particular história, não só toda a sua carga genética, sua natureza, mas também seus antecedentes psíquicos, sociais e culturais. E isso é altamente complexo, quase como se nele, no ato próprio homicida, se manifestasse o próprio universo.

Destarte, a questão da motivação criminoso não cabe nos moldes de ciência alguma em específico, foge de qualquer doutrina identificável e, conquanto busquemos elucidá-la, cabe-nos a convicção de que

estamos muito aquém da sua descoberta. Ainda é mistério, um reino encantado em que se batem os mouros da ciência e da filosofia a tentarem clareá-lo¹⁹².

Confira-se, tão somente para reflexão, esta bela página de Tobias Barreto:

"A filosofia tradicional afirmava que tudo provém de causas. Schopenhauer distingue causas, atrações e motivos. O monismo redargui: tudo é causa e motivo ao mesmo tempo. Como causa aparece; como motivo, existe nos seres mesmos. Daí resulta que não há em parte alguma do universo puro mecanismo; qualquer movimento é determinado simultaneamente por causa e motivo.

Estas ideias, que muitos acharão de acre sabor metafísico, isto é, um pouco acima da compreensão humana, por estarem além dos limites da própria compreensão, vão de encontro ao determinismo. A lei da motivação não exclui a liberdade, pois que não é uma lei de causalidade mecânica...

O monismo filosófico é conciliável com a teleologia, não tem horror às causas finais, cujo conceito não é sempre, como querem os materialistas sistemáticos, um meio cômodo da razão preguiçosa, para se furtar à pesquisa das causas eficientes, ao passo que o monismo naturalístico só admite estas últimas, e crê poder com elas fazer todas as despesas da explicação científica.

Para o monismo filosófico o movimento e o sentimento sendo inseparáveis, dá-se entre eles somente uma questão de grau: onde mais domina o movimento, aparece então a causa *efficiens*; onde mais o sentimento, prepondera também a causa *finalis*. O mundo não é somente uma cadeia de por quês, como pretende o materialismo acanhado, mas ainda uma cadeia, uma série de para quês, de fins ou de alvos, que reciprocamente se apoiam, se limitam, que saem uns dos outros. A intuição mecânica porém não quer saber do que vai além da simples concatenação de causas e efeitos. O monismo naturalístico, que representa a unidade de vistas adquiridas no domínio das ciências naturais, está preso, como elas, à exclusiva consideração da causalidade, que é a lei capital da empiria e o princípio gerador de toda a experiência"¹⁹³.

No estudo do tema imaginamos a necessidade de despojar-se de qualquer eventual preconceito acadêmico, ou adotar-se sem perquirição qualquer doutrina extremada: tudo, sobre a motivação, novo ou antigo não se basta sem constante análise. Teorias se renovam, combinam-se ou sucedem-se, excluem-se ou completam-se, trazendo algumas vezes até o gosto da novidade ou da originalidade em coisas até então sepultadas, ou, inumando-se, de pronto, bafejando-se com os ares do arcaísmo, descobertas com laivos de *vita eterna*.

Recentemente, aliás, respeitáveis cientistas americanos redensolveram, nas linhas mestras, a teoria do "homem criminoso" de Lombroso (morto em 1909), causando verdadeiro furor nos meios científicos, principalmente dentre aqueles que colocaram à la retraite questões que necessitariam de constantes perquirições¹⁹⁴.

Lombroso revivendo – que até recentemente soava como heresia científica para criminologistas canhestros ou apressados cientistas – evidencia que onde se pretendia colocar ponto final (como no thema sub analyse), existem históricas interrogações, virtuais reticências, que não aceitam afirmações categóricas. Como afirmar-se algo, com certeza, sobre o crime e o criminoso – que ainda é exceção – e atribuir-se como uma regra a vários tipos de homens (como pretendem alguns segmentos da criminologia), ou, também erigi-lo, simplesmente (como pretendeu o médico italiano), a uma *species generi humani*?

E enquanto a criminologia clássica¹⁹⁵ procura em três grandes zonas – a físico-antropobiológica, a psicopsiquiátrica e a socioeconômica – rastrear a causa do crime, anos e anos a fio, sem solução;

enquanto distingue-se o motivo da causa, da intenção¹⁹⁶, do dolo¹⁹⁷ etc.¹⁹⁸; como explicar, muitas vezes, a razão preponderante para a causação do homicídio, em um processo que tem por escopo apurar um culpado e puni-lo – tarefa já assaz difícil – e não, especificamente, descobrir o motivo (o vocábulo aqui empregado não está sendo tratado como “causa” perante o direito penal)?!

Batem-se os defensores em transformar, mister durante os debates em plenário, os autos de um processo-crime em um laboratório de descoberta da motivação criminosa, em uma casa de experiências geniais, procurando, no promotor, algo que não é propriamente sua função, tampouco seu especificismo técnico: o papel de cientista ou de adivinho, de descobridor dado às eureka. Assim, direcionando infundáveis porquês à acusação – que ele sabe de resposta impossível ou duvidosa –, via deste sofisma, alitra-se mudar o rumo da discussão, esta já não se dando mais sobre a responsabilidade ou não do réu.

A tarefa se agiganta, na análise do crime de homicídio, uma vez que neste, ousamos dizer, de regra há uma prevalência dos fatores endógenos, personalíssimos do agente, ou seja, do “bio” sobre o “meso” (os fatores exógenos: a sociedade, o ambiente cósmico, o fator cultural estudados na sociocriminogênese pela criminologia) na deflagração do delito¹⁹⁹. Quanto ao homicídio, parece-nos mesmo oportuno o entendimento de De Sanctis:

“O crime é um resumo da personalidade do agente e dele é quase um símbolo vivo”²⁰⁰.

Ou, para aqueles que vislumbram a “culpa da sociedade” em tudo, valemo-nos da afirmativa do nosso Tobias Barreto, incontestável e ampla, ao combater esse festival de requestadas e desmedidas sociolatrias:

“A natureza não é a santa que se supõe; pelo contrário, ela come, bebe e peca”²⁰¹.

É necessário reconhecer o pessimum genus do homicida. Os fatores exógenos motivam a ação criminosa quando perfeitamente identificados (v.g., no plano realístico da ação quando da provocação da vítima na legítima defesa, ou do homicídio cometido logo após a injusta provocação da vítima, dentre outros...), e estes sempre socorrem em favor do réu. Outra é a óptica, contudo, nesta prevalência dos fatores endógenos, ou, individualizadamente, diante da “especial condição de ser do indivíduo”. Daí, como se perscrutar a alma do criminoso para descobrir o preponderante motivo do crime, se ele comumente nega a autoria, e se a constituição psicossomática é variável hominis ad hominem?

Conforme Roque de Brito Alves:

“Princípio correto, pois verdadeiramente o motivo é afetividade, pertence ao plano anímico da afetividade, e não racionalidade ou formulação intelectual, não pertencendo ao plano interno ou anímico intelectual do indivíduo. Encerra uma visível carga de sentimento – de paixão, já afirmava Aristóteles – e não de conteúdo noético, de raciocínio. Sendo caráter afetivo, passa a ser, sem dúvida, a origem ou fonte da conduta humana. Cientificamente, em termos de Psicologia, a pura ideia – ou mesmo imagem ou representação do fato – na mente do indivíduo não o conduz necessariamente à ação e sim ao motivo que surge no mecanismo interno, psíquico do homem.

Então, o fator ou elemento afetivo ou sentimental é mais importante na vida psíquica e para a explicação do comportamento do homem que o fator ou elemento racional ou lógico. O motivo, assim, leva, conduz o indivíduo a atuar, em plano superior a qualquer outro elemento ou fator psíquico”²⁰².

Nota-se, daí, sob esse prisma, a hercúlea tarefa para se diagnosticar a motivação delituosa: o motivo é afetividade. E, conforme o referido autor, “afeto ou sentimento que segundo a Psicologia atual é de amplo entendimento, abrangendo paixões, emoções, impulsos e até as tendências instintivas ou

caracterológicas do indivíduo. O sentimento como núcleo do motivo não contém necessariamente um dado ou elemento racional, e tal representação reveste-se de uma carga ou matiz afetivo”²⁰³.

Portanto, uma questão não resolvida, cuja temática se bifurca na ideia-mãe de toda a civilização, como razão e essência histórica da própria humanidade (razão e sentimento, emoção e entendimento, paixão e razão etc.), somente por um daqueles enormes absurdos poderia pretender-se, seguramente, sua solução em sede de um processo criminal.

Conhecer-se o ânimo homicida que é demonstrável via da ação originada do agente, realisticamente, é possível; contudo, pretender-se a introdução de um periscópio científico-jurídico a mergulhar na alma ou nas profundezas de sua personalidade, e, sobretudo, radiografar ou fotografar algo tão fugaz quanto a própria emoção (e estaria aí a estufa do motivo), tão fugidio quanto uma ideia momentânea, é tarefa de remarcada stultitia. É o esquisito gozo da arte da adivinhação. Como atribuição científica é possível, mas afeita a outras searas, como a psicanálise criminal... porém esta não é função estatal, não sendo pergunta que caiba ao promotor invariavelmente responder, em sede dos processos penais²⁰⁴.

Onde, com segurança, encontrarmos a gênese das “decisões”, em dois órgãos que humanamente são compartimentos comunicantes, como o cérebro e o coração, e que, sendo variáveis e mutantes, jamais permitiriam a análise e o estudo certo por quem não os desenhou, como o homem?

Se a emoção ou a afetividade definem a ação (como força motriz), o acusado, por evidentes razões, põe seu cérebro a pensar, visando obstacularizar o conhecimento do mal praticado. Daí o conhecido desespero do promotor que se dispõe a entrar no lúdico das “adivinhas”, proposto pela defesa, tentando, no Júri, adivinhar algo que às vezes sequer o próprio réu, com segurança, identifica.

6.2. A classificação dos motivos e a dificuldade diagnóstica

Nesse entendimento, de notar-se que os motivos tanto podem ser conscientes como inconscientes (e de mais difícil diagnose), entendidos estes últimos como aqueles que, “em consequência, toda a vez que o próprio agente não perceber, não estiver consciente do que existe detrás de sua representação, quando ele não representar-se devida e afetivamente... como motivo mais profundo (ou das profundidades da personalidade) que não se percebe, não se compreende ou mesmo ignora-se sua existência”²⁰⁵.

Bowlby²⁰⁶ relata o fato de que o homem que matou o presidente francês Doumer²⁰⁷ dirigira-se antes do crime à polícia, comunicando o ato que viria a praticar. Não o levaram a sério...

Por sua vez, a Comissão Warren, que em 1964 teve a incumbência de investigar o assassinato de Kennedy, concluiu não ter sido possível um diagnóstico definitivo da personalidade e dos motivos que levaram Lee Oswald ao delito²⁰⁸.

Urtin, citado por Vergara, aduzia que “a ação criminosa é o triunfo, pois, de um móvel ou de um motivo sobre todos os outros, consagrando uma ruptura de equilíbrio da personalidade”.

Portanto, o fato de denunciar o indiciado por um determinado motivo, e provar o motivo criminoso ao Júri, por vezes, a par da importância que se revista eventualmente a missão, enquanto perde tempo o acusador – gastando-o, por vezes, inutilmente –, perde, também, em inútil trabalho. Como aludido, o motivo preponderante muitas vezes o próprio homicida desconhece, mesmo hígido mentalmente, ou não o identifica com segurança. Certo, ainda, que existem muitos motivos concorrentes ou justapostos que identificam-se no conflito de motivos para o delito²⁰⁹.

Vale um exemplo e a proposição de um problema:

Tício mata Caio, que lhe devia certa soma em dinheiro e não pagava. Mas, também, de se notar que Tício sabia que Caio propalava a terceiros que não iria, de fato, quitar o débito, fazendo-o com acinte e ironicamente. Some-se, ainda, o fato de que, quando do crime, a vítima acabara injuriando moralmente o assassino. Pergunta-se: qual o preponderante motivo do crime? Seria a vingança pela dívida não paga? Tício teria morto Caio em face do orgulho ferido pelo escárnio que a vítima fazia-lhe perante terceiros? Ou o real motivo (preponderante sobre os demais concorrentes, na visão de Urtin) teria sido o último destrato que a vítima lhe impingiu?! Dada a multiplicidade de motivos concorrentes para a ação de Tício, torna-se difícil o estabelecimento da certeza, quanto ao preponderante motivo. Assim, como os efeitos do delito ecoam como gritos mudos, perenemente, semelhantes a um fenômeno polifônico a maltratar diversos corações, da mesma forma somente a poligenia – in casu, a designar uma multiplicidade de motivos – poderia explicar a conduta criminoso. É o elo causa e efeito, tese e antítese de um acontecimento demonstrador dos prodígios naturais: o agir do agente e as nefastas consequências do delito.

Ora, é inegável que não existe hoje um método que seja seguro para diagnosticar o motivo; ainda que cientificamente se diga que exista um preponderante sobre os demais.

O fato é que, colocada esta cadeia de motivos (este feixe de problemas que encantariam a psicanálise) para explicar o acionamento do mecanismo da voluntas sceleris, o nascimento da intentio homicidii e a final execução do crime; se foi o “último motivo” (a injúria) que se sobrepujou aos demais (a vingança pelo não pagamento ou o orgulho ferido pelo escárnio), ou se este fez apenas transbordar e ressurgir a verdadeira motivação do ilícito, vê-se bem que é uma equação verdadeiramente insolúvel. Não menos certo é que, tratando-se de matéria de foro tão íntimo – sequer o homicida explica-a convenientemente –, como irá, com segurança, firmá-la, o acusador?

Dada a inexistência de crime sem motivo, em caso de impediência em explicar-se a motivação criminoso, ou quando esta não se aclara nas investigações, trata-se de um homicida cuja higidez mental mereça questionamento (assim, logicamente, encontraria dificuldades em explanar o porquê da ação), ou de caso de motivação inconsciente. A terceira hipótese, no entanto, é a mais correta: na quase unanimidade dos casos, mostra-nos a experiência que o opróbrio motivador da ação delitiva é tão reprovável que, a sete chaves, guarda-o o acusado...

Embora possa até confessar a ação, oferta outra motivação para o crime, que à evidência não o explica ou, explicando-o, não nos convence. La Rochefoucauld (1613-1680), em suas Reflexões, lembrava que “frequentemente envergonhar-nos-íamos de nossas ações mais belas se o mundo visse todos os motivos que as produzem”.

Que dizer, então, de muitas más ações cujo motivo desencadeante se pretenda esconder? Daí por que não compreendemos a conhecida corrente jurisprudencial para a qual o crime sem motivo (aparente) não pode ser equiparado ao crime cometido por “motivo fútil”, para o fim de reconhecimento da qualificadora (art. 121, § 2º, II, do CP)²¹⁰.

Por tal, se o homicida reconhece a autoria do crime (ou esta vem a ser identificada) e não oferece um “motivo” para a ação, é porque – fútil ou torpe – o sabe tão reprovável que, se o confessasse ao julgador, imagina que de início já conquistaria a repulsa e o asco (como prevenção) pelo pecado, dada a intensa reprovação social à sua conduta. Como pretender, neste caso, premiar, com a retraída penalização de um homicídio simplex, aquele que esconde as razões (evidentemente condenáveis) de sua danura?!

Mais sensato, então, mesmo que se reconhecesse a “ausência de motivação”²¹¹, o seguinte aresto: “... A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contrassenso conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda”²¹².

E ainda:

“A ausência de motivo é mais do que motivo fútil, sendo a ele equiparada para os fins legais. Não se concebe que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda”²¹³.

“Impõe-se reconhecer que a ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, sob pena de se confrontar com o absurdo de apenar com maior severidade aquele que cometeu o delito por razões insignificantes do que o agente que, sem nenhuma razão, ainda que desproporcional, comete o mesmo crime”²¹⁴.

Entretanto, infelizmente essa não parece ser a posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria, conforme se infere do seguinte julgado:

“(...) A incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, é manifestamente descabida, porquanto motivo fútil não se confunde com ausência de motivos, de tal sorte que se o crime for praticado sem nenhuma razão, o agente somente poderá ser denunciado por homicídio simples”²¹⁵.

6.3. “Crime sem motivo?”

Com frequência o promotor de justiça, ao compulsar o inquérito policial para o oferecimento da denúncia, não encontra a razão para o cometimento do delito atribuído ao indiciado... como também não haviam encontrado motivação os policiais que foram comunicados do assassinato que vitimaria o presidente Doumer.

Relembre-se, como referido, que o motivo de Lee Oswald, da mesma forma, remonta, até hoje, em mistério.

Nesse contexto, oportuna a evocação de Grygier (antigo promotor em Berlim) de que:

“O delinquente tem uma percepção diferente do mundo que o rodeia e do seu próprio papel nesse mundo. Esta tendência geral do pensamento altera a sua concepção dos fenômenos sociais em que está envolvido e imprime sentido às suas ações...”²¹⁶.

Salientávamos os motivos conscientes e os motivos inconscientes; dizíamos da higidez mental ou da ausência desta, dos réus “fronteiriços” (aproveitemos a designação de Aníbal Bruno) e dos totalmente insanos, demonstrando-se a problemática regente do tema.

Existe o homicídio em curto-circuito (Kurzschluss-Handlungen), mencionado por H. Mannheim, como no caso do rapaz que matou uma pessoa inteiramente desconhecida e depois explicou: “Houve uma discussão porque ele chocou contra mim. Perdi o domínio de mim próprio e atirei-me a ele de navalha em punho”. McDougall menciona também a Sonata Kreutzer, de Tolstoi, “como um estudo sobre o ciúme em que a raiva do marido ciumento se dirige não contra a pessoa amada, mas contra a pessoa do terceiro...”²¹⁷.

Alexander e Staub²¹⁸ relatam o caso de uma jovem que furtou uma edição barata do Fausto, de

Goethe, alguns quadros sem valor e alguns vestidos que ela não podia usar, aduzindo que assim procedera para vendê-los e tornar-se uma atriz. Entretanto, a explicação psicanalítica, ulteriormente obtida, demonstrou uma motivação completamente diversa para o furto.

O certo é que o crime tem raízes psicoafetivocausacionais profundas e variadas.

Lombroso via o “motivo” no “homem”, como biologicamente concebido. A “criminologia contestativa”, “crítica” ou “radical”²¹⁹ quer vê-lo quase exclusivamente na “sociedade”²²⁰ como malformadora do homem. Hungria²²¹ lembra As cavernas do Vaticano de Andre Gide, em que o jovem Lafcádio empurra para o abismo a Fleurissoire, fazendo-o, no que chamou de “um ato puro, sem o lastro de qualquer motivação, sem outro antecedente subjetivo que um desejo espontâneo” e, combatendo o tal “ato puro”, diz que o personagem de Gide não cabe nas roupas do “homem normal”, “não passando de psicopata ou de um anômalo de afetividade”.

Para Hungria, era impossível o “crime gratuito” pelo homem hígido, somente atribuível ao alienado mental “à grande orquestra”. Recorda também Baldassarre e a narrativa de “um desses anormais que espancou um pacífico viandante porque não lhe agradava o seu jeito de andar, e de outro que feriu gravemente o sacristão porque não sabia tocar a campainha direito”. Leciona, ainda, o saudoso mestre que “a insuficiência de motivação não pode ser confundida com ausência de motivos. O preponderante motivo de Lafcádio foi, certamente, o propósito de praticar um crime sem motivo. Motivo paradoxal, disparatado, mas motivo, quand même”.

Para H. Mannheim²²², também, no caso, o fato de Lafcádio ter empurrado de um comboio, para a morte, uma pessoa completamente desconhecida, devesse ao fato de Gide não ter querido demonstrar, com o romance, a possibilidade de um crime sem motivo, “mas apenas enriquecer o catálogo dos motivos clássicos...”. Tal fato reporta seu romancista frustrado, Julius de Baragliou, aduzindo que “a sua autêntica razão para cometer o crime é precisamente cometê-lo sem qualquer razão”.

E são tantas e tão variadas as hipóteses que o promotor, com um ou mais motivos – ou sem nenhum – não sabe por onde começam, encontram-se ou se explicam (?) para justificar a conduta criminosa...

Do romance de Gide, em que se queria um “crime puro” para o homo medius, chega-se a outro extremo, a Dostoevsky – em seu Crime e castigo –, quando seu herói, Raskolnikov, comete um homicídio por se sentir um “homem extraordinário”, um “super-homem”, acima da moralidade média²²³.

Por isso, sempre temos in menthi, ao analisarmos qualquer delito, que este é único, não se encontrando, no mundo, qualquer molde ou figurino industrial para o mesmo, embora possamos encontrar similitudes. Quando possível, descobrimos o móvel do delito, e, cumpridamente, o provamos. Porém, como remarcado, esta não é a função primordial do Ministério Público, mas sim objeto de estudo da “criminologia”, da psicanálise etc.

6.4. Erro de interpretação

No mais das vezes, a dificuldade em descobrir-se a motivação preponderante para a ação criminosa dá-se porque o promotor busca situar-se, ele próprio, na ótica do indiciado (ou do réu), quando do crime. Não encontrará fatalmente, com esse expediente, o motivo do crime. Sendo o “adjetivo moral”, de que falava Hungria, o que faltasse em razão para o promotor justificar um ato, não faltaria ao

criminoso²²⁴.

Destarte, buscar o jurista, em si próprio, o referencial para a análise do delito, é partir de premissa equivocada, levando-se invariavelmente a errôneas conclusões. De se lembrar a ponderação de Grygier, da “percepção própria” do mundo que tem o delinquente. Depois, ainda que a influência do meio (fatores exógenos) possa ter sido em menor escala no homicídio, somente se aproximaria o estudioso da motivação criminosa do real acontecido se fosse possível, em uma fórmula mirífica, transportar-se a pessoa do réu, naquele mesmo momento, ao local da ação criminosa²²⁵.

Como falávamos de início²²⁶, a investigação pós-crime não encontra, jamais, “congelado”, incólume, todo o palco criminoso. Vale dizer: o mesmo réu – tal como ele se encontrava jursiquiatricamente quando do fato –, no mesmo local de delito, com a mesma influência mesológica a circundá-lo, como somente aquele momento pudesse ter.

Nessa tessitura, o que seja motivo para um, é irrelevante motivo para outrem, assim como o instinto de sobrevivência que impele o homem à legítima defesa se vê inibido pelo fanatismo político ou religioso em outros, como demonstraram os kamikazes da 2ª Grande Guerra, ou mais recentemente os suicidas fanáticos do Texas e os terroristas de carros--bombas que explodem diariamente pelo mundo afora...

6.5. Quando o motivo não restou claro, como denunciar?

O titular da ação penal ao denunciar há que se acautelar quanto à possibilidade da “mudança” da motivação criminosa.

Caso não tenha restado seguro o motivo do crime na análise do inquérito, melhor que não o ofereça na denúncia – enquanto não seja requisito obrigatório²²⁷ – do que o faça, e depois o altere. Preferível, nesse particular, o aditamento (art. 569 do CPP) que inclua um motivo do crime (antes nebuloso) ao aditamento que retifique a motivação antes ofertada. Vale dizer, a adição é melhor que a corrigenda, para que já não sofra uma fissura a exordial acusatória: melhor, por conseguinte, uma cirurgia plástica, quase estética, que uma cirurgia extirpadora de um mal sedimentado; ambas sujeitam-se rotineiramente ao bisturi, mas a segunda é mais arriscada e ensaia um corte muito maior.

... E se afinal, malgrado todas as investigações, restar obscuro o motivo do delito e, no Júri, como aludíamos, aparecesse o famigerado quadro de giz, remontando-se em mil interrogações, perguntando-nos o “porquê” do crime, recomendamos ao defensor que pergunte ao próprio cliente, numa relação de confitente e confessor... Por quê? Ora, se tanto interessa à defesa, a questão que a ciência e a inteligência humana ainda não nos revelaram, quem sabe no seu advogado o homicida confie, e dê as razões do ato celerado...

A curiosidade de um promotor não pode e não precisa ser maior que a de qualquer cidadão diante de um delito; incumbe-lhe saber se tem o réu responsabilidade penal ou não ante os fatos objetivamente provados e à luz da lei: é o quantum satis de sua função. Agora, buscar nos escaninhos da propriedade íntima do acusado o “porquê” da ação é quase injusto, mas com certeza é mais que um ingênuo desafio... Quem a tal se fada, queda-se, com frequência, a ser mais uma vítima dos estelionatos que cotidianamente nos oferecem os argutos criminosos.

De se fixar, todavia, que, na prática, mais ocorrente que a superposição de motivos, ou de uma concorrência destes – que podemos admitir –, dá-se, em verdade, a prestidigitação do verdadeiro motivo para o ilícito²²⁸. O mago é o delinquente: escamoteia o motivo, ocultando-o, e fazendo-o desaparecer em um determinado momento; depois, faz com que ressurja outro diferente, às vezes até

em local diverso: na polícia, em juízo, ou perante o Júri.

7. Recomendações práticas quanto à denúncia e cota de oferecimento

A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria Geral do Ministério Público Paulista, através do Ato n. 1/84P-PGJ-CSMP-CGMP²²⁹, em consonância com o estatuído no art. 41 do CPP, recomendam expressamente aos promotores de justiça do Estado as seguintes observações:

“Na denúncia:

I – mencionar todos os nomes e apelidos usados pelo acusado, bem como as folhas dos autos em que se encontra a sua qualificação;

II – indicar, sempre que possível, dia, hora e lugar da infração;

III – descrever o fato delituoso com todas as suas circunstâncias;

IV – nos casos de coautoria, descrever a participação isolada de cada um dos coautores, quando desenvolverem condutas distintas;

V – consignar a motivação dos crimes dolosos e, nos delitos culposos, descrever o fato caracterizador da culpa e sua modalidade (imprudência, imperícia e negligência);

VI – mencionar o tipo penal ao qual se subsume o fato descrito, indicando, quando for o caso, a aplicação combinada das normas atinentes à coautoria, ao concurso de delitos, à tentativa, às circunstâncias agravantes e às qualificadoras;

VII – indicar o rito processual;

VIII – formular o pedido de condenação ou pronúncia;

IX – apresentar o rol de testemunhas”.

Quanto à cota de oferecimento da denúncia, recomendou-se ao promotor de justiça²³⁰:

“Art. 41. Formular, com o oferecimento da denúncia, todos os requerimentos necessários à suplementação das eventuais falhas do inquérito e à apuração da verdade real, especialmente:

I – da prisão preventiva, quando cabível, explicitando os elementos dos autos que justificam a medida²³¹;

II – de folha de antecedentes e de informações dos Distribuidores Criminais;

III – de remessa a Juízo dos laudos de exame de corpo de delito faltantes, inclusive os complementares e outros periciais;

IV – de remessa de fotografia do réu, quando necessária para o reconhecimento em Juízo;

V – de certidões de peças de outros procedimentos, quando relacionadas com o fato objeto da denúncia;

VI – de arquivamento do inquérito em relação aos indiciados não denunciados, fundamentando-o;

VII – de realização de exame complementar da vítima, sempre que necessário à exata capitulação do crime;

VIII – de expedição de ofício ao Delegado de Polícia que presidiu o inquérito, para fins de indiciamento do acusado, se essa providência já não tiver sido tomada na fase pré-processual;

IX – de certidão de remessa a Juízo, juntamente com o inquérito, das armas e instrumentos do

crime e de outros objetos apreendidos na fase pré-processual, fiscalizando o seu recebimento pelo Cartório, através do respectivo termo nos autos”.

Outras recomendações, em sede de processo afeito ao Júri, tornam-se necessárias, não somente para a aferição da verdade fática objeto dos autos, como ainda para o delineamento do perfil do criminoso, ou da vítima.

Assim requer-se rotineiramente: cópias de denúncias oferecidas em outros processos criminais (movidos ao réu ou à vítima); interrogatórios, depoimentos, sentenças, acórdãos etc., tudo a ensejar o fornecimento de elementos que ajudarão a desmistificar uma eventual personalidade camuflada no processo sub judice, principalmente quando o crime não seja “ocasional”, mero acidente na vida do réu, ou da vítima. Para utilizarmos do jargão forense cunhado à boca de foro, tal procedimento consiste em “vestir” o processo: ajuda-nos a entender o caráter do acusado à luz da criminologia; a fixar a personalidade da vítima, à luz da vitimologia²³². Em síntese, serve ao promotor para a futura sustentação da acusação; serve ao magistrado para lastrear qualquer tipo de custódia preventiva (art. 311 et al), bem como para viabilizar o arbitrium regulatum da pena, consoante disposto no art. 59 do CP, e serve, sobretudo ao jurado, como uma apresentação do curriculum vitae da “pareja penal” (Jiménez de Asúa): delinquente e vítima.

CAPÍTULO 3

A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. O JUDICIUM ACCUSATIONIS

Sumário: 1. Introdução. 2. Resposta do acusado: obrigatoriedade. 2.1. Procedimento em caso de não apresentação da resposta. 2.2. Conteúdo da resposta defensiva. 2.3. Oposição de exceções. 2.4. Exceção e objeção. 2.5. Apresentação de documentos e justificações. 3. Oitiva do Ministério Público. 4. Designação de audiência de instrução e julgamento. 5. Sobre a colheita de testemunhos. 5.1. Testemunhas referenciais. 6. Elogio e crítica do interrogatório judicial. 6.1. Interrogatório por videoconferência. 6.2. A tríple finalidade do interrogatório. 6.3. Recomendações úteis à acusação e à defesa.

Prova e verdade acham-se correlacionadas e a tal extremo que se poderia dizer que não há verdade sem prova, posto que a prova é a pedra de toque, o meio de aquilatar, de adquirir a evidência inquestionável da verdade, de verificar (verum) a verdade encontrada, de certificar-nos (certus) de sua exatidão, de sua certeza legítima. Toda verdade deve resistir ao choque da dúvida e sair triunfante dela por meio da prova, da qual poderíamos dizer que é a filha da dúvida e mãe da verdade (Antonio Dellepiane, Nova teoria da prova, p. 49-50).

1. Introdução

Iniciada a primeira fase (o *judicium accusationis*) deste processo bifásico (“escalonado”) com o recebimento da denúncia, a óptica a ser emprestada à formação da chamada “culpa provisória”, no procedimento do Júri, não poderia mesmo ser muito diversa daquela devida aos procedimentos sujeitos ao julgamento do juízo monocrático. Até porque, a um e a outro, presidem às sumariações dos feitos magistrados de carreira que, obrigatoriamente, primam por um regramento técnico-jurídico para a instrução probatória.

Portanto, quanto à “instrução processual” a doutrina existente já esgotou o assunto, não nos demandando a espécie outras perquirições que não sejam facilmente solucionáveis em qualquer manual de processo penal. Por outro lado, dado poder-se considerar ainda recente a edição da lei, a melhor resposta dará a jurisprudência, na solução dos variados impasses legais.

Não obstante, face à especificidade do Júri, cabem as ressalvas de algumas particularidades – simples recomendações –, pois, como já aludíamos com relação a outras provas (v.g., laudo de exame necroscópico)²³³, se, primeiramente, a instrução probatória neste procedimento (arts. 394 e s. do CPP) serve apenas para ensejar o recebimento da acusação (requisitos do art. 413 do CPP), cuja análise é

incumbência de pura técnica processual, seguidamente, os destinatários de tais provas são outros, e leigos. E estes não palmilham os caminhos da dogmática jurídica, decidindo preponderantemente com “a própria consciência”, a qual, a despeito do juramento efetuado, dá interpretação própria aos “ditames da justiça” (art. 472).

Por desconhecerem toda a “teoria da prova” conhecida (correspondente à sua apreciação; princípios de íntima ou livre convicção etc.), e porque o sigilo das votações traz embutida a desnecessidade da fundamentação do veredicto, tal fato, por si só, já demonstra que, se por um lado é comum a forma da instrução probatória nos diferentes processos, o seu conteúdo, para demonstrar e convencer o julgador, necessita, por vezes, ser diverso.

Também, a constante e intensa fiscalização do Parquet no rito sub análise torna-se prática mais exigida, como na hipótese de um magistrado interrogar o réu em juízo – tal interrogatório pode realizar-se até por precatória perante magistrado de outra comarca²³⁴ –, enquanto outro o interrogará no Júri vindouro. Caso o primeiro interrogatório seja incompleto, não atendendo ao imperativo legal (art. 187 do CPP), e não seja impugnado em tempo oportuno pelo promotor, correr-se-á o risco de, em plenário, o acusado sponte sua, quando interrogado, nada falar; ou, falando, pouco aduzindo. Daí resulta inegável prejuízo para a aferição da verdade, por vez que inexistirá a possibilidade de cotejarem-se os diferentes atos.

Destarte, porque a “forma” é idêntica nos áltero-processos, somente nos ateremos, na análise da instrução, naquilo que consista em uma real peculiaridade inerente ao processo do Júri.

2. Resposta do acusado: obrigatoriedade

Dispõe o art. 406, que “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”. A acusação poderá arrolar até o máximo de oito testemunhas (§ 2º) e a defesa – a resposta do acusado –, “poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8...” (§ 3º).

Pelo que se depreende da redação do art. 408, a defesa escrita é peça obrigatória, primando-se pela acepção técnica do exercício da ampla defesa do acusado. Assim, diversamente do que ocorria com a defesa prévia, cujo oferecimento era faculdade e mero ônus da defesa, a não apresentação de resposta escrita é causa de nulidade absoluta, que deve ser reconhecida de ofício em qualquer fase do processo e não depende de demonstração de prejuízo.

Essa conclusão se justifica pela simples leitura do art. 408. O referido dispositivo legal determina ao juiz que, no caso de omissão do réu, nomeie defensor para oferecimento de resposta, prestigiando-se, assim, a tecnicidade da defesa naquela fase processual. A redação do artigo não deixa dúvida acerca da obrigatoriedade. Compare-se a redação do dispositivo em comento com a redação primitiva do art. 395 – alterada pela Lei n. 11.719/2008 –, que estabelecia o seguinte: “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”. Note-se, ainda, que não houve inclusão de norma semelhante àquela originariamente contida no art. 396, que dispunha: “Apresentada ou não a defesa...”.

2.1. Procedimento em caso de não apresentação da resposta

Caso o defensor nomeado deixe de apresentar a peça de defesa no prazo, caberá ao juiz destituí-lo,

nomeando outro causídico para o ato ou, ainda, a Defensoria Pública, nos locais em que existir.

Forçoso reconhecer que a falta de resposta escrita implica cerceamento de defesa, viciando todos os atos posteriores e sucessivos do processo.

2.2. Conteúdo da resposta defensiva

Na resposta, poderão ser arguidas questões preliminares e matérias de interesse da defesa, bem como faculta a lei a juntada de documentos e justificações. Deve, ainda, a defesa especificar as provas pretendidas²³⁵ e arrolar até oito testemunhas, qualificando-as, na medida do possível, e requerendo, se necessário, sua intimação (art. 406, § 3º). Assim, se a defesa expressamente não postular a intimação das testemunhas indicadas na resposta, deverá, por conta própria, providenciar o comparecimento à audiência designada, não incidindo o disposto nos arts. 218 e 219.

A norma do art. 407 é repetitiva, e, portanto, despicienda. Dispõe que as exceções serão processadas em apartado, repetindo preceito contido no art. 111 do estatuto processual penal.

2.3. Oposição de exceções

Se forem opostas exceções – incidentes processuais que não suspendem, em regra, o andamento da ação principal –, serão processadas em apartado, na forma prevista nos arts. 95 a 112. As exceções, consoante o art. 95 do CPP, poderão ser de: I – suspeição; II – incompetência de juízo; III – litispendência; IV – ilegitimidade de parte; V – coisa julgada.

O termo “exceção” (do latim exceptio), em direito processual, tem vários significados. Em sentido lato, a exceção é entendida como o direito do réu que se contrapõe à ação. Alguns a definem como a “ação do réu”, o meio pelo qual o acusado se defende do exercício do direito-poder de ação. Em sentido menos amplo, define-se por exceção qualquer alegação da defesa que busca neutralizar a pretensão do autor. No sentido adotado pelo Código de Processo Penal, a exceção designa a defesa indireta, ou seja, aquela que não diz respeito ao mérito do pedido. Diz-se dilatória quando tem por fim a procrastinação do curso do processo (suspeição do juiz e incompetência do juízo) ou a transferência do seu exercício (ilegitimidade de parte). Peremptória se denomina a exceção em que se busca pôr termo ao curso do processo (coisa julgada e litispendência).

2.4. Exceção e objeção

Parte da doutrina, ainda, identifica como subcategoria das exceções em sentido amplo as objeções. As objeções são exceções que, a rigor, não precisam ser arguidas, já que a matéria que lhes serve de conteúdo pode ser conhecida de ofício pelo juiz, dada sua natureza e relevante interesse público. As objeções são também chamadas de impedimentos processuais (não confundir com o impedimento que constitui causa de incompetência do juízo). Por essa razão, para alguns autores o Código de Processo Penal prevê somente hipóteses de objeções processuais, que podem, inclusive, ser arguidas pelo autor da ação.

2.5. Apresentação de documentos e justificações

Nesse momento processual poderá o réu juntar documentos. Caso não aproveite a oportunidade, nenhum prejuízo lhe advirá, já que no processo penal as partes poderão juntar documentos em

qualquer fase do procedimento, salvo os casos expressos em lei, consoante estabelece o art. 231 do estatuto processual penal.

Poderá o acusado, ainda, oferecer justificações. Define-se justificação como procedimento que tem por objetivo a produção de prova sobre fatos sujeitos à análise e julgamento futuro. O permissivo, aliás, já houvera sido disciplinado identicamente no art. 55, § 1º, da Lei Antidrogas (n. 11.343/2006). A justificação vem disciplinada nos arts. 861 usque 866 do CPC, como procedimento cautelar autônomo.

3. Oitiva do Ministério Público

Após a apresentação da resposta escrita com os documentos, justificações e preliminares pertinentes ao caso, determina o art. 409 que o juiz deverá conceder a oportunidade para que o Ministério Público (ou o querelante, na ação penal privada subsidiária da pública) manifeste-se sobre o teor da referida peça processual no prazo de cinco dias.

Nota-se, mais uma vez, a consagração do princípio do contraditório formal, vez que legitima-se ao Parquet rechaçar as preliminares suscitadas ou impugnar os documentos e justificações trazidas a lume.

Após dado vista dos autos ao Ministério Público, este deverá se manifestar sobre o conteúdo da resposta à acusação. Quanto à manifestação, não cremos ser mera faculdade do Parquet, haja vista sua atuação ser inspirada pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade do interesse público. Em assim sendo, levantada pela Defesa alguma preliminar que possa conduzir à extinção do feito, sobre ela deverá se manifestar o Ministério Público.

Apesar do silêncio da lei, transcorrido esse prazo de cinco dias mencionado no dispositivo legal, deverão os autos ser conclusos para que o juiz decida sobre as preliminares arguidas, bem como se manifeste acerca dos documentos juntados.

Finalmente, insta salientar que, por vezes, a resposta escrita vem desprovida de qualquer preliminar ou documento instrutivo, limitando-se a arrolar as testemunhas que deseja ouvir. Nestas situações, entendemos inexistir obrigação de abrir vista à parte contrária, isto porque, ausente questão preliminar ventilada pela defesa que obrigue manifestação do juiz, nenhuma valia terá a manifestação do Ministério Público ou do querelante acerca da defesa apresentada. Ressalte-se, outrossim, que, muito embora o art. 409 não faça menção expressa acerca da manifestação do Parquet quando do requerimento de diligências pela parte contrária, entendemos que, também nestes casos, deverá ser oportunizada a manifestação do órgão acusador, mormente se as diligências requeridas forem desnecessárias ou procrastinatórias.

Após a manifestação do Parquet, caberá ao juiz, não sendo caso de acolher a preliminar suscitada, determinar a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de dez dias, nos termos do quanto dispõe o art. 410 do CPP.

4. Designação de audiência de instrução e julgamento

Em seguida à determinação para inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, o juiz deverá designar audiência de instrução, interrogatório e julgamento, nos termos do art. 411 do CPP²³⁶. Serão ouvidas, se possível, a vítima, as testemunhas arroladas pelas partes, os peritos – nas situações em que houver prévio requerimento e deferimento pelo juiz (art. 411, § 1º, do CPP) –, bem como realizar-se-ão acareações e reconhecimento de pessoas e coisas que se façam necessárias. Ao final, será o réu interrogado e, após, seguirão os debates orais.

Note-se que a ordem estabelecida no art. 411 deve ser estritamente obedecida, primando-se pelo interrogatório do réu como o último ato processual. Eventual inversão relativa à oitiva das testemunhas de acusação e de defesa pode gerar nulidade, desde que comprovado o prejuízo, em homenagem ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

Primeiramente, no tocante à oitiva das testemunhas, algumas considerações subjazem importantes para que se obtenha o melhor resultado na produção da prova.

5. Sobre a colheita de testemunhos

A produção da prova testemunhal enseja a observância de regras básicas atinentes à “psicologia das testemunhas”²³⁷.

Sempre resumimos, em alguns princípios, o que deve nortear, costumeiramente, a colheita dos testemunhos:

- a) arguirem-se detalhes dos fatos às testemunhas que demonstrem o conhecimento do ocorrido;
- b) sempre sopesar, na produção da prova testemunhal, a possibilidade ou não (e conveniência) de posterior oitiva do depoente perante o júri²³⁸;
- c) abster-se de reperguntas às testemunhas que estejam demonstrando parcialidade, como “testemunhas privadas”, impedindo-se a produção de “prova contrária”²³⁹;
- d) como exceção ao item retro, oferecer reperguntas às testemunhas que faltem com a verdade (depondo fraudulentamente), de forma que, documentando-se o quanto possível a mentira, melhor se dê sua ulterior exploração junto ao Júri. E.g., quando a mentira é tão aberrante, que, quanto mais prolongada no termo de oitiva, melhor fica sua refutação em plenário (*argumentum ad absurdum*);
- e) fiscalizar o termo de oitiva para que este de fato registre as verdadeiras expressões da testemunha²⁴⁰.

Outras recomendações são genéricas, oriundas da Procuradoria Geral da Justiça de São Paulo, em seu Ato n. 1/84, mas ainda atuais, que guardam total pertinência aos processos do Júri face à Lei n. 11.689/2008, no que tange à instrução processual²⁴¹:

“Art. 52. (...)

IV – requerer, se for o caso, a reinquirição de vítimas e testemunhas inquiridas irregularmente.

Art. 53. Não concordar com pedidos de dispensa de presença de réus em audiência, especialmente quando o reconhecimento pessoal for elemento de prova.

Art. 54. Opor-se a pedidos de adiamento de audiência, quando perceber intuito protelatório ou quando houver prejuízo para o andamento da ação penal ou o risco de prescrição.

Art. 55. Quando houver suspeita da substituição de réus em audiência, requerer a coleta das impressões digitais do suposto réu e, quando possível, a sua fotografia, solicitando, na Comarca da Capital, a imediata colaboração do CAEX.

Art. 56. Manifestar-se, desde logo, ao final das audiências, sobre as testemunhas que não tiverem comparecido, desistindo ou insistindo em seus depoimentos, ou substituindo-as, de forma a permitir que o réu e seu defensor já saiam intimados da nova designação.

Parágrafo único. Solicitar diretamente o concurso do CAEX, para a obtenção de endereços e localização de vítimas e testemunhas, preenchendo o formulário próprio.

Art. 57. No requerimento de expedição de cartas precatórias para inquirição de vítimas e testemunhas, requerer seja fixado prazo para cumprimento, bem como sejam as mesmas instruídas com cópia da denúncia e das declarações prestadas na Polícia, e, ainda, da fotografia do réu, se for necessário o reconhecimento.

§ 1º Ao ser intimado, no juízo deprecado, da designação da audiência em cartas precatórias expedidas para inquirição de vítimas e testemunhas, verificar se estão instruídas com as peças indicadas, requerendo, se for o caso, a respectiva remessa.

§ 2º Quando as vítimas ou testemunhas residirem em Comarcas limítrofes e de fácil interligação por transporte regular, sempre que houver interesse em razão da urgência ou gravidade do fato, promover a notificação das mesmas por meios próprios, ou através do CAEX, para comparecimento no próprio Juízo deprecante, na audiência de instrução”.

5.1. Testemunhas referenciais

Esses testemunhos meramente abonadores dos melhores predicados do réu – sempre a dedicarem-lhe os maiores encômios – sempre interessarão àqueles que queiram de fato conhecer a verdade. Interessarão ao Ministério Público, tanto quanto ao arrolante, para avaliação da sinceridade com que depõem. Se para os réus o comparecimento de tais testemunhas em juízo somente tem o fito de aureolá-los, decantando-lhes ações de escotismo²⁴², para a acusação possibilita prova – quando mentem – na “prova” da defesa.

São testemunhas que afirmam conhecer o réu há muitos anos (“excelente pessoa”), mas, quando questionadas sobre os familiares deste, muitas vezes não sabem sequer o número de seus filhos, tampouco o nome dos pais ou da esposa, demonstrando, assim, o “quanto” conhecem efetivamente acerca do increpado.

E quando o acusado já conta com outros antecedentes criminais que a testemunha afirma desconhecer?

São providenciais “vizinhos” que apressadamente lhe tecem loas, mas depois alegam nada saber das más ações tributadas ao confinante. Ora, qual o crédito a se atribuir a um depoente desses, no sentido de acatarem--se os bons adjetivos com que impregnou o ego processual do réu? Se o vizindário não tem ciência dos detalhes de outros processos movidos contra o acusado até se compreende; porém, negar-se o streptus judici, o natural clamor que um processo criminal proporciona, a ponto de um vizinho (que afirma ser “amigo de frequentar a casa”) nada saber das artes e bulícios do elogiado, vai um chão maior que o terreno imaginário que medeia sua casa com a deste. Verdadeiro e antigo: as más ações ganham popularidade muito maior que as boas: fama volats, dissera-o Virgílio.

... Ou as testemunhas separaram e peneiraram informações, prestando-se somente a ouvir as boas ações do “amigo” denunciado? Que anêmicos depoentes, atípicos brasileiros, são esses, que se fecham em apatia britânica, como se não tivessem a menor curiosidade na oitiva dos malfeitos²⁴³, dando-se, finalmente, ouvidos moucos às misérias e vicissitudes humanas?!

Inquestionável que, embora não guardando relação com o fato principal, o argumentum ad hominem nesse particular não constitui extralógica, porquanto se prende a denunciar a parcialidade do animus, com que prestou público depoimento, a particular testemunha²⁴⁴.

Findas as considerações relativas à prova testemunhal, avancemos sobre o interrogatório, talvez o ato mais importante da audiência una prevista no art. 411 do CPP.

6. Elogio e crítica do interrogatório judicial

“A arte psicológica e científica do interrogatório”, aduz César da Silveira, “como base de um estudo psicoanalítico, não é um jogo infantil, mas a resultância de um trabalho sério e laborioso (Mezger). Interrogar é uma arte – diz Gorphe, *L’Appréciation des Preuves en Justice*, Paris, 1947, p. 220 – sendo necessário usá-la, à vez, leal e habilmente, em inspirando confiança ao inculpado e levando em conta seu caráter tanto pessoal como criminal. Não é conveniente utilizar-se dele de igual modo para com um indivíduo simplório e para com um perspicaz, para com um espírito sutil e para com um simples, de igual jeito que se não pode discutir com uma criança como se fora um adulto... é de mister precaver-se contra as questões sugestivas que poderiam carrear respostas inexatas ou mesmo falsas confissões. Para permitir ao inculpado responder livremente e cientemente, as legislações modernas formularam garantias do primeiro interrogatório. O interrogatório deve ser feito tanto para a inculpação como para a discriminação (Garraud, Lowe-Rosemberg)” (*Tratado da responsabilidade criminal*, São Paulo, Saraiva, 1955, v. 3, p. 1117).

Com a reforma da Lei n. 11.689/2008, o interrogatório passou a ser o último ato de instrução no *judicium accusationis*. Preponderou, assim, a dupla natureza jurídica do interrogatório, aceito como “meio de prova” e “de defesa”²⁴⁵, e notando-se que tudo quanto restar disposto no termo próprio será de absoluta liberdade de apreciação pelo jurado²⁴⁶.

Ao reformular a posição topográfica do interrogatório, colocando-o como último ato da instrução em plenário de julgamento, o legislador inovou gravemente. A medida, conforme se verá, a seguir as luzes da psicologia judiciária penal e demais ciências contributivas do processo penal (criminalística, criminologia, lógica etc.), gerará prejuízo à busca da verdade real, dando ensejo a graves tumultos processuais, retardando e comprometendo a prestação jurisdicional.

O interrogatório, conforme já se disse, é importante meio de prova (não se olvidando sua natureza de meio de defesa), tendo natureza mista, portanto, indispensável à formação da convicção do juiz da causa.

É nesse momento que o acusado exerce sua autodefesa, apresentando sua versão dos fatos, negando ou justificando a conduta que lhe é imputada. É, ainda, a oportunidade de o juiz e os jurados conhecerem a personalidade do acusado, sua formação educacional e familiar, bem assim sua conduta social. Nesse sentido, por imperativo lógico, posta a acusação, depois de ser interrogado é que deveria advir a confirmação do quanto por ele foi dito, ou o descrédito de suas informações, com eventual prova de suas inveracidades. Isso, à evidência, adviria da prova oral produzida, acusatória ou defensiva.

Destarte, como curial, após a narrativa do acusado e sua argumentação em seu prol, por imperativo lógico, resultaria a confirmação ou refutação e, tal como está, a ordem racional da busca da verdade resta comprometida.

É que o processo intrinsecamente tem uma ordem lógica, uma coesão interna, e a busca da verdade real por experiência histórica mostrou ser necessário colocar o interrogatório no início da instrução, após cientificado o réu da acusação que lhe é feita. Assim, o processo lhe é movido com suporte em justa causa e, para tanto, já tem contra si indícios de autoria de um delito.

Realizado como último ato da instrução probatória, poderá o juiz (e também as partes), durante o interrogatório, é verdade, confrontar o acusado com os demais elementos de prova trazidos ao processo. Não obstante, de lembrar, nenhuma obrigação tem o réu para com a verdade, de modo que tal confrontação é equívoca, visto que parte de pessoas compromissadas nos autos, cotejando-se-as

justamente com quem nenhum compromisso legal tem para com a verdade.

Não é válido o argumento de que, com a medida, consagrou-se o respeito ao “princípio do estado de inocência”. Ao contrário, não houve consagração, houve desbordamento do princípio, pois este encontra limites e se sujeita na dialética processual ao confronto com outros princípios processuais (busca da verdade real, segurança etc.) e constitucionais informadores do processo. Tanto é assim que, em caso de necessidade, utiliza-se o magistrado de medidas constritivas da liberdade, sem que tenha havido o julgamento. É a hipótese, por exemplo, de uma prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Portanto, o princípio do estado da inocência não é um princípio sem começo, sem limite ou fim, mas, ao invés, pauta-se sempre pelo “princípio da proporcionalidade”, este, sim, um “superprincípio” regulador como método interpretativo do que a doutrina convencionou chamar de “colisão de princípios” ou “conflito principiológico”²⁴⁷.

Nesse diapasão, referido “princípio do estado de inocência” não é criação nacional, ao contrário, tem história e é salutarmente consagrado em toda legislação moderna dos países avançados. Não obstante, conquanto se lhe devote respeito, o interrogatório segue sendo em outros países, o primeiro – e não último – ato da instrução criminal.

A medida, do ponto de vista legislativo, é tão incoerente que, inaugurada a hipótese de colocá-lo como último ato da instrução na Lei n. 9.099/95, foi abandonada pelo legislador de 2006, que na Lei Antidrogas (n. 11.343) devolveu-o ao seu lugar de costume, iniciando a instrução.

Ademais, a reforma do procedimento do Júri trouxe inovação de paralelo desconhecido no melhor do direito comparado. Não se procede assim, em caso de crimes graves sujeitos ao Júri, em nenhum país democrático que se saiba contemporâneo, tomando-se os que classicamente nos servem de referência no estudo comparatístico da matéria (EUA, França ou Inglaterra etc.).

A inovação, como dito, nasce no Brasil para delitos menores – ideia que também existia no estrangeiro para infrações de menor potencial ofensivo –, com a edição da Lei n. 9.099/95, e agora se espalha para a persecução criminal de outros delitos. Nem se diga que a experiência com a Lei n. 9.099/95 seja exitosa. É grave erro de paradigma. Os Juizados Especiais foram concebidos em uma sistemática em que o dogma da culpabilidade já não existe, pela previsão dos acordos penais, o que não há no procedimento do Júri. Outros clássicos princípios do processo, identicamente, perderam vez. O rito deu lugar ao resultado, e não mais se perguntou da verdade real, mas sim da verdade combinada ou avençada. O que ali se decide, contudo, como dito, são infrações menores, sem grande danosidade social. Por conseguinte, da mesma forma se criam procedimentos especiais para o combate às organizações criminosas, aos macodelitos, na certeza de que o modelo procedimental adotado deve ser condizente com o crime que se visa coibir. No caso, as infrações afetas ao Tribunal do Júri são os “crimes dolosos contra a vida”, ilícitos de grande expressão social e que emblemizam, hoje, o problema da violência no País. Portanto, extremamente perigoso um tratamento paritário com aquele concebido para as “infrações de menor potencial ofensivo”, pelo desnivelamento da culpabilidade e lesividade que um e outro apresentam.

O tempo mostrará, pelo cotejo da prestação jurisdicional e eventual incremento da impunidade, se a reforma, nesse particular, foi ou não benéfica. O legislador de 1941 – época em que a “psicologia judiciária penal” tinha mais protagonismo no Brasil que hodiernamente –, sopesando as diversas hipóteses, instituirá aqui modelo que já era tradicional de persecução penal no estrangeiro. É que o réu se defende dos fatos elencados na prefacial acusatória, e não, obviamente, dos depoimentos colhidos na instrução.

O artigo, invertendo a experiência histórica da instrução – agora com a oitiva das testemunhas,

peritos, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, para depois arguir o acusado –, gera iniquidade processual, porquanto o acusado poderá e tenderá a construir sua versão sobre os depoimentos e provas colhidos, desviando-se do que lhe pareça comprometedor, se por outra razão não fosse, até por instinto de defesa. Por conseguinte, poderá ajustar livremente sua versão do modo que lhe parecer conveniente, retirando do interrogatório a essência de ser fonte de prova para hipertrofiar sua característica de meio de defesa.

Se o processo é uma sucessão de atos para a frente, a mudança arrisca-se ao “noncesso” e ao “retrocesso” gerados pelo “molto-muito”, tumulto processual, que é a desordenada sucessão de atos²⁴⁸. É que, ouvindo até o máximo de testemunhas permitido – 16, no total –, a instrução processual gerará invencível truncamento com efetiva perda de celeridade: ouvem-se as testemunhas, o réu dá sua versão, as testemunhas novamente poderão ser convocadas para oitiva sobre pontos contraditórios, novo interrogatório ocorrerá (art. 196), até infundável tautologia processual, com nulidades e perda de celeridade na prestação jurisdicional e, em decorrência, comprometendo a efetividade do processo.

Superadas as críticas atinentes à inovação procedimental, vertemos os olhares a uma análise mais prática do referido ato processual. Com efeito, é de curial proveito, aos promotores, o contido no Aviso n. 014, de 23-12-1992, da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo²⁴⁹:

“1. Considerando o disposto no art. 185 do Código de Processo Penal.

2. Considerando o estabelecido no art. 49 do Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo – Ato n. 1/84/PGJ-CSMP/ CGMP.

3. Considerando que o interrogatório é meio de prova hábil a colaborar no esclarecimento da verdade, que serve à individualização da pena que configura termo indispensável, podendo sua ausência ocasionar nulidade.

4. Considerando, finalmente, que a ausência do interrogatório, em caso de recurso, poderá ensejar a baixa dos autos para sua realização, retardando a solução final do feito e colaboração para a ocorrência da prescrição.

Avisa aos Senhores Promotores de Justiça que deverão dedicar especial atenção aos casos em que, no curso do processo penal, o acusado for preso ou comparecer perante a autoridade judiciária, requerendo se proceda ao seu interrogatório, mesmo que já tenha sido proferida sentença, desde que pendente de recurso”.

Note-se a tranquilidade com que o criminoso pode turbar a obtenção da verdade no caso de não ser localizado pela polícia na fase inquisitorial – sendo indiciado indiretamente – e, em juízo, tornar-se revel, portanto, deixando também de ser interrogado. Caso seja preso após a pronúncia e somente interrogado no plenário do Júri, o tal “meio de prova” pode injustamente auxiliá-lo, beneficiando-o, por conseguinte, por sua constante fuga da justiça: como se dizia, no caso, deste modo seria impossível a comparação e o paralelo com outros interrogatórios.

Tal fator sujeita-o às nuances de cada arguidor, possibilitando que a “verdade” colhida por um seja diversa da “verdade” colhida por outro. Por quê? Porque para a obtenção da versão do réu, depende o arguidor da sua formação jurídico-filosófica, argúcia e até uma certa postura conceitual-moral frente ao caso concreto, já que se trata de verdadeira tarefa inumana pretender-se que, por paradoxo, o homem que ocupa a toga consiga sempre despojar-se, no todo, do “ser” e de sua particular opinião.

Desse modo, as perguntas endereçadas ao interrogando são variáveis na forma e no conteúdo, com maior ou menor propriedade, e distando-se, indefectivelmente, na quantidade, entre os diversos atos.

Há interrogatórios paupérrimos, que se limitam a oitiva das explicações do acusado quanto ao “comportamento da vítima” antes do delito, pouco falando sobre o crime em si. Identicamente àqueles aos quais nos referíamos na análise do inquérito policial²⁵⁰ – a crítica aqui é a mesma –, porquanto, se culpado é o réu, não se pode concordar que uma prova tremendamente importante seja conduzida ao alvedrio de sua inteligência malsã, deixando-se de buscar, ao fundo, a “verdade real”. Esteticamente, assim, acabaríamos por ter um ato que “comprova”, formalmente, algo que, de fato, não ocorrera...

Tais interrogatórios não atendem a voluntas legem, e não justificam sua realização: avolumam papéis sem elucidar fatos, burocratizam ainda mais a emperrada Justiça, obliteram, por fim, precioso tempo. Se a economia de palavras ou o silêncio teimoso são direitos do acusado, a fiel observância dos parâmetros do art. 187 é dever do magistrado na feitura do ato.

Versões ocas do réu, sem conteúdo algum – aquelas que enrolam, confundem logomaquicamente e nada dizem –, objetivamente não deveriam tomar sequer assento no termo, porque trazem apenas uma burundanga de palavras desconexas sobrepostas em papel... de embrulho. Melhor seria, então, o papel-carbono dos interrogatórios bem conduzidos, clarificador de sua consciência.

E o reverso da medalha: quantos réus inocentes não acabam por ser prejudicados, pois, mal conduzidos em sua oitiva, acabam por deixar de oferecer valiosos elementos comprovadores, v.g., de um álibi verdadeiro?

Tais atos merecem impugnação até a fase do art. 411, § 4º, do CPP pelas partes, do contrário, a pronúncia (art. 413 do CPP) tornará preclusa as vias impugnativas.

... Uma noite maldormida, um compromisso impostergável de inarredável lembrança, o humor momentaneamente perdido, coincidente com o início da audiência, bastam ao magistrado – e quem conhece a prática bem o sabe da rotina – para não conduzir o interrogatório de uma forma que realmente atenda a demanda da verdade e dos requisitos legais.

Apenas por argumentar, comparativamente – porque entendemos que o meio-termo melhor se adequaria à espécie –, hoje, até no direito japonês as coisas não andam como por estas terras. Para os nipônicos não são as partes que coadjuvam o magistrado no referido momento processual, mas este é que intervém suplementarmente quando preciso:

“En ce qui concerne l’ordre de présentation des preuves, normalement, l’interrogatoire du prévenu a lieu après qu’ont été examinées les autres preuves. L’interrogatoire est mené, d’abord, par les deux parties, l’avocat et le ministère public, ensuite, si nécessaire d’une manière supplémentaire, par le juge”²⁵¹.

Outrossim, num lampejo de sabedoria e pragmatismo, o legislador houve por bem modificar a forma do ato processual do interrogatório. Insta ressaltar que, sob a vigência da lei anterior, as partes se viam sob um verdadeiro cerceamento na obtenção da verdade, quando remanescia a elas o papel de simplesmente auxiliarem, com reperguntas (muitas vezes não imaginadas pelo magistrado), inviabilizando-se o acesso à realidade do ocorrido.

Uma verdadeira coação ab extrinseco, em que se violentava moralmente o princípio do contraditório, impedindo-se a complementação da prova pela acusação e defesa que, no caso, poderiam ter inteligentes e oportunas perguntas a ofertarem.

Venturosamente, o texto legal foi alterado pela Lei n. 10.792/2003, passando o art. 188 a prever que, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Enfim, após permanecer insoluto anos a reio, o dispositivo legal contemplou a possibilidade da complementação

da prova por meio das reperguntas feitas pelas partes após a inquirição judicial.

Proveitosamente, permitiu-se uma melhor incursão das partes no domínio das provas – afinal, é por elas que as provas são produzidas, em um sistema processual acusatório – e, nesta senda, prestigiou-se a liberdade de atuação do órgão acusatório e de seu adversário, primando-se por um Estado Democrático de Direito que percorre, incessantemente, o caminho para a obtenção da verdade real.

6.1. Interrogatório por videoconferência

A Lei n. 11.900/2009 passou a autorizar a prática de atos processuais pelo sistema de videoconferência, como o interrogatório de réus presos, inquirição de testemunhas presas, bem como oitiva de testemunha residente em comarca diversa (em substituição à carta precatória).

Com a nova redação do art. 185 e parágrafos do CPP fica autorizada a realização de interrogatório do réu preso pelo sistema de videoconferência ou “outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

Vale dizer, excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento.

Não exige a lei que o acusado integre organização criminosa, mas que exista “fundada suspeita” de que a integre. Do mesmo modo, para tal hipótese permissiva do interrogatório on-line, não é preciso conexão ou nexo etiológico entre os crimes praticados pela possível organização criminosa e o delito de que o acusado se vê processar. É suficiente, como dito, a fundada suspeita (não se exige, pois, prova) de que o réu integre organização criminosa, pouco importando a natureza do processo a que responda, visto que, por tal – ou “outra razão” não especificada pelo inciso – este possa vir a fugir durante o deslocamento. Presume-se, assim, sua possibilidade de fuga, em face da natureza da entidade a que se suspeita pertencer (organização criminosa). Da mesma forma, a norma aberta (“qualquer outra razão, possa fugir durante o deslocamento”) aduz às hipóteses, por exemplo, de periculosidade provada do acusado, levando-se à suspeita de que, durante o trajeto, possa encetar fuga e, bem como, na fundada suspeita de tentativa de resgate do réu, durante o deslocamento, por terceiros. O artigo acautela o Estado de danos maiores para a Segurança Pública, tal como muitas vezes a casuística demonstrara, a ponto de ensejar o permissivo legal. Nasce, pois, a lei, nesse particular, de imperiosa necessidade constatada no cotidiano forense, sobretudo nos grandes centros, quando se têm no polo passivo da ação indivíduos com “fundada suspeita” de integrar organizações criminosas;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código.

Trata-se de medida destinada a salvaguardar a conveniência da instrução criminal quando da audiência una, ou seja, naqueles casos (por exemplo, procedimento do Júri e procedimento comum) em que se ouve, na mesma oportunidade, réu (em interrogatório), vítima (declarações) e testemunhas (depoimentos). “Na verdade”, como sustenta Norberto Avena, “em que pese o aparente conflito que decorre da conjugação do art. 185, § 2º, inc. III, com o art. 217 do CPP, tais dispositivos são

plenamente conciliáveis, bastando que se parta da premissa de que, enquanto o primeiro tem em vista, unicamente, o interrogatório do réu preso e visa a evitar o seu deslocamento ao fórum quando sua presença interferir na produção da prova oral, o segundo dirige-se, primordialmente, à inquirição da vítima e testemunhas nas hipóteses em que o acusado já se encontrar no fórum para acompanhar a instrução”²⁵²;

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

O adjetivo “gravíssimo” justapõe-se à questão de ordem pública. Pensamos pudesse o legislador prescindir da expressão adjetiva utilizada em sua máxima potência, porquanto toda questão “grave” de ordem pública já resultaria lógica, de per si, para a adoção do interrogatório on-line, tornando despropositado o requisito imposto pelo exagero vernacular, porque de muito subjetiva valoração: o que seria meramente “grave” e não “gravíssimo”, impedindo a realização do ato on-line? Com que bitola se mede a gravidade – e extensão da mesma – para fins de adequação da medida? À falta de clareza para a incidência do dispositivo, a doutrina sugere situações passíveis de aplicação do dispositivo, v.g., “clamor social em torno do fato imputado ou da pessoa do réu preso, de tal forma que a sua presença em audiência possa importar em protestos populares, riscos de agressão física, ofensas morais etc.; e o grau de periculosidade do acusado, exigindo elevado contingente de policiais ou agentes para impedi-lo de eventuais agressões contra o juiz, partes e servidores”²⁵³.

Antes do interrogatório, terá o réu o direito de entrevistar-se reservadamente com seu advogado (art. 185, § 5º, primeira parte, do CPP, com a alteração determinada pela Lei n. 11.900/2009). Esta medida tem por escopo possibilitar que o réu receba, antes do interrogatório, orientação jurídica de seu defensor. Não estabelece o Código o tempo destinado a referida entrevista. Há de aplicar o critério da razoabilidade, considerando-se então a complexidade das imputações criminais deduzidas pela acusação. Por outro lado, não distingue a lei qualquer modalidade de interrogatório para a obediência da medida. Vale dizer: sempre terá o acusado o direito de entrevistar-se com seu defensor, qualquer que seja o tipo de interrogatório empregado, pouco importando, assim, esteja preso ou solto, no próprio juízo ou mediante carta precatória e, ainda, na hipótese de interrogatório por videoconferência ou outro sistema análogo (art. 185, § 5º, do CPP). Nos expressos termos do § 5º fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. Incumbe ressaltar que, nesta hipótese – interrogatório on-line –, fica vedada a interceptação telefônica entre o réu e seu advogado, porquanto diz o texto de lei, literalmente, de que ambos se comunicarão por meio de “canais telefônicos reservados”, configurando-se, pois, prova ilícita, se desobedecido o comando da lei, em homenagem ao direito de defesa.

Embora editada a norma do § 2º do art. 185 do CPP, muito ainda se discute em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade do interrogatório on-line, tendo em conta os princípios da ampla defesa e da publicidade, consagrados no Texto Maior.

Parcela da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do interrogatório on-line, com fulcro na violação ao direito de presença e a limitação da autodefesa, ambos corolários do princípio constitucional da ampla defesa. O princípio da publicidade dos atos processuais também seria restringido pela videoconferência.

Segundo essa corrente, o interrogatório do réu no estabelecimento prisional não permite que o juiz afira a existência de possíveis pressões externas, aptas a intimidar o réu e viciar seu depoimento.

Ademais, consoante esse entendimento, o princípio da imediação – segundo o qual o juiz deve tomar contato com as provas sem intermediários – é violado, na exata medida em que a tecnologia dificulta sobremaneira a percepção do juiz acerca das nuances do depoimento do acusado, com prejuízo à

busca da verdade real.

Assim, para os defensores dessa corrente, o interrogatório em seu dúplice aspecto resta enfraquecido com a realização da videoconferência, conforme tem entendido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁴.

Não pactuamos dessa posição.

O moderno processo penal deve ser efetivo. A busca pela célere e efetiva prestação jurisdicional encontra-se consubstanciada na Constituição Federal. Com efeito, o art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior estabelece que “a todos, no **âmbito judicial** e administrativo, são **assegurados a razoável duração do processo** e os **meios que garantam a celeridade de sua tramitação**” (destaque nosso).

O interrogatório feito por intermédio do sistema de videoconferência busca tornar efetiva e célere a prestação jurisdicional. Não há que se falar em afronta aos princípios da ampla defesa e publicidade, uma vez que o acusado, no interrogatório, tem contato direto e irrestrito com o magistrado e com seu advogado, sendo a publicidade garantida através da tecnologia.

A obrigatoriedade da presença do defensor, e a sua prévia e reservada entrevista com o réu elidem o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o valor probatório do ato. É imperioso ressaltar que, de acordo com o art. 185, § 5º, do CPP, faz-se necessária a presença de dois advogados, estando um primeiro no fórum juntamente com o juiz e o promotor de justiça e o outro no interior do presídio, o que elide a existência de qualquer tipo de coação ou pressão no interior do estabelecimento prisional. Ademais, o réu pode sofrer pressões mesmo na presença do juiz, em virtude de anterior ameaça.

É a aplicação do princípio da proporcionalidade que assegura a constitucionalidade do interrogatório on-line. De um lado, há o direito de presença do réu, decorrente do princípio da ampla defesa, que é garantido na videoconferência por meio da tecnologia. De outro, a efetiva e célere prestação jurisdicional, a preservação da segurança da sociedade (com a redução das fugas durante o trajeto ao fórum e com a diminuição da necessidade de escoltas, possibilitando maior efetivo policial nas ruas, ainda no caso de conveniência para a instrução criminal, como nas hipóteses dos incisos I, III e IV do § 2º do art. 185) e a redução dos custos do Estado com o transporte dos acusados.

Como não existe direito absoluto, a presença física do réu no interrogatório cede em favor do interesse público, com fundamento no princípio da proporcionalidade, que nada mais é do que um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução da colisão de princípios e do balanço dos valores em oposição.

No âmbito jurisprudencial, também controversa a matéria, cujo entendimento díspare remanesce do antigo vazio legal, ou seja, antes da expressa previsão do art. 185, § 2º, pela Lei n. 11.900, de 2009. Assim, antes de editada a nova lei, o Superior Tribunal de Justiça dividia-se ora pela constitucionalidade, ora pela inconstitucionalidade da matéria, e o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma não pacífica por seus pares, tendia ao reconhecimento da inconstitucionalidade do interrogatório on-line. Em um dos seus mais emblemáticos julgamentos quanto ao tema²⁵⁵, tendo o Supremo Tribunal Federal considerado que o interrogatório on-line limitava o exercício da ampla defesa e, portanto, reputando--se o inconstitucional, a Ministra Ellen Gracie, com voto vencido, enfrentou a controvérsia afirmando a licitude do ato, dizendo preservados os direitos e garantias fundamentais do acusado. A polêmica permanece mesmo após a edição do permissivo legal, mas já sem a força anterior; ao menos, perde razão o antigo argumento dos que sustentavam a inconstitucionalidade da medida por infração ao

devido processo legal. É que, agora, tal argumento restou totalmente sepultado, em face da expressa previsão da lei.

A interpretação do § 4º do citado artigo permite concluir que a utilização do sistema de videoconferência está autorizada nas audiências previstas nos arts. 400, 411 e 531 do CPP.

Tem, portanto, aplicabilidade ao procedimento do processo de competência do Tribunal do Júri, limitada a audiência una de instrução e julgamento.

Entendemos vedada a utilização do sistema no julgamento em plenário, portanto. Isto porque a lei é expressa ao indicar que a videoconferência poderá ser de utilidade nas audiências do procedimento ordinário, da instrução preliminar e do procedimento sumário, silenciando quanto ao julgamento em plenário. Prevalece, aqui, o direito do acusado de se fazer presente em seu julgamento, *in persona*²⁵⁶.

6.2. A tríplice finalidade do interrogatório

No que consiste um interrogatório perfeito?

In thesi, o ato deve atender a tríplice finalidade sustentada por Espínola Filho:

“a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado: em suma, compreender-lhe a personalidade;

b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, dá, sincera ou tendenciosamente, o inculcado, com a menção dos elementos, de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade da sua versão;

c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele”²⁵⁷.

Se rotineiramente a lição do competente mestre fosse seguida, não teriam os promotores e advogados, constantemente, diante de casos concretos – ou seja, na presença de um daqueles “interrogatórios anões” –, que se baterem em plenário pela imprestabilidade do ato, deparando-se ainda com o inocente raciocínio do jurado: “... Por que não podemos acreditar nesse interrogatório? Por que o advogado diz que o réu não foi bem interrogado naquela oportunidade, se ele estava presente e nada fez? O promotor não ‘trabalha’ no Fórum, não é o fiscal da lei, por que então aceitou o interrogatório... afinal, não está tudo escrito?”²⁵⁸.

6.3. Recomendações úteis à acusação e à defesa

Adicione-se, por oportuno, também a lembrança das seguintes recomendações que aproveitam à promotoria e à defesa e que constam, igualmente, do Ato n. 1/84-PGJ-CSMP-CGMP²⁵⁹:

“Art. 48. Após o interrogatório do réu, verificar:

I – se foi dado **curador** ao réu menor de 21 anos de idade (Não estaria revogado?);

II – se o defensor constituído do réu preso ou o defensor dativo foram intimados para o oferecimento de **defesa prévia**;

III – se há colidência de defesa, requerendo, se for o caso, a nomeação de defensores distintos.

(...)

Art. 50. Requerer, quando houver dúvida quanto à integridade mental do réu, o exame médico-legal adequado, limitando os quesitos às hipóteses previstas em lei.

Art. 51. Requerer, quando o réu alegar ser menor de 18 anos e não for possível a obtenção de certidão de nascimento, seja o mesmo submetido a exame médico-legal para verificação da idade”.

CAPÍTULO 4

AS ALEGAÇÕES ORAIS DO ART. 411, § 4º, DO CPP E A DECISÃO DE PRONÚNCIA

Sumário: 1. Introdução. 2. É facultativa ou obrigatória a realização dos debates orais? 3. Qual o critério para a feitura pelo Ministério Público? 3.1. A prova meramente inquisitorial pode ensejar a pronúncia? 3.2. Recomendações úteis. 4. As alegações defensivas. 5. Quanto à pronúncia. 5.1. Quais são os seus requisitos? 5.2. Como deve ser sua fundamentação? 5.3. É anulável a pronúncia prolatada em termos “candentes”?

1. Introdução

Prescreveu o legislador:

“Art. 411. (...)

§ 4º 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).

§ 5º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa”.

Tais alegações, tecnicamente, nada mais são que a indicação, para o juiz sumariante, dos necessários “indícios de autoria” e a comprovação da “materialidade do delito”²⁶⁰, para que se possibilite o recebimento do jus accusationis, a teor do art. 413²⁶¹, com a consequente submissão do réu ao julgamento pelo Júri²⁶².

2. É facultativa ou obrigatória a realização dos debates orais?

Para o Ministério Público e a Defensoria Pública, sim, visto que eles têm o dever de ofício de se manifestarem quando convocados, nos autos. Para a defesa constituída pelo acusado, contudo, é facultativa a apresentação de alegações orais, tais como o eram, à luz do antigo art. 406 do CPP, as antigas alegações por escrito. É que, por estratégia e na expectativa da pronúncia, advogados mais experientes costumam protestar pelo oferecimento da defesa somente em plenário, visando resguardar-se de possível adiantamento das teses defensivas²⁶³.

3. Qual o critério para a feitura pelo Ministério Público?

Deve timbrar-se pela mesma característica havida no oferecimento da denúncia: o máximo comedimento. Por quê? Porque vigendo nesta fase o *in dubio pro societate*, não caberia mesmo uma argumentação de fôlego perante o juiz togado que, tecnicamente, apenas declarará admissível o recebimento do *jus accusationis*, expurgando uma eventual pretensão absurda. Basta, portanto, que se lhe indiquem as peças dos autos onde se encontram os necessários “indícios de autoria” e a “prova da materialidade” pleiteando-se a pronúncia, porquanto bastante será a dúvida, para compulsoriamente submeter-se o acusado a julgamento. Com tal procedimento, já estaria satisfeita a *ratio juris* da manifestação promotorial²⁶⁴.

Evidente que, havendo pro reo uma eximente legal cabalmente provada ou uma circunstância de isenção de pena, tal fator deverá ensejar uma minuciosa análise para a postulação ministerial. No caso de impronúncia²⁶⁵ – que, por regra, consiste na exceção – basta ao promotor invocar em favor do acusado a inexistência dos requisitos do art. 413 (insuficiência de indícios de autoria, ou ausência da prova do fato).

3.1. A prova meramente inquisitorial pode ensejar a pronúncia?

Sim, inquestionavelmente.

A propósito, debalde muito tenha se suscitado a insuficiência da prova do inquérito para a prolação de pronúncia, entendemos com a melhor doutrina que a inexistência de provas sob o pálio do contraditório não é óbice para a admissibilidade do *judicium accusationis*, contentando-se para tal desiderato a simples existência de provas indiciárias colhidas no procedimento policial.

Aplica-se ao caso sub analise como uma luva o brilhante voto do eminente Desembargador Silva Leme, mais que atual, que se reproduz no tópico que interessa:

“Indiscutível que, em processo criminal, não pode ser proferida decisão definitiva, condenatória ou absolutória, com apoio único e exclusivo em prova inquisitória. Cuidando-se de sentença terminativa de uma das fases do processo do Júri, *judicium accusationis*, ponto de partida para outra, posterior e efetivamente definitiva, *judicium causae*, a prova meramente policial, passível de confirmação ou modificação na sequência do julgamento, pode e deve ser apreciada e considerada para servir ou não de lastro ao pronunciamento sobre o limite da acusação em plenário”²⁶⁶.

Até porque, para a decretação da pronúncia não se faz necessário um juízo de certeza, bastando a presunção de responsabilidade. Apenas se exige a existência de indícios que o réu seja o autor do fato.

Nesse sentido, a mais abalizada jurisprudência do STF e do STJ tem decidido:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. PROVAS. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. QUALIFICADORA. MANUTENÇÃO.

I – Em se tratando de crime afeto à 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 – Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. **Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial**

(precedente do STF).

III – Somente poderão ser excluídas da r. decisão de pronúncia as qualificadoras manifestamente improcedentes (precedentes). Writ denegado. Liminar cassada”²⁶⁷.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, II, DO CP. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE.

I – Em se tratando de crime afeto à 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 – Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito.

Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial (precedente do STF). Writ denegado”²⁶⁸.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISO II, C/C ART. 14, II, E ART. 129, § 6º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE.

I – Tendo em vista que a tese levantada não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (precedentes).

II – Ainda que ultrapassado este óbice, a tese sustentada pelo impetrante não merece prosperar pois diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. **Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial (precedente do STF e desta Corte).** Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado”²⁶⁹.

3.2. Recomendações úteis

Em síntese, incumbe ao fiscal da lei nesta fase:

- a) relatar resumidamente o processo;
- b) requerer preliminarmente documentos faltantes (folha de antecedentes, certidões processuais etc.), e diligências necessárias à apuração dos fatos (v.g., laudo complementar de exame de corpo de delito nos casos de tentativa, exame necroscópico, outras provas periciais, oitiva de testemunhas referidas, fundamentando-se no art. 209 do CPP etc.), convertendo-se o julgamento em diligência;
- c) arguir em preliminar a ocorrência de eventual nulidade (art. 571, I, do CPP)²⁷⁰;
- d) requerer, quando cabível, a aplicação de medida de segurança, ou a realização de exame médico-pericial, se houver dúvida sobre a higidez mental do acusado²⁷¹;
- e) requerer o afastamento das qualificadoras manifestamente improcedentes²⁷²;
- f) requerer a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, conforme o caso e, tratando-se de acusado solto, manifestar-se sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I do CPP (art. 413, § 3º);
- g) pedir a pronúncia (ou impronúncia) em termos técnicos e necessários, indicando a prova do fato²⁷³, os indícios de autoria²⁷⁴ e demonstrando a intentio necandi – se esta não for evidente –,