

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Cristina Bueno

A INOCÊNCIA COMO VERDADE INICIAL DO
PROCESSO E A ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS

Passo Fundo

2013

Cristina Bueno

A INOCÊNCIA COMO VERDADE INICIAL DO PROCESSO E A ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Prof. Ms. Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo

2013

Cristina Bueno

A inocência como verdade inicial do processo e a íntima convicção dos jurados

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Prof. Ms. Gabriel Antinolfi Divan.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. _____ - _____

Prof. _____ - _____

Dedico este trabalho

Aos meus pais Adilson dos Santos Bueno e
Rejane Aparecida Bueno,
ao meu irmão Eduardo Bueno,
ao meu avô Emilio Ferreira (em memória).

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, pois me possibilitou chegar até aqui.

Aos meus pais, Adilson e Rejane por todo amor, carinho, apoio, incentivo e paciência.

Ao meu irmão, Eduardo por todo amor, carinho, puxões de orelhas e pela grande ajuda na realização deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Gabriel Antinolfi Divan, pelo acompanhamento e pela divisão de conhecimento que me proporcionou.

Aos meus tios Valter Melo e Edi Melo e as minhas primas Anapaula Erig Nimitti e Liamara Melo, por todo carinho e confiança.

Aos meus amigos Robson Lins, Lisiara Valendorf, Jaciara Diavão, Edimar Rigo e Sophia Bueno pela amizade e incentivo em todos os momentos.

Uma vida não deve ser limitada em um sim ou não.

Ficamos com as dúvidas e questionamentos.

Eduardo Lima

RESUMO

Este trabalho trata da observância do princípio da presunção de inocência pelos jurados no Tribunal do Júri. O princípio da presunção de inocência é expressamente previsto na Constituição de 1988. Constitui garantia do acusado de somente ter a sua inocência afastada após sentença penal condenatória transitado em julgado, devidamente fundamentada, demonstrando as razões da decisão. No Tribunal do Júri, no entanto os jurados decidem sem a necessidade de demonstrar os elementos que basearam a decisão. Assim, este estudo apresenta uma análise sobre o processo penal e os princípios penais pertinentes, para demonstrar a importância da presunção de inocência como garantia do acusado e a incompatibilidade existente entre esta e a íntima convicção dos jurados.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Motivação. Júri. Íntima Convicção.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 EXTENSÃO DA EFICÁCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO | 11 |
| 1.1 Processo e Princípios Constitucionais | 12 |
| 1.1.1 Princípios do Devido Processo Legal | 17 |
| 1.1.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa | 18 |
| 1.2 Conceito de Presunção de Inocência e Processo Penal Constitucional . | 19 |
| 1.3 Presunção de Inocência Processual como Direito Constitucional | 26 |
| 2 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DO ACUSADO E OBRIGAÇÃO DO MAGISTRADO | 33 |
| 2.1 A Instrumentalidade Constitucional (A Função do Processo Penal) | 33 |
| 2.2 O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais | 39 |
| 2.3 A aplicação do Princípio <i>In dubio pro reo</i> | 45 |
| 3 O TRIBUNAL DO JURI E A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES POR PARTE DO CONSELHO DE SENTENÇA | 51 |
| 3.1 O sistema de Valoração de Prova: Sistema Legal ou Tarifado, Livre Convicção e o Livre Convencimento Motivado..... | 52 |
| 3.2 A Publicidade como Garantia do Controle da Motivação | 58 |
| 3.3 A Falta de Fundamentação nas Decisões do Tribunal do Juri | 62 |
| CONCLUSÃO | 72 |
| REFERÊNCIAS..... | 74 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 expressamente consagra o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII. Em razão disso, ninguém poderá ser considerado culpado sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O acusado não deve somente não ser considerado culpado, mas sim, deve ser tido como inocente, até que a autoria do fato delituoso tenha sido provada perante o juízo competente.

Ninguém poderá ser punido sem que antes se tenha um processo penal que garanta que os direitos e garantias previstos na Constituição sejam observados. O processo não é somente o instrumento pelo qual o Estado irá exercer o seu poder de punir, é principalmente o meio pelo qual este poder é limitado, garantindo que os direitos do acusado sejam observados.

Para que a presunção de inocência seja afastada e possa ser verificada a eficácia dos direitos e garantias durante o processo, é imprescindível que o juiz ao sentenciar o acusado demonstre os motivos que o levaram a chegar a decisão. O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto na Constituição, no artigo 93, inciso IX. Somente através da motivação da sentença será possível identificar se a legislação foi aplicada e interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais. Além disso, a motivação permite que se observe se o juiz ao decidir levou em consideração os argumentos e provas apresentadas pelas partes durante o processo.

O Tribunal do Júri é uma exceção ao princípio da motivação das decisões, uma vez que, os jurados não justificam o seu voto. Diferentemente de um juiz togado, o jurado não possui a obrigação de fundamentar a sua decisão. Dessa forma a decisão feita pelos jurados não possui uma vinculação direta com a legislação, os jurados podem decidir baseados em qualquer elemento, mesmo os que não estão inseridos no processo.

Dessa forma, nas decisões do Tribunal do Júri o acusado não conhece as razões que levaram a sua condenação, tampouco, pode verificar se as suas garantias foram observadas, entre estas, a presunção de inocência. Assim, o presente trabalho

busca justamente discutir a efetivação do princípio da presunção de inocência frente a não observância do princípio da motivação das decisões pelo conselho de sentença no Tribunal do Júri.

A fundamentação das decisões judiciais juntamente com a publicidade são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, não podendo assim, serem ignorados no rito do júri. Todavia, a motivação das decisões do júri é dificultada pela previsão do sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados. Soma-se a isso o fato de que o júri é *clausula pétrea* na Constituição de 1988, não sendo possível a sua extinção.

O tema é de grande relevância, uma vez que, procura compreender a efetivação do princípio da presunção de inocência. Dessa forma, visa assegurar um direito previsto na Constituição Federal de todas as pessoas que são levadas a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Para a realização do trabalho será adotado o método de abordagem dialético, utilizando como auxiliar o método histórico. Como método de procedimento será utilizado a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura, análise e interpretação de livros, artigos e pesquisas na internet.

O trabalho inicia-se com o estudo do processo como método de resolução de conflitos. Será realizada breve análise sobre a aplicação dos princípios constitucionais processuais, sendo destacados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Em seguida será abordado o processo penal constitucional, assim como, buscar-se-á conceituar e demonstrar a aplicação do princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico. Ao final do primeiro capítulo, será caracterizada a presunção de inocência como direito processual, apresentando as consequências jurídicas desta compreensão.

O segundo capítulo trata das decisões judiciais e apresenta primeiramente a função do processo penal, partindo de uma visão constitucional do processo. Assim, busca-se demonstrar o caráter instrumental do processo penal em relação ao direito penal, assim como, a sua função de garantidor dos direitos do acusado. Logo após, será analisado o princípio da motivação das decisões, apontando a sua importância como garantia de efetivação dos direitos do acusado. Por fim, será brevemente comentado acerca do *princípio in dubio pro reo*, que garante que o acusado não está obrigado a provar a sua inocência, uma vez que lhe é garantido a presunção de

inocência que somente poderá ser derrubada se a acusação provar os argumentos apresentados na denúncia.

No último capítulo será discutida a falta de fundamentação nas decisões do Tribunal do Júri. Inicialmente serão apresentados os principais sistemas de valoração de provas: sistema legal ou tarifado, livre convicção e o livre convencimento motivado. Posteriormente, analisar-se-á rapidamente o princípio da publicidade e o seu papel na efetivação da motivação das decisões. Finalmente, será realizada análise acerca do Tribunal do Júri e a falta de fundamentação das suas decisões. Para isso, inicialmente será feito um breve relato histórico e em seguida será comentado resumidamente acerca do funcionamento do júri em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, será discutido sobre a intima convicção dos jurados e a consequente inobservância ao princípio da motivação das decisões.

1. Extensão da eficácia da presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro

A Constituição de 1988 prevê, entre os direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção de inocência, determinando assim, que o acusado é inocente enquanto não houver uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Neste capítulo, discutir-se-ão os principais fundamentos acerca deste princípio em nosso ordenamento processual penal. Para isso, é importante verificar o próprio conceito de presunção de inocência, assim como, compreender o processo penal pátrio e os seus princípios.

Dessa forma, será primeiramente analisado o processo como forma adotada pela sociedade para solucionar os conflitos de interesses instaurados entre os seus membros. Além disso, será comentado, de forma breve, os princípios constitucionais e como estes orientam o processo, destacando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, além do princípio do devido processo legal.

Finalmente, serão feitas observações sobre o processo penal constitucional. Em seguida, se buscará conceituar a presunção de inocência e identificar a sua importância como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. E ao final, comentar-se-á sobre a presunção de inocência processual compreendida como direito constitucional e as consequências que derivam disto.

1.1 Processo e Princípios Constitucionais

A solução de um conflito entre dois interesses contrapostos pode ocorrer por meio dos próprios litigantes ou por ato de terceiro. No primeiro caso, “um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou

autotutela)”¹. No segundo, “enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral)”².

O Estado moderno conservou para si o poder de pacificar os conflitos de interesse. Porém, nas civilizações primitivas “inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares”³. Assim, como explica Alvim⁴, o indivíduo que pretendesse algum bem e encontrasse algum impedimento, procurava solucionar a situação com os seus próprios recursos. Dessa forma, a vontade do mais forte prevalecia, não havendo garantia da aplicação da justiça. Esse regime constitui a autotutela ou autodefesa, que se caracteriza pela ausência de um terceiro e pela imposição da decisão por uma das partes.

A autocomposição foi outra forma de solução de conflitos utilizada nos sistemas primitivos. Pela autocomposição, “uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele”. Cintra, Grinover e Dinamarco⁵ indicam que há três formas autocompositivas: a desistência, a submissão e a transação. A autocomposição ainda é encontrada nos ordenamentos modernos, “sendo consentida e até estimulada em muitos casos, como é o caso da transação, no âmbito civil, e do perdão do ofendido, no âmbito penal”⁶.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, paulatinamente foi surgindo o árbitro, ou seja, um terceiro imparcial, que possuía a confiança das partes e dessa forma, poderia solucionar melhor os conflitos. Com a evolução do Estado, a arbitragem passou a ser obrigatória e “com a arbitragem obrigatória, surge o *processo* como *última etapa* na evolução dos métodos de resolução dos conflitos”⁷. O processo se apresenta como “o melhor método para se resolver litígios, pela nota de

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 26.

² Ibid., p. 26.

³ Ibid., p. 27.

⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 08.

⁵ Ibid., p.27.

⁶ Ibid., p. 10.

⁷ Ibid., p. 11. Grifo do autor.

imparcialidade que o caracteriza e pela força que se empresta às decisões nele proferidas, respaldadas pelo mecanismo coativo do Estado”⁸.

A denominação “processo vem do verbo *procedere*, que significa avançar, caminhar em direção a um fim e por isso envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolvimento temporal desde um ponto inicial até alcançar-se o ponto desejado”⁹. Assim, o Estado desenvolve uma série de ações com o propósito de obter a prestação jurisdicional, podendo o processo na acepção jurídica ser entendido como “o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)”¹⁰.

Em nosso ordenamento jurídico o Estado utiliza-se do processo para cumprir a sua função de exercer o direito, atuando de forma imparcial na solução dos conflitos. O processo é disciplinado por normas de direito público, pois, diz respeito à atividade jurisdicional do Estado. Ao passo que, o direito processual encontra grande parte de sua regulamentação disposta na Constituição Federal que estabelece a organização dos poderes, inclusive do poder judiciário e igualmente, dita os princípios a serem observados para a efetivação do devido processo legal.

Como ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, a ciência moderna estabeleceu os preceitos essenciais que regulam os sistemas processuais. Estes princípios podem ser comuns a todos os sistemas processuais ou podem dizer respeito a determinado ordenamento. Cada sistema será orientado por alguns princípios que podem ser próprio deste ordenamento ou podem ter vigência em todos os ordenamentos. Assim, é necessário uma análise dos princípios que regem determinado sistema para poder identificar aquilo que lhe é comum com os demais.

A doutrina contemporânea reconhece o caráter normativo dos princípios, com efeito, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício

⁸ ALVIM, 2012, p. 12.

⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

¹⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 301.

jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹¹. Logo, princípio pode ser conceituado como

[...] toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.¹²

Conforme Humberto Ávila, os princípios determinam um fim a ser alcançado, e podem ser conceituados como

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹³

José Afonso da Silva¹⁴ indica que “os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”¹⁵. Os princípios são as bases para as normas jurídicas, no entanto, “podem estar positivamente incorporados,

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.264.

¹² CRISAFULLI, 1952 apud BONAVIDES, 2011, p. 257.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.78.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p. 92.

¹⁵ Ibid., p. 92. Grifo do autor.

transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”¹⁶.

Ainda, conforme José Afonso da Silva¹⁷, os princípios constitucionais podem ser divididos em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os primeiros “constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”¹⁸. São os princípios fundamentais contidos nos artigos 1º a 4º da Constituição. Os princípios jurídico-constitucionais “são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional”¹⁹. Assim, estes princípios se originam de normas constitucionais, e muitas vezes apresentam-se como desdobramentos dos princípios fundamentais.

Partindo da compreensão de princípio como norma jurídica, se faz importante a distinção destes das regras. Para Robert Alexy²⁰ a diferença existente entre princípios e regras é qualitativa. De acordo com o autor, os princípios são normas que dão ordens para que algo seja realizado da melhor forma possível, observando as possibilidades jurídicas e fáticas, ou seja, devem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e aos princípios e regras opostos. Enquanto, as regras devem ser cumpridas ou não, sendo válidas devem ser obedecidas sem graduação.

Ocorrendo conflito entre princípios, Alexy²¹ sustenta que um dos princípios terá que ceder ao outro, porém, isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, tampouco se faz necessária a introdução de uma cláusula de exceção neste princípio. Conforme a circunstância, um dos princípios precede ao outro, podendo em circunstâncias diversas ser solucionada a questão de forma inversa. Isso traduz a afirmação de que nos casos concretos os direitos possuem diferentes pesos e irá prevalecer o princípio com maior peso. Dessa forma, os conflitos de regras são

¹⁶ SILVA, 2011, p.92-93.

¹⁷ Ibid., p. 93.

¹⁸ Ibid., p. 93.

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 93.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86 -87.

²¹ Ibid., p. 89.

solucionados pela validade, enquanto nos conflitos entre princípios, como só podem colidir princípios válidos, além da validade, leva-se em conta a dimensão do peso.

Lopes Jr.²² observa que é necessário que o processo penal passe por uma constitucionalização, ou seja, “sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (infestável) sistema de garantias mínimas”²³. Uma vez que, a maioria das constituições já incorporou os direitos naturais, o problema agora encontra-se na eficácia da Constituição. A eficácia das garantias geralmente depende da atividade jurisdicional, “principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais”²⁴. Dessa forma o juiz, no processo penal, precisa atuar como garantidor dos direitos do acusado.

Por fim, Medina²⁵ aponta que o direito processual é regulado por duas ordens de princípios: os estritamente processuais e os princípios constitucionais. Os segundos,

[...] em razão mesmo de sua natureza, têm caráter cogente, não indicando meras opções de política legislativa que o elaborador da lei processual possa adotar, ou não, segundo o modelo preferido. Já os princípios estritamente processuais, constituindo ‘as diretivas ou linhas mestras, dentro das quais hão de desenrolar-se as instituições do processo’, são perfilhados pelo legislador quando lhe pareça conveniente adotá-los.²⁶

A Constituição Federal de 1988 consolidou, de forma explícita ou implícita, princípios de direito processual com o propósito de orientar o intérprete sobre qual a melhor forma de conduzir o processo. Diante do objetivo da pesquisa, será realizada breve referência aos princípios processuais constitucionais do devido processo legal,

²² LOPES JR., 2007, p. 113.

²³ Ibid., p.113.

²⁴ Ibid., p. 114.

²⁵ MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.33.

²⁶ Ibid., p.34.

contraditório e da ampla defesa, não obstante o direito processual seja orientado por uma série de princípios dispostos na Constituição.

1.1.1 Princípio do devido processo legal

A doutrina indica a origem do devido processo legal à cláusula da *law of land* prevista na Magna Carta de 1215 que limitou o poder dos monarcas na Inglaterra. Mas, foi expressamente prevista na *Petition of Rights* de 1628 e posteriormente, na Constituição dos Estados Unidos em 1787, que promulgou a cláusula do *due process of law*, que dispõe que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal.

No Brasil, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição de 1988 estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo a primeira vez que o referido princípio é previsto expressamente.

O devido processo legal possui um duplice sentido: formal e material. Conforme Machado²⁷, no sentido material diz respeito a existência de normas que garantam a efetivação dos direitos fundamentais e a aplicação de forma razoável, das regras processuais. Já no sentido formal significa a observância das formalidades do processo já estabelecidas.

Cintra; Grinover; Dinamarco²⁸ observam que as garantias do devido processo legal compreendem os poderes e faculdades processuais pertencentes as partes, da mesma forma que assegura o exercício da jurisdição.

A partir do princípio do devido processo legal desdobra-se um amplo conjunto de garantias processuais, sendo reconhecido como uma “espécie de princípio nuclear do Estado Liberal de Direito”. Dele derivam os princípios do juiz natural, contraditório,

²⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.164

²⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.88.

ampla defesa, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo e também garantias especiais do processo penal como a presunção de inocência, a vedação da identificação criminal para o civilmente identificado, comunicação ao juiz competente quando efetivada a prisão, vedação da incomunicabilidade do preso e a liberdade provisória com ou sem fiança.

1.1.2 Princípios do Contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório no Brasil vinha sendo expressamente previsto apenas para a instrução criminal, conforme o § 16 do artigo 153 da Constituição de 1969. A nova Constituição, porém, prevê o contraditório e a ampla defesa aplicável a qualquer processo, no inciso LV do artigo 5º, ao estabelecer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De acordo com a definição do Professor Canuto Mendes de Almeida, o contraditório é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.²⁹ A origem do princípio do contraditório se dá no sistema acusatório e constitui uma manifestação do próprio estado de direito. Como apontam Cintra; Grinover; Dinamarco³⁰, a audiência bilateral, encontrada no brocardo latino *audiatur et altera pars*, revela uma garantia de justiça, sendo considerada pela doutrina moderna, parte da noção de processo.

Todos os interessados na pretensão discutida no processo devem ter conhecimento da ação e de todos os seus atos, para que a partir disso, possam apresentar suas razões e provas. Como afirma Medina³¹ é necessário que o juiz, além

²⁹ ALMEIDA, 1998 apud MEDINA, 2010, p.41.

³⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 61.

³¹ MEDINA, op. cit., p.42.

de garantir a igualdade de possibilidades, oportunize também a participação na prática de todos os atos que tenham o poder de influenciar na decisão.

A ampla defesa surge como consequência do princípio do contraditório e assim como este é necessária a sua aplicação em qualquer tipo de processo. Conforme Machado³², a ampla defesa é uma garantia processual que possibilita ao réu utilizar de todos os mecanismos processuais para proteger os seus direitos. Portanto, garante a oportunidade de produzir todo o tipo de prova, fazer qualquer alegação e interpor os recursos cabíveis.

No processo penal a ampla defesa possui uma maior amplitude. Isso se dá em razão de que o ônus de provar a ocorrência do fato delituoso é da acusação. O réu deve “na defesa prévia, arrolar testemunhas, requerendo-lhes a intimação. Resume-se, a isso, porém, a indeclinabilidade do seu encargo”³³.

A defesa pode ser realizada por meio da defesa técnica e da autodefesa. A primeira é aquela exercida por advogado habilitado, enquanto a segunda é feita pelo próprio acusado. A defesa técnica é indispensável e a sua falta resulta em nulidade absoluta, conforme prevê o artigo 564, III, “c”, do Código de Processo Penal, já a sua deficiência acarreta em nulidade relativa, necessitando a comprovação de prejuízo para o réu.

1.2 Conceito de Presunção de inocência e Processo Penal Constitucional

O processo, como instrumento da atuação do Estado, traduz os direitos e garantias expressos na Constituição. As normas processuais possuem forte conexão com o regime constitucional em vigor, uma vez que o direito processual

³² MACHADO, 2010. p. 167.

³³ MEDINA, op. cit., p. 45.

[...]tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.³⁴

Além de disciplinar a aplicação do direito material, o processo é o instrumento que garante a aplicação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, garantindo a liberdade dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado. Esta função do processo possui maior relevância no processo penal, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a liberdade.

Conforme Aury Lopes Jr.³⁵, o processo é o meio para a realização do Direito Penal e deve realizar a sua dupla função: tornar a pena exequível e garantir os direitos e liberdades individuais. Dessa forma, o processo penal limita o poder do Estado, sendo o instrumento garantidor da efetividade dos direitos individuais constitucionais. Em razão disso, é possível identificar um país democrático através de sua política processual penal. Um país com uma Constituição democrática, como o Brasil, não poderá conceber uma processo penal autoritário, ao passo que “o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa”³⁶.

A Constituição Federal é constituída por normas e princípios que devem ser submetidos a todos, até mesmo ao poder do Estado. Ao passo que, todas as normas infraconstitucionais devem estar limitadas pelas disposições constitucionais. Segundo Moraes³⁷

³⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.84.

³⁵ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.38.

³⁶ Ibid., p.40.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 . ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 729.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

As leis processuais penais devem estar adequadas à norma constitucional para serem válidas. Como afirma Aury Lopes Jr.³⁸, O Código de Processo Penal após a chegada da Constituição de 1988, ficou comprometido e as suas normas vêm sendo flexibilizadas. Por esse motivo, se faz necessária uma reforma total, uma vez que, a atual legislação processual penal possibilita que garantias fundamentais sejam questionadas. Enquanto o Código de Processo Penal não é alterado, cabe aos juristas identificar as normas e institutos que não possuem mais respaldo na Constituição.

No Estado Democrático de Direito não é possível punir qualquer indivíduo sem o desenvolvimento de um processo penal que siga as normas e princípios estabelecidos pela Constituição. O processo penal tem como função principal a proteção dos direitos humanos, como ensina Lopes Jr.³⁹

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

³⁸ LOPES JR, 2006, p.44.

³⁹ LOPES JR., 2007, p. 10.

Dentro deste contexto, o princípio da presunção de inocência reforça a compreensão do processo penal como protetor dos direitos constitucionais. O Estado somente poderá intervir na liberdade individual daquele que realmente for considerado culpado, através de um processo que tenha seguido as regras impostas pela Constituição.

Conforme explica Lopes Jr.⁴⁰, o princípio da presunção de inocência tem sua origem no Direito Romano, mas, foi fortemente atacado durante a Idade Média em decorrência do processo inquisitorial, sendo que neste período, o que se tinha era uma verdadeira presunção de culpa. Rangel⁴¹ aponta que o marco principal do referido princípio se deu no final do século XVIII, quando se iniciou a reação ao sistema inquisitorial na Europa Continental.

A presunção de inocência, somente seria consagrada em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, que em seu artigo 9º proclamou: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁴². Como observa Rangel⁴³, foi nesse período que o processo penal europeu passou a adotar o sistema acusatório e assim, dar uma maior proteção a inocência do acusado.

Como relata Figueiredo⁴⁴, no século XX, o princípio da presunção de inocência veio a ser estabelecido no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Do mesmo modo, é previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, firmada em 1969 entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos.

⁴⁰ LOPES JR., 2006. p. 185.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.24.

⁴² FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão Durante o Processo Penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012, p.49.

⁴³ Rangel, op.cit., p.24.

⁴⁴Ibid., p.50.

No Brasil, a presunção de inocência foi expressamente consagrada na Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, LVII dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Parte da doutrina, porém, considera que o princípio da presunção de inocência foi incluído em nosso ordenamento, anteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme afirma Antonio Magalhães Gomes Filho:

[...]com base na norma de encerramento do rol de direitos e garantias, segundo a qual a enumeração destes não é taxativa, mas meramente exemplificativa, não excluindo preceitos semelhantes que decorram da natureza do regime e dos princípios que o informam, verifica-se por parte da doutrina grande sensibilidade ao considerar a presunção de inocência como princípio informador do nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.⁴⁵

De outra forma se mostra o pensamento de Tourinho Filho⁴⁶, ao sustentar que apesar do Brasil ter votado a favor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não era permitido que o réu apelasse em liberdade. Dessa forma, o princípio não integrou de fato o ordenamento brasileiro, isso ocorreu principalmente pela ideia de que sua observância não era obrigatória, uma vez que não estava incluído na legislação nacional. Por certo, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos não houve nenhuma alteração no ordenamento processual penal a fim de adequá-lo ao princípio.

Algumas Constituições, como a brasileira, ao não atribuir ao preceito a expressão “presunção de inocência” possibilitaram debates doutrinários a respeito de seu conteúdo. A problemática é visualizada nas discussões envolvendo as escolas

⁴⁵ Gomes Filho, 1998 apud FIGUEIREDO, 2012, p.50.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 15. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1. p.66-67

penais italianas. De acordo com Luiz Flávio Gomes⁴⁷, a Escola Clássica confere a máxima amplitude da presunção de inocência, a considerando como princípio orientador e fundamentador do processo penal.

As críticas surgem na Escola Positiva e Técnico-Jurídica. A Escola Positiva negou a incidência da presunção de inocência nas situações de flagrante delito e para quem confessasse espontaneamente. Já para Manzini, expoente da Escola Técnico-Jurídica, o princípio constituía um “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”⁴⁸. Manzini, ainda, determinou uma “equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência”⁴⁹.

A doutrina de Manzini fundamentou a elaboração do Código de Processo Penal Italiano de 1930, que não previa a presunção de inocência. Porém, com o término da Segunda Guerra Mundial e conseqüentemente o fim do regime fascista totalitário, a maior parte dos países europeus adotou um regime político democrático.

A nova Constituição italiana de 1947 dispõe que “O imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva”⁵⁰. De acordo com Luiz Flávio Gomes a Constituição italiana, assim como a brasileira, não expressou explicitamente a presunção de inocência. Do ponto de vista de Manzini a norma apenas determinaria que o imputado não fosse considerado culpado até a decisão definitiva. Assim, o imputado estaria numa situação neutra, ou seja, não seria nem culpado, da mesma forma que não seria inocente.

Figueiredo⁵¹ aponta que a crítica a denominação presunção de inocência surge da equivocada ideia que se tem do termo presunção. O princípio da presunção de inocência não é uma verdadeira presunção, e sim, uma garantia processual. Antônio Magalhães Filho esclarece:

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 103.

⁴⁸ LOPES JR., 2006, p. 185.

⁴⁹ Ibid., p. 185.

⁵⁰ GOMES, 1998, p.104.

⁵¹ FIGUEIREDO, 2012, p.53.

[...]na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma *presunção política*, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.⁵²

Conforme aponta Amaral⁵³, ninguém poderá ser considerado culpado, sem que se tenha verificado a autoria do delito mediante a produção de prova perante um juízo regular. Assim, a presunção de inocência “trata-se, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, de um corolário lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão, pelo procedimento”⁵⁴.

Da adoção da presunção de inocência se extrai algumas conseqüências. Exemplifica Aury Lopes Jr.⁵⁵ que o princípio predetermina a adoção da verdade processual relativa e em decorrência disso determina que o processo se oriente pelo sistema acusatório. No âmbito da regra probatória é extraído o princípio *in dubio pro reo*. Por último, manifesta-se em regras de tratamento do acusado, na medida em que este possui a condição de inocente.

Em síntese, o princípio da presunção da inocência constitui garantia constitucional e princípio norteador do processo penal, no dizer de Antonio Magalhães Gomes Filho

[...]traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer

⁵² GOMES FILHO, 1991 apud FIGUEIREDO, 2012. p. 56.

⁵³ AMARAL, Augusto Jobim. **Apontamentos sobre a Pré-ocupação de Inocência**. Boletim Informativo IBRASPP, ano 02, n. 02, 2012.p. 03.

⁵⁴ Ibid., p. 03.

⁵⁵ LOPES JR., 2006, p. 187.

exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que [...]importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental”;...constitui-se em “informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”⁵⁶.

Portanto, a Constituição de 1988 prevê a presunção de inocência, princípio este que deve sempre guiar o processo penal. Ressalta-se, ainda, que o princípio da presunção da inocência deve ser entendido com uma garantia do acusado de não apenas não ser considerado culpado, mas sim, ser considerado de fato inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

1.3 Presunção de inocência processual como Direito Constitucional

A presunção de inocência, no Brasil, possui natureza jurídica de direito constitucional fundamental. Segundo Luiz Flávio Gomes⁵⁷, também caracteriza um direito de natureza predominantemente processual, que repercute no campo probatório das garantias e de tratamento do acusado.

Da compreensão da presunção de inocência como direito constitucional fundamental resulta algumas conseqüências jurídicas. Luiz Flávio Gomes⁵⁸ aponta que estas garantias são jurisdicionais ou não jurisdicionais. Como garantias não jurisdicionais, são destacadas a aplicação imediata do preceito e a vinculação de

⁵⁶ GOMES FILHO, 1991 apud CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 110.

⁵⁷ GOMES, 1998, p.109.

⁵⁸ Ibid., p. 109.

todos, poderes públicos e particulares. Já como garantias jurisdicionais, é citado o acesso à jurisdição e o controle de constitucionalidade das leis.

O artigo 5º, §1º da Constituição de 1988 dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Conforme Sarlet⁵⁹, a doutrina pátria ainda não obteve consenso acerca do significado e alcance deste preceito.

Acerca da abrangência da norma, Sarlet⁶⁰ sustenta que é aplicável aos direitos fundamentais previstos no Título II, assim como, nos dispostos em outras partes da Constituição e em tratados internacionais. O §1º do artigo 5º expressamente prevê a sua aplicação aos direitos e garantias fundamentais, além disso, uma interpretação sistemática e teleológica demonstra que o Constituinte jamais pretendeu excluir da aplicação do dispositivo em tela, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais.

As controvérsias sobre o §1º do artigo 5º da Constituição Federal se intensificam quando versam sobre o sentido e alcance da norma para as diversas categorias de direitos fundamentais. Observando que há dois grupos de normas na esfera dos direitos fundamentais, as que são diretamente aplicáveis e as que dependem de concretização, Sarlet afirma que

[...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]⁶¹

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.261.

⁶⁰ Ibid., p. 262.

⁶¹ SARLET, op.cit., p.270.

Dessa forma, a partir do artigo 5º, §1, compreende-se uma eficácia maior aos direitos fundamentais em relação as demais normas constitucionais. Cabe ao poder público retirar destes direitos a maior eficácia possível, sendo que a recusa de sua aplicação deve ser justificada.

A Constituição é omissa em relação a vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais, sendo que o §1 do artigo 5º limitou-se a definir a aplicação imediata destas normas. Porém, a falta de previsão expressa não significa que os poderes públicos e os particulares não estejam vinculados aos direitos fundamentais. Conforme ensina Sarlet⁶², retira-se do artigo 5º, §1, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram disponíveis aos Poderes públicos, e num sentido positivo, que estes estão obrigados a realizar os direitos fundamentais.

O legislador não pode restringir direitos fundamentais assegurados pela Constituição. De acordo com Sarlet⁶³, a norma disposta no §1 do artigo 5º da Constituição, limita as possibilidades do legislador de intervir restritivamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Ainda, não é admitida a edição de leis que contrariem estes direitos, sendo que o conteúdo dos direitos fundamentais deve ser extraído das normas constitucionais.

Quanto a vinculação dos órgãos administrativos, a vinculação aos direitos fundamentais abrange as pessoas jurídicas de direito público, como também, as pessoas jurídicas de direito privado que possuam atribuições de natureza pública, da mesma forma, as pessoas jurídicas de direito público que atuem na esfera privada.

Os órgãos da administração devem apenas observar as leis que estejam de acordo com os direitos fundamentais, sob risco de anulação dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais. Destaca-se também que “a fiscalização judicial,

⁶² SARLET, 2009, p.366.

⁶³Ibid., p. 367.

no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, de margem de arbítrio bem maior”⁶⁴.

Os juízes e tribunais também estão vinculados aos direitos fundamentais, sendo que esta vinculação abrange tanto a organização dos tribunais quanto os procedimentos judiciais. A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais possui grande relevância uma vez que os órgãos do Poder Judiciário

[...] não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem [...] simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais. [...]⁶⁵

Além dos órgãos públicos, os particulares em suas relações jurídicas também estão vinculados aos direitos fundamentais, exceto aqueles direitos que por sua natureza são destinados apenas aos órgãos estatais, como o habeas corpus e o mandado de segurança. Existe um longo debate acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sendo que existem posicionamentos que defendem uma eficácia direta e outros que sustentam ser uma eficácia indireta.

Como esclarece Sarlet⁶⁶, pode-se encontrar consenso em alguns aspectos, na medida em que se reconhece que todos, Estado e os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais “por um dever geral de respeito, situação que costuma ser

⁶⁴ SARLET, 2009, p. 370.

⁶⁵ Ibid., p.372-373.

⁶⁶ Ibid., p.381.

identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental”⁶⁷. Quando diz respeito a situações em que os particulares estão em igualdade, terá predomino o princípio da liberdade, sendo que irá incidir uma eficácia direta apenas quando a dignidade da pessoa humana ou a intimidade pessoal estiverem ameaçadas.

Quanto às garantias jurisdicionais, o acesso à jurisdição possibilita que “sempre que algum direito fundamental não é observado, conta o vitimizado com o direito líquido e certo de buscar a tutela judicial desse direito”⁶⁸. Já o controle de constitucionalidade, significa “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”⁶⁹.

O controle de constitucionalidade no Brasil é realizado mediante um complexo sistema, como descrito por Medina

Ao lado dos mecanismos peculiares ao sistema difuso, institui a ação direta, como instrumento do controle concentrado, no plano federal, autorizando sua adoção também, com objeto restrito, no plano estadual. Estabelece, ademais, uma ação declaratória de constitucionalidade. E enseja, ainda, uma forma especial de controle por meio da arguição de *descumprimento de preceito fundamental*. Paralelamente, a Constituição mantém outro tipo de controle concentrado: é o sistema que se pode chamar de instrumental, por servir de instrumento à eventual intervenção da União nos Estados ou destes nos respectivos Municípios.⁷⁰

⁶⁷ SARLET, 2009, p.381.

⁶⁸ GOMES, 1998, p. 109.

⁶⁹ MORAES, 2011, p. 731.

⁷⁰ MEDINA, 2010, p. 83. Grifo do autor.

Efetivamente, a Constituição brasileira adota “um sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário”⁷¹, havendo o controle concentrado como também o difuso.

Do mesmo modo, se faz importante brevemente analisar, a proteção conferida aos direitos fundamentais através das limitações do poder de reforma constitucional.

As limitações ao poder de reforma podem ser explícitas ou implícitas. As limitações “explícitas ou expressas são aquelas que, formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado”⁷². As limitações explícitas, segundo Bonavides⁷³, podem ser temporais, circunstanciais e materiais.

As limitações temporais limitam no tempo a ação reformista. Conforme aponta Sarlet⁷⁴, a Constituição de 1988 não prevê nenhuma limitação em relação ao número de emendas a serem editadas ou prazo para a reforma. Há, porém, exceções, na medida em que o artigo 61, § 5º impossibilita a reapresentação de projeto de emenda que não foi aprovado no mesmo ano legislativo. Da mesma forma, o artigo 61, § 1º proíbe a edição de emendas à Constituição enquanto houver intervenção federal nos estados membros.

As limitações circunstanciais dizem respeito a “determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país”⁷⁵. Bonavides⁷⁶, inclui a previsão do artigo 61, § 1 neste grupo de limitações.

Somando-se a essas há uma limitação material a reforma, “que objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais”⁷⁷. A Constituição determina no § 4º do artigo 60 as restrições permanentes a reforma constitucional.

⁷¹ ALVES, apud MEDINA, 2010, p. 83.

⁷² BONAVIDES, 2011, p. 198.

⁷³ Ibid., p. 199.

⁷⁴ SARLET, 2009, p. 410.

⁷⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 200.

⁷⁶ Ibid., p. 200.

⁷⁷ SARLET, op. cit., p. 412.

Assim, salienta-se que os direitos fundamentais estão protegidos pela limitação imposta no artigo 60, § 4º da Constituição. No dizer de Sarlet

Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de “cláusula pétrea”, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º§1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria. [...] ⁷⁸

Portanto, a partir da definição da presunção de inocência como direito constitucional fundamental, decorrem garantias, sendo obrigatória sua observância e aplicação, “inclusive no que concerne ao âmbito das infrações e procedimentos administrativos”. ⁷⁹

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 expressamente prevê o princípio da presunção de inocência. Este princípio se mostra fundamental para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. A efetivação da presunção de inocência exige que para a aplicação da pena tenha sido realizado um processo penal de acordo com os direitos e garantias previstos na Constituição.

⁷⁸ SARLET, 2009, p. 422.

⁷⁹ GOMES, 1998, p.110.

2. A motivação das decisões judiciais como garantia do acusado e obrigação do magistrado

Uma vez cumpridas as questões iniciais sobre a conceituação da presunção de inocência e sua inserção no processo penal constitucional, se faz importante visualizar atentamente a sua relevância no momento do julgamento do acusado. Para isso, neste capítulo serão analisadas a função do processo penal no Estado democrático de direito, assim como, o princípio da motivação das decisões e o *in dubio pro reo*.

O processo penal é o meio necessário para que o Estado possa aplicar a pena a quem tenha cometido um fato delituoso. Assim, primeiramente, será feita uma rápida exposição acerca da função que o processo penal desempenha ao limitar o poder punitivo do Estado, garantindo que o acusado tenha os seus direitos e garantias efetivados.

Logo após, serão abordadas as questões sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A motivação da sentença permite que se verifique se o magistrado ao decidir observou os princípios e garantias previstos na Constituição Federal e se levou em consideração os argumentos e provas trazidos pelas partes no processo. Nesse sentido, a motivação da sentença é essencial para que a presunção de inocência do acusado seja derrubada.

Por fim, será tratado do princípio *in dubio pro reo* que tem origem no princípio da presunção de inocência e garante que no caso de dúvida o acusado deve ser inocentado. Dessa forma, a acusação precisa provar as acusações contidas na denúncia afastando a presunção de inocência, porém, o réu não possui a obrigação de provar nada.

2.1 A instrumentalidade constitucional (A função do processo penal)

Com a evolução da sociedade e a conseqüente necessidade enfrentada pelo homem de manter a coletividade pacífica, o Estado foi fortalecido e obteve para si toda a administração da justiça. Assim, mediante a violação de um bem jurídico tutelado pelo Estado, se faz imprescindível a utilização do processo judicial, pois, “é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena”⁸⁰.

A essencialidade da existência de um processo ocorre porque o Direito Penal, como ensina Aury Lopes Jr.⁸¹, não possui coerção direta, deste modo não tem atuação nem realidade de fato se não estiver inserido no processo adequado. Portanto, para que a pena seja aplicada, além da lesão ao bem juridicamente protegido se faz indispensável a existência do processo penal.

No Estado Democrático de Direito o processo penal assume a função de instrumento limitador do arbítrio do Estado, uma vez que, estabelece uma série de garantias e princípios constitucionais que devem ser respeitados. O que precisa ser indagado, de acordo com Lopes Jr., é o “fundamento da existência do processo penal, por que existe e por que precisamos dele”⁸².

Primeiramente, é preciso partir de uma leitura constitucional do processo penal, a medida em que as constituições democráticas asseguram direitos e garantias que precisam ser aplicados. Diante disso, a instrumentalidade do processo deve ser pautada em um processo penal constitucional, que garanta a eficácia destes direitos e garantias previstos na constituição.

O caráter instrumental do processo penal em relação ao Direito Penal, como já citado, está na necessidade do processo penal para a aplicação da pena. Conforme ensina Lopes Jr.⁸³, o direito privado é aplicado diariamente sem qualquer interferência dos órgãos jurisdicionais, que é solicitado apenas para solucionar eventuais conflitos que surgem quando os acordos não são cumpridos. O Direito Penal, ao contrário, tem

⁸⁰ LOPES JR., 2006, p.03.

⁸¹ Ibid., 2006, p.03.

⁸² Ibid., 2006, p.01.

⁸³ LOPES JUNIOR, 2007, p. 23-24.

como base a pena e esta depende da existência do processo penal. Desse modo, o processo penal é um instrumento para a aplicação da pena, pois

A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.⁸⁴

Efetivamente, não há processo penal se não houver a possibilidade de geração de uma pena. Lopes Jr. esclarece que não há motivos para a manutenção de processos em que claramente se identifica a prescrição pela pena que provavelmente será aplicada ou quando não há provas absolutamente suficientes para a condenação. A instrumentalidade do processo é pautada na aplicação da pena mediante o devido processo, porém, não há esta exigência quando não será aplicada pena alguma. Por isso, o Estado “pode prescindir completamente do instrumento, absolvendo sem processo algum”⁸⁵.

De fato, a instrumentalidade do processo, como afirma Lopes Jr., se encontra no fato de que a norma penal possui em seu preceito um comportamento proibido ou imperativo e a sanção destina-se ao poder do Estado que aplica a pena. A pena não poderá ser aplicada sem o processo penal, nem mesmo quando houver o consentimento do acusado.

Conforme explica Scheid⁸⁶, a instrumentalidade do processo penal não está apenas nas suas relações com o direito penal. O processo penal é o instrumento através do qual são garantidos os direitos do acusado, por esse motivo, a jurisdição

⁸⁴ LOPES JUNIOR, 2007, p. 24.

⁸⁵ LOPES JR, 2006, p. 08

⁸⁶ SCHEID, Carlos Eduardo. **A Motivação das Decisões Penais A partir da Teoria Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.p. 75.

precisa obedecer ao devido processo legal. Desse modo, o processo penal pode ser entendido como

[...]um meio por intermédio do qual se protege a pessoa do acusado, garantindo-se-lhe a afirmação de seus valores fundamentais, os quais, por sua imposição hierárquica, são limites à persecução penal, servindo, ainda, de bússola à administração da justiça penal do Estado. Eis aí a relevância da lei processual penal, na medida em que ela, abstratamente, estabelece como se deve proceder para se alcançar a atuação da lei penal substantiva, assim como determina quem está investido de competência para conduzir os atos integrantes do procedimento, cuja finalidade, em precisão, é a decisão judicial versada sobre a atuação da lei penal material.⁸⁷

A instrumentalidade do processo para Rangel Dinamarco é um “conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto adequado e seguro”⁸⁸. A instrumentalidade vista como categoria jurídica, porém, constitui

[...]uma característica endo-sistemática que não coincide nem tem a riqueza desta outra de que se cuida e que é a instrumentalidade do processo, entendido agora como a expressão resumida do próprio *sistema processual*; essa sim, é uma perspectiva exterior, em que o sistema é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica política e social.⁸⁹

⁸⁷ SCHEID, 2009, p. 76.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 266.

⁸⁹ Ibid., p. 266. Grifo do autor.

Como aponta Rangel Dinamarco⁹⁰, a instrumentalidade do processo deve ser vista por duas formas distintas: a instrumentalidade em seu aspecto negativo e a instrumentalidade em seu aspecto positivo.

A instrumentalidade negativa do processo fundamenta-se na negativa do processo como um fim em si mesmo ou como fonte de direitos. Dinamarco explica que a preocupação exagerada com os temas processuais fortalece o descuido do caráter instrumental do processo, auxiliando o formalismo na aplicação da técnica processual. Além disso, causa a impressão de que o processo origina direitos as partes, retirando as atenções do direito material. Em relação a isso, Cintra; Grinover; Dinamarco afirmam:

[...]os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu [...]).⁹¹

Ressalta-se ainda que esta visão do processo não compromete o sistema processual, como também, não significa um “retrocesso nas suas conquistas de independência conceitual e metodológica”⁹². Da mesma forma, não prejudica a “visão

⁹⁰ DINAMARCO, 1999, p. 267.

⁹¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 48. Grifo do autor.

⁹² DINAMARCO, op.cit., p. 270.

⁹² Ibid., p. 270.

muito clara da existência dos dois planos do ordenamento jurídico, que é o apanágio do sistema processual e da ciência do processo[...].”

A instrumentalidade positiva confunde-se com a efetividade do processo que se resume na ideia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”⁹³. Portanto, o processo como um instrumento deve obter o máximo dos resultados esperados, cumprindo sua função social, política e jurídica.

De acordo com Cintra; Grinover; Dinamarco⁹⁴, a instrumentalidade em seu aspecto positivo, reúne o sistema processual ao direito material, como também, as pessoas e ao Estado. Se faz necessário disponibiliza-lo ao cumprimento de seus objetivos sociais, políticos e jurídicos, de modo que, o processo sirva de “caminho à “ordem jurídica justa””⁹⁵. Dinamarco⁹⁶ indica que há quatro aspectos fundamentais da efetividade: a admissão em juízo; o modo-de-ser do processo; a justiça das decisões e a sua efetividade.

Contudo, é necessário ter atenção ao transportar para o processo penal os ensinamentos de Dinamarco. Nesse sentido, Moraes da Rosa argumenta que Dinamarco adapta a teoria processual aos resultados exigidos pela população por meio da criação de condições mais favoráveis ao sistema rumo à efetividade do processo. A partir da autonomia do Direito Processual o autor demonstra que a instrumentalidade do processo deve ser regrada em “face da conjuntura social e política do seu tempo, demandando um “aspecto ético do processo, sua conotação deontológica”. Porém, Moraes da Rosa esclarece que

Esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais e cumprir os postulados processuais constitucionais, vinculando-se aos valores constitucionais, em especial o valor Justiça. A proposta está baseada nas modificações do Estado Liberal rumo ao Estado Social, mas

⁹³ DINAMARCO, 1999, p.270.Grifo do autor.

⁹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 47.

⁹⁵ Ibid., p.47.

⁹⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 273.

vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos ‘escopos processuais’, com forte influência da superada Filosofia da Consciência, deslizando no Imaginário e facilitando o surgimento de Juízes Justiceiros da Sociedade.⁹⁷

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.⁹⁸ afirma que o sistema processual não possui valor em si mesmo, mas sim “nos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático-constitucional)”. Assim, é preciso atenção ao estabelecer os objetivos do processo penal, pois, este “não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Aury Lopes Jr., crítica ainda, a utilização abusiva das medidas cautelares pessoais, destacando a prisão preventiva, com o fim de garantir a ordem pública.

Em síntese, o processo penal possui o caráter de instrumento que possibilita a eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição. Desse modo, a instrumentalidade está “relacionada com o Direito Penal e à pena, mas, principalmente, a um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais”⁹⁹. Como caracteriza Aury Lopes Jr.¹⁰⁰, a instrumentalidade diz respeito a limitação do poder e a proteção do réu, que sempre será a parte mais fraca na relação processual, pois, sobre ele “recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal”¹⁰¹.

2.2 O princípio da motivação das decisões judiciais

⁹⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari.** Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/434/376>>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 223.

⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.2. p. 09.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 11.

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto na Constituição de 1988 e constitui uma garantia inseparável do Estado democrático de direito. De acordo com Aury Lopes Jr.¹⁰² é preciso que as decisões estejam fundamentadas para que seja comprovada a eficácia do contraditório e da ampla defesa, assim como, seja afastada a presunção de inocência.

A obrigação de os juízes fundamentarem as decisões tem origem no século XVIII, com os pensamentos iluministas “sobre o Estado, o direito e a administração da justiça”¹⁰³. Com isso, procurava-se definir “a certeza do direito e o papel político da magistratura na incumbência de aplicá-lo aos casos levados a julgamento”¹⁰⁴. A motivação das decisões surgiu como meio pelo qual a sociedade pode controlar um “poder que não era pessoal (ou seja, do juiz ou do rei), mas, em verdade, uma delegação da própria sociedade”¹⁰⁵.

No Brasil, a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 93, inciso IX. Como aponta Scheid¹⁰⁶, isso não significa, porém, que antes da previsão constitucional a necessidade da motivação das decisões fosse ignorada pela comunidade jurídica. Assim, realça-se as críticas realizadas contra a previsão do Regimento Interno do Superior Tribunal Federal que estabelecia que os ministros em sessão secreta e sem apresentar qualquer justificação, poderiam decidir arguição de relevância de questão federal. Nesse sentido, vamos encontrar o esclarecimento de Cintra; Grinover; Dinamarco:

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciais, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado. A Constituição de 1988 cuidou também de impedir a exigência da *arguição de relevância*, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – seu art. 102 não formula essa exigência e não deixa

¹⁰² LOPES JUNIOR, 2009, p. 321.

¹⁰³ SCHEID, 2009, p. 40.

¹⁰⁴ Ibid., p. 40.

¹⁰⁵ Ibid., p. 40.

¹⁰⁶ Ibid., p. 42.

ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio a reprimir a antiga *arguição de relevância*, agora com a exigência da *repercussão geral* para que o recurso extraordinário possa ser conhecido – mas, à luz do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente ilegítima alguma disposição legal ou regimental que viesse a dispensar a motivação nas decisões a esse respeito.¹⁰⁷

Como demonstra Scheid¹⁰⁸, da redação do inciso IX do artigo 93 da Constituição de 1988, encontra-se dois pontos de destaque. Primeiramente, identifica-se que todas as decisões com carga decisória precisam ser fundamentadas, sendo excluídos somente os despachos de expediente e, conforme previsão no artigo 5º, inciso XXXVII, alínea b da Constituição, a decisão dos jurados no Tribunal do Júri. Além disso, estipula sanção de nulidade para as decisões que não estejam fundamentadas ou que tenham motivação insuficiente.

De acordo com Scheid¹⁰⁹, a exigência da motivação das decisões judiciais no Estado democrático de direito, se faz necessária por dois motivos. Primeiro, é através da motivação que se verifica a aplicação e interpretação da legislação de acordo com a Constituição, além de, se contemplar a materialização dos direitos fundamentais, sociais e individuais. Também, a motivação permite a participação popular no controle do Poder Judiciário, podendo esta, evidenciar que não houve interferência nas funções dos outros órgãos do Estado.

Na visão de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, a motivação como garantia está pautada em três pontos básicos:

[...] primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num

¹⁰⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 75. Grifo do autor.

¹⁰⁸ SCHEID, 2009, p. 43.

¹⁰⁹ Ibid., p. 102.

segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova mas também como direito à valoração da prova pelo juiz.¹¹⁰

Assim, a sentença deve expor as escolhas feitas pelo juiz, como ensina Grinover¹¹¹, deve ser justificada a opção por determinada regra jurídica a ser aplicada, a interpretação utilizada e as eventuais consequências que dela derivam. Na visão de Aury Lopes Jr.¹¹² a fundamentação não se trata de demonstrar vastos conhecimentos jurídicos e jurisprudenciais ou discutir obviedades. O que mais interessa é a explicação dos motivos da decisão, ou seja, o que de fato levou o juiz à concluir sobre a materialidade e a autoria. As motivações acerca da matéria de fato irão demonstrar o conhecimento, legitimando o poder de decidir, uma vez que a pena só poderá ser imposta a quem racionalmente foi considerado autor do crime.

A motivação como garantia possui ainda, um caráter processual e outro político. Conforme ensina Scheid¹¹³, a motivação constitui uma exigência interna do processo, que possibilita às partes impugnar a decisão, pois, permite a visualização dos motivos que levaram o juiz a chegar a solução dada. Além disso, proporciona o controle jurisdicional de segundo grau sobre a decisão impugnada.

Destaca-se, que a motivação da decisão também serve de meio para garantir o direito de defesa do acusado, já que

[...] a motivação da sentença (além do controle acerca do alcance do direito de defesa ao longo das atividades processuais) deve ter como

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. p.212.

¹¹¹ Ibid., p. 212.

¹¹² LOPES JR., 2009, p. 322.

¹¹³ SCHEID, 2009, p. 103.

escopo a verificação da eficácia dessa defesa no pese à sua influência no convencimento judicial, porquanto o réu não pode ser condenado sem que lhe seja garantida a presença de uma defesa técnica capaz de enfrentar a acusação.¹¹⁴

A motivação em seu caráter de garantia política, na visão de Scheid¹¹⁵, está constituída através da fundamentação da sentença, onde é estabelecido os limites ao poder do juiz, na medida em que garante a população o controle sobre a administração da justiça. Scheid argumenta que

Como função política, a motivação deve demonstrar o esforço do juiz sobre a matéria fática, assim como acerca do conteúdo de direito. Sendo assim, a motivação assume uma dimensão pedagógica, de explicação sobre a racionalidade da decisão, o que lhe encampa a necessidade de ser persuasiva, no sentido de evidenciar a sua correção. Com isso, a motivação deve estar entrelaçada com a publicidade, tornando possível um controle democrático e de responsabilização externa do desempenho judicial.¹¹⁶

Mostra-se relevante ressaltar ainda, o papel do juiz como garantidor dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito, uma vez que, será este o principal responsável por efetivar a tutela dos direitos positivados nas constituições.

De acordo com Scheid¹¹⁷, a positivação dos direitos fundamentais trouxe algumas consequências na atuação dos magistrados. Primeiramente, permitiu a independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo. Por segundo, tendo em vista o desenvolvimento do sentido das garantias orgânicas e processuais, sendo que as primeiras constituem um pressuposto da correta aplicação

¹¹⁴ SCHEID, 2009, p. 104.

¹¹⁵ Ibid., p. 105.

¹¹⁶ Ibid., p. 106.

¹¹⁷ Ibid., p. 61.

das segundas, esse condicionamento recíproco possibilita que o judiciário realize uma melhor tutela dos direitos fundamentais. Por último, o juiz precisa acatar a Constituição, desse modo, a motivação das decisões judiciais deve ter o objetivo de proteger os direitos fundamentais.

Ainda conforme Scheid¹¹⁸, a previsão dos direitos fundamentais na Constituição, obriga o juiz a aplicar somente as leis que estejam de acordo com a Constituição, ou seja, as leis materialmente válidas. Como explica Aury Lopes Jr.¹¹⁹, os dispositivos do Código de Processo Penal necessitam ser constantemente adaptados e corrigidos. Dessa forma se torna imprescindível a atuação do Poder Judiciário, já que, o juiz assume a função de garantidor, “que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista”¹²⁰.

A validade deve ser analisadas sob os aspectos formal e substancial. As normas substanciais “dizem respeito ao significado, à própria substância do direito. Aqui entram os princípios, como fator limitador e vinculante da atividade legislativa”¹²¹. Aury Lopes Jr.¹²² explica que uma norma que vai de encontro com o princípio da igualdade ou da proporcionalidade, mesmo que tenha validade formal ou vigência pode ser anulada, pois, viola uma norma substancial sobre sua produção.

Para Ferrajoli¹²³, a existência de normas inválidas podem ser entendidas a partir da diferenciação entre duas dimensões: a regularidade ou legitimidade das normas e a validade propriamente dita. A regularidade das normas trata da forma dos atos normativos, estando ligada a conformidade com as normas formais sobre sua formação. Já a validade depende da coerência com as normas substancias de sua produção.

Portanto, como afirma Aury Lopes Jr.¹²⁴, a norma processual penal ou penal, possui uma dimensão formal, que trata do processo legislativo e lhe confere vigência

¹¹⁸ SCHEID, 2009, p. 61.

¹¹⁹ LOPES JR., 2009, p. 322.

¹²⁰ Ibid., p. 325.

¹²¹ Ibid., p. 325.

¹²² Ibid., p. 325.

¹²³ FERRAJOLI, 1997 apud Ibid., p. 325.

¹²⁴ LOPES JR., 2009, p. 326.

e validade formal. Também, possui uma dimensão substancial, que corresponde a coerência da norma com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Acrescenta-se também, que além da verificação da vigência de uma norma há a possibilidade da ocorrência de lacunas e conflitos. As lacunas e contradições entre leis podem ocorrer, como explica Aury Lopes Jr.

A possibilidade do “direito inválido” ou “lacunoso” – a divergência entre normatividade e efetividade, entre o dever-ser e o ser do direito – é a condição prévia tanto do Estado Constitucional de Direito, como da própria dimensão substancial da democracia, bem como, a superação do papel do juiz como mero aplicador da lei. O papel do juiz no processo penal constitucional é o alguém que deve “sentir” (sentenciar) e eleger os significados válidos da norma e das versões trazidas pelas partes, fazendo constantemente juízos de valor.¹²⁵

Dessa forma, apenas a vigência da norma é insuficiente, na medida em que “o sistema está eivado de lacunas e – principalmente – de dicotomias”¹²⁶. Assim, o magistrado deve interpretar a norma em sentido constitucional, abandonando os padrões positivistas, os quais tinham o juiz como “um burocrata, um temeroso respeitador de formas, um seguidor obstinado e compulsivo de regras porque elas simplesmente existem e, por isso, têm validade formal”¹²⁷.

2.3 A aplicação do Princípio *In dubio pro reo*

¹²⁵ LOPES JR., 2009, p. 327.

¹²⁶ Ibid., p. 327

¹²⁷ SCHEID, 2009, p. 62.

O princípio do *in dubio pro reo* decorre do princípio da presunção de inocência, e determina que “a dúvida sempre milita em favor do acusado”¹²⁸. Como ensina Aury Lopes Jr.¹²⁹ no momento em que o réu é presumidamente inocente, não lhe incumbe a obrigação de provar nada. Cabe ao acusador desfazer a presunção de inocência, sem qualquer auxílio do juiz ou do réu.

De acordo com Ferrajoli¹³⁰, a acusação necessita de hipóteses e provas, já a defesa possui o direito de contradizer estas hipóteses e provas, porém, não possui o dever. Caberá ao juiz analisar as hipóteses e aceitar a acusatória somente quando esta estiver devidamente provada, caso contrário, se não houver provas suficientes ou for desmentida, não poderá aceitá-la. Neste sentido, esclarece Aury Lopes Jr.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.¹³¹

Acrescenta-se também que no processo penal não existe distribuição da carga probatória, uma vez que, a “carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência”¹³².

¹²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.p. 69.

¹²⁹ LOPES JR., 2007, p. 519.

¹³⁰ FERRAJOLI, 1997 apud LOPES JR, 2007, p.519.

¹³¹ LOPES JR, 2006, p. 190.

¹³² LOPES JR, op. cit., p. 519.

A doutrina reconhece o princípio *in dubio pro reo*, porém, como aponta Afrânio Silva Jardim¹³³, nem sempre o princípio é utilizado de forma integral. Conforme o autor, o princípio é aceito de forma expressa em uma primeira abordagem, porém, quando é tratado do ônus da prova no processo penal, o princípio é implicitamente negado.

Jardim¹³⁴ afirma que alguns autores conferem a acusação o ônus de provar somente a conduta típica praticada pelo réu. Assim, para esta parte da doutrina, a tipicidade é composta de elementos descritivos e normativos, de modo que, o dolo e a culpa pertenceriam a culpabilidade. Portanto, a defesa teria que provar a existência de um excludente de antijuricidade ou de culpa. No caso de existir dúvida sobre essas dirimentes, a condenação do réu seria inevitável, já que, o Ministério Público teria provado o que seria de sua competência.

Para Jardim¹³⁵, essa posição nega a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, pois, a dúvida somente favorecia o imputado se fosse relacionada ao fato que deveria ser provado pela acusação. Desse modo, em alguns casos “o *in dubio* seria para a defesa e outros em que o *in dubio* seria para a acusação”¹³⁶. Entretanto, o princípio não pode ser aplicado de forma parcial, por esse motivo, no caso de dúvida o réu sempre será beneficiado, de outra forma o *in dubio pro reo* não é adotado.

Conforme Jardim¹³⁷, há ainda uma outra corrente que possui o entendimento que caberia a defesa o ônus de provar as causas legais de justificação, uma vez que, a tipicidade seria indício da antijuridicidade. Para o autor, esta corrente também nega a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, ao passo que, “a dúvida sobre a existência de legítima defesa, por exemplo, determinaria a condenação do réu, já que o caráter indiciário do tipo penal levaria à presunção da ilicitude da conduta, somente afastada pela prova plena em contrário do réu”¹³⁸.

¹³³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 206.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 206.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 206.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 206.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 207.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 207.

Observa Jardim¹³⁹ que esta distribuição do ônus da prova decorre de uma leitura isolada da primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal que determina: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer[...]”. A partir desta norma, a doutrina examina a teoria do delito, com o objetivo de definir o que deve ser alegado e provado pela acusação e o que deve ser alegado e provado pela defesa. O autor esclarece que

[...] a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal. O crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este “todo indivisível”. Qualquer presunção, neste particular, somente pode ser reconhecida se estiver determinada na lei, o que não ocorre no direito dos povos cultos.¹⁴⁰

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.¹⁴¹ afirma que a primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de acordo com o princípio da presunção de inocência. Assim, determina o referido artigo que a prova da alegação cabe a quem a fizer. Como a primeira alegação é realizada na denúncia, cabe a acusação o ônus de provar que o réu cometeu um crime, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável. Como destaca o autor “isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”¹⁴².

Aury Lopes Jr.¹⁴³ também critica a menor exigência probatória nos casos de delitos de menor gravidade. Esse raciocínio vincula o grau da exigência probatória à gravidade do delito, assim, uma prova mais frágil poderia sustentar uma condenação

¹³⁹ JARDIM, 2002, p. 207.

¹⁴⁰ Ibid., p. 207.

¹⁴¹ LOPES JR, 2007, p. 520-521.

¹⁴² Ibid., p. 521.

¹⁴³ Ibid., p. 522.

em se tratando de um delito de menor gravidade. Porém, não há como alternar o nível de exigência probatória, pois, “a proteção é processual e em relação ao exercício de poder corporificado na sentença condenatória, e esse poder (e conseqüente proteção-limite) não varia conforme a pena”¹⁴⁴.

Cabe destacar também, que o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência não devem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Como ensina Aury Lopes Jr.¹⁴⁵, não há base constitucional para o *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, pois, vai contra a organização das cargas probatórias definidas pela presunção de inocência. Se existe dúvida, “é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade”¹⁴⁶, não pode ser admitido que esse erro seja resolvido em desfavor do acusado.

Paulo Rangel¹⁴⁷ observa que se o Ministério Público verificar que existe dúvida sobre a autoria, mesmo que a materialidade esteja comprovada, deve pedir a absolvição do acusado, conforme previsão do artigo 415 do Código de Processo Penal. Como bem lembra o autor

O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena dessa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. Um promotor bem falante, convincente em suas palavras, pode condenar um réu, na dúvida. Júri é linguagem.¹⁴⁸

¹⁴⁴ LOPES JR, 2007, p. 522.

¹⁴⁵ Ibid., p. 523.

¹⁴⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 575.

¹⁴⁷ RANGEL, 2008, p. 576.

¹⁴⁸ Ibid., p. 575.

Segundo Rangel¹⁴⁹, não se sustenta a justificativa de que os jurados são soberanos, podendo assim, uma condenação ser baseada na dúvida. De fato, existe a possibilidade do recurso da decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos, porém, mesmo que o recurso seja provido, o réu irá ao novo júri e poderá ser novamente condenado. Neste caso, somente restaria a revisão criminal, nos casos previstos em lei.

Por fim, conforme afirma Aury Lopes Jr.¹⁵⁰, a sentença condenatória só poderá ser mantida se não surgir prova que crie dúvida. Desse modo, o princípio *in dubio pro reo* “é um critério pragmático para a solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra”¹⁵¹, inclusive na revisão criminal. Assim, a partir de um sistema probatório fundamentado pela presunção de inocência, não pode ser admitido “nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio pro societate*”¹⁵².

Assim, a motivação das decisões judiciais é de suma importância para que o processo penal cumpra a sua função, observando as garantias do acusado. Somente através da sentença motivada, será possível conhecer os elementos que levaram o juiz a chegar a determinada decisão, podendo-se identificar se aquele processo observou os preceitos constitucionais.

¹⁴⁹ RANGEL, 2008, p.575-576.

¹⁵⁰ LOPES JR, 2007, p. 524.

¹⁵¹ Ibid., p.524.

¹⁵² Ibid., p.524.

3. O Tribunal do Júri e a falta de fundamentação das decisões por parte do conselho de sentença

Conforme visto anteriormente, o princípio da presunção de inocência é previsto expressamente na Constituição de 1988 e garante que o acusado somente será privado de sua liberdade após um processo que tenha se guiado pelas regras contidas na Constituição. Mais do que isso, o referido princípio garante que o acusador é inocente até que a autoria e materialidade do fato sejam provadas pela acusação perante o juízo regular. Dessa forma, o acusado não é apenas não considerado culpado até a sentença penal condenatória transitada em julgado, é efetivamente inocente.

Assim, a sentença judicial precisa ser fundamentada para que esta presunção seja afastada e se comprove que as garantias do acusado foram observadas. No entanto, os jurados no Tribunal do Júri não necessitam justificar a decisão tomada. Neste capítulo será demonstrado a problemática envolvendo a instituição do Júri e a íntima convicção dos jurados.

Para isso, será necessário primeiramente comentar brevemente acerca dos principais sistemas de valoração de prova adotados ao longa da história: sistema legal ou tarifado, livre convicção e o livre convencimento motivado. Em seguida, será analisado rapidamente o princípio da publicidade dos atos judiciais e o seu papel como instrumento garantidor da motivação das decisões.

Por fim, será analisado o julgamento dos jurados no Tribunal do Júri. Inicialmente será feito, de modo resumido, um relato histórico do tribunal popular, desde a sua origem até a sua instituição no Brasil em 1824. Finalmente, serão discutidas a atuação dos jurados nos julgamentos e as decisões proferidas por estes sem a necessidade de se observar o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

3.1 Os sistemas de valoração de prova: sistema legal ou tarifado, livre convicção e o livre convencimento motivado.

O processo penal “é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”¹⁵³. Assim sendo, o processo pretende reconstruir um fato que ocorreu no passado, tendo como principal ferramenta a prova. Como explica Lopes Jr.¹⁵⁴, a prova possibilita a atividade de reconhecimento do juiz em relação ao fato exposto na peça acusatória. O processo e as provas que nele foram admitidas formam o convencimento do juiz e legitimam a decisão contida na sentença.

O procedimento probatório “é o conjunto de atos com o escopo de alcançar, no processo, a verdade processual ou histórica, formando o convencimento do juiz”. Visa à realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer, o mais que possível, a certeza dos fatos objeto do caso penal”¹⁵⁵. Conforme Rangel¹⁵⁶, o procedimento probatório pode ser dividido em quatro fases: a proposição das provas, a admissão das provas, a produção das provas e a valoração das provas.

De acordo com Rangel, no momento da valoração o juiz irá exercer o juízo crítico sobre as provas, para a partir dessa avaliação fundamentar a sua decisão. Assim, se uma prova ilícita passou a fazer parte do processo, esta deve ser retirada, já que, o juiz não poderá fundamentar a sua decisão com baseado nela. No caso de o juiz valorar mal a prova, haverá a possibilidade de reforma ou modificação da decisão em segundo grau. Porém, se a sentença for fundada em provas ilícitas ou ilegítimas ocorrerá a declaração de nulidade pelo órgão de segundo grau competente para apreciar o recurso.

¹⁵³ LOPES JR., 2007,p. 505.

¹⁵⁴ Ibid., p. 506.

¹⁵⁵ RANGEL, 2008, p., 461.

¹⁵⁶ Ibid., p., 461-462.

A valoração possui fundamental importância na esfera jurídica e conforme aponta Mendroni¹⁵⁷, possui três aspectos inseparáveis: subjetivo, objetivo e o método de valoração. O aspecto subjetivo, ou seja, quem valora, está ligado ao problema da condição humana, uma vez que, cada pessoa possui suas próprias experiências e vê o mundo de uma maneira própria. O Direito não possui o poder de solucionar este problema, mas tenta amenizar, na medida em que

A posição de um indivíduo na sociedade, ou de um indivíduo numa instituição, e mesmo de uma instituição na sociedade, tenha este indivíduo ou esta instituição o prestígio que for, ainda que possua capacidade intelectual jamais vista, poderá se tornar inquisitória e regressiva se apenas a sua moral (ou a ética institucional) for o fundamento íntimo do julgamento. De modo a não submeter uma situação jurídica a um conjunto de valores muito particular, os ordenamentos jurídicos atuais preveem revisões dos atos jurisdicionais e decisões colegiadas.¹⁵⁸

No aspecto objetivo da valoração, Mendroni¹⁵⁹ esclarece que o ordenamento jurídico tenta indicar quais são as condutas que devem ser valoradas. Assim, o objeto da valoração já possui uma escolha ideológica, pois, a escolha dos valores culturais é feita pelos poderes dominantes “para o seu exercício, que inclusive os utiliza para produzir a sua versão da história”¹⁶⁰. Porém, a sociedade está constantemente se modificando, de modo que existem situações de consenso social, outras que jamais foram e ainda há outras que deixarão de ser. O autor ainda lembra que em uma sociedade democrática a produção intelectual tem importante participação no conjunto ético e questiona as escolhas feitas pelo poder dominante.

¹⁵⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 06

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 07.

¹⁵⁹ MENDRONI, 2010. p. 07.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 07.

Portanto, os aspectos subjetivo e objetivo da valoração são “questões sempre abertas, por demais extensas e social e filosoficamente complexas”¹⁶¹. No entanto, é no método de valoração que “podemos nos concentrar, enquanto estudantes das técnicas jurídicas”¹⁶². Existem muitos métodos para a avaliação das provas e muito foi construído sobre esse tema durante a história dos povos. Encontramos três sistemas principais de valoração das provas: o sistema legal ou tarifado, o da livre convicção e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

No sistema legal de provas “cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa”¹⁶³. Desse modo, conforme explica Rangel¹⁶⁴, o magistrado não possui liberdade para decidir no caso concreto se uma determinada prova realmente comprova os fatos discutidos no processo penal. Isso porque se a lei determinada um certo valor a prova, ao juiz não cabia dizer que valia menos. Do mesmo modo, a lei estabelecia a forma como os fatos deveriam ser provados e o juiz não poderia utilizar meio diverso.

Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁶⁵ expõe que apesar da denominação esse sistema não era inteiramente legislativo, uma vez que era fruto de uma complexa elaboração doutrinária baseada em textos do direito romano. O autor cita como exemplo a *Ordonnance* de 1670 que não apresentava explicitamente as regras de valoração, porém, as supunha. A propósito, o fundamento deste critério era garantista, visto que, visava corrigir o arbítrio do convencimento.

A partir das regras de valoração o juiz deveria examinar o processo e “apreciar o caráter de cada prova e extrair dela o respectivo valor, formulando numericamente a sua *quantidade*, para fins de decisão; assim, as provas podiam resultar *plenas* ou *semiplenas*, ou ainda *manifestas*, *consideráveis* e *imperfeitas* (ou ligeiras)”¹⁶⁶. Segundo Gomes Filho, os meios de prova também eram regulamentados com

¹⁶¹ MENDRONI, 2010, p. 07.

¹⁶² Ibid., p. 07.

¹⁶³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 63.

¹⁶⁴ RANGEL, 2008, p., 467.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1997. p. 23.

¹⁶⁶ GOMES FILHO, 1997, p. 23. Grifo do autor.

atenção. Para a prova testemunhal por exemplo, era exigido duas testemunhas oculares, que realizariam seus depoimentos em três inquirições sucessivas, além disso, havia uma relação de pessoas que não poderiam testemunhar, como os parentes do acusado e as pessoas pobres.

Dessa forma, o juiz no sistema legal “era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a lei mandava provar este ou aquele fato. Seguia, friamente, o que a lei mandava para aferir os fatos, objetos de prova”¹⁶⁷. Acrescenta-se também que com este sistema pode parecer que o acusado era beneficiado, porém

[...] tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua nom* para a obtenção do convencimento, sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária para a condenação.¹⁶⁸

Como descrito por Rangel¹⁶⁹, ainda podemos encontrar em nosso ordenamento jurídico vestígios do sistema legal. O Código de Processo Penal em seu artigo 158 combinado com o artigo 564, III, b, exige a realização do exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios, sob pena de nulidade. O artigo 232, parágrafo único do Código de Processo Penal confere a fotografia do documento, o mesmo valor do original, assim o legislador estabeleceu o valor da fotografia do documentou ou quando e como este será válido. Some-se a isto o artigo 237 também do Código de Processo Penal que dispõe que as públicas formas somente terão valor quando conferida como original, diante da autoridade.

¹⁶⁷ RANGEL, 2008, p., 467.

¹⁶⁸ GOMES FILHO, op. cit. p. 24.

¹⁶⁹ RANGEL, 2008, p., 467.

Como forma de superar o sistema legal, surge o sistema da livre convicção. Gomes Filho¹⁷⁰ explica que a partir da teoria contratualista de Rousseau e dos novos pensamentos acerca da organização do poder passou-se a contestar institutos do sistema penal e processual do Antigo Regime, como a pena de morte e a tortura. Em relação as provas

[...] a reação ao sistema inquisitório e à doutrina das provas legais correspondia também a um novo estágio do pensamento filosófico, resultante da substituição do abstratismo escolástico e cartesiano pela observação direta e crítica dos fatos, própria das escolas experimentais e indutivas; daí o conseqüente reclamo em favor de um processo *informativo*, voltado à “*ricerca indifferente del fato*”, cujos resultados deveriam ser submetidos à livre apreciação dos julgadores, sem o apriorismo consubstanciado nas regras de avaliação aritmética das provas.¹⁷¹

Conforme aponta Rangel¹⁷², neste sistema o legislador responsabiliza o juiz pela avaliação das provas e este deverá decidir de acordo com a sua própria consciência. O juiz não precisa fundamentar a sua decisão, e assim, poderá se basear em suas experiências pessoais além de provas que estão inseridas no processo ou não. De acordo com Aury Lopes Jr.¹⁷³ com este sistema procurou-se deixar os limites impostos pelo sistema legal, porém, a livre convicção também se mostra excessiva, pois, o juiz irá decidir sem revelar os elementos que justificam a decisão, deixando a este uma grande margem de discricionariedade.

¹⁷⁰ GOMES FILHO, 1997. p. 25.

¹⁷¹ Ibid., p. 26. Grifo do autor.

¹⁷² RANGEL, op. cit., p.464.

¹⁷³ LOPES JR., 2007, p. 531-532.

O sistema da livre convicção é adotado no Brasil no Tribunal do Júri. Como explica Rangel¹⁷⁴, os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto, já que a cédula depositada na urna é secreta e não necessita ser motivada.

O sistema do livre convencimento motivado surge como “intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores”. Conforme Rangel¹⁷⁵, através deste sistema o legislador dá ao juiz a liberdade de decidir de acordo com as provas que estão nos autos. Assim, a apreciação é das provas e não há determinação de valor ou hierarquia entre estas. É o sistema adotado em nosso ordenamento, conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal.

Entretanto, ao contrário da íntima convicção o juiz terá que fundamentar a sua decisão. Rangel¹⁷⁶ esclarece que as partes possuem o direito constitucional de conhecerem os fundamentos que levaram o juiz a decidir de determinada forma, possibilitando assim o exercício do direito de recorrer da decisão. O magistrado somente poderá condenar baseado em provas “que foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório, impedindo assim, a chamada condenação com base em “provas” do inquérito policial”¹⁷⁷.

Conforme Gomes Filho¹⁷⁸, a motivação deverá demonstrar os passos realizados pelo juiz para chegar a decisão, tornando possível verificação da imparcialidade, das prescrições legais e da análise dos argumentos levantados pelas partes durante o processo. Na reconstrução dos fatos a motivação da decisão

[...] garante a natureza cognitiva do julgamento penal, necessariamente vinculado à prova da hipótese fática formulada pela acusação; é por meio dela que será possível distinguir a decisão arbitrária, fruto exclusivo do poder, daquela amparada pela prova capaz de superar a presunção de inocência do acusado, ou seja, resultante de um saber; só através da indicação dos motivos da

¹⁷⁴ RANGEL, 2008, p. 465.

¹⁷⁵ Ibid., p. 469.

¹⁷⁶ Ibid., 2008.p. 469.

¹⁷⁷ Ibid., p. 469-470.

¹⁷⁸ GOMES FILHO, 1997. p. 164.

decisão será viável constatar a existência de um nexos entre o convencimento e as provas produzidas.¹⁷⁹

Assim, conforme Nucci¹⁸⁰, o sistema do livre convencimento motivado possibilita ao juiz desenvolver livremente a sua decisão, porém, exige que além de se convencer e decidir, este fundamente a sua decisão afim de convencer também as partes e a comunidade. O juiz deverá revelar a sociedade os critérios que utilizou para apreciar as provas, demonstrando que a decisão equivale a realidade dos fatos.

3.2 A publicidade como garantia do controle da motivação

O princípio da publicidade pode ser entendido como “uma garantia de segundo grau (garantia das garantias), na medida em que sua presença é indispensável ao controle sobre o respeito das garantias primárias (como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório)”¹⁸¹. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁸² foi na Revolução Francesa que se deu a revolta contra os juízos secretos e inquisitivos. De fato, a publicidade encontra-se entre as maiores “garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz”¹⁸³.

A Constituição de 1988 prevê a publicidade no artigo 5º, LX, além do artigo 37 e 93, IX, o referido princípio também é encontrado na Declaração Universal dos

¹⁷⁹ GOMES FILHO, 1997, p. 164-165.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1997. p. 74-75.

¹⁸¹ SCHEID, 2009, p. 90-91.

¹⁸² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 75.

¹⁸³ Ibid., p. 75.

Direitos do Homem em seu artigo 10º. Como esclarece Rangel¹⁸⁴, a Constituição ao prever os direitos e deveres individuais e coletivos declarou preceitos fundamentais que necessitam ser compreendidos para determinar a ordem democrática como um regime de poder manifesto. Não há como conceber no Estado Democrático de Direito o mistério. Nesse sentido Scheid¹⁸⁵ afirma que o princípio da publicidade possibilita reconhecer um lugar democrático, pois, este demonstra o interesse da sociedade em uma correta administração da justiça e ressalta a responsabilidade dos cidadãos e dos órgãos estatais nesta administração.

Conforme aponta Rangel¹⁸⁶, a publicidade dos atos judiciais compõe o devido processo legal e garante o direito de defesa, uma vez que, a sociedade tem interesse de assistir a realização da justiça. Assim, o princípio deve ser visto em harmonia com o princípio do devido processo legal e da verdade processual, na medida em que não é possível observar os procedimentos previstos em lei sem permitir que o acusado tenha conhecimento dos atos praticados durante o processo. Da mesma forma, não se pode descobrir a verdade dos fatos sem que o público possa levar informações ao juiz e verificar se no julgamento há a imparcialidade devida. De fato é por meio da publicidade que

[...] se assegura o controle (externo e interno) da atividade judicial, pois os procedimentos de formulação de hipóteses e de determinação da responsabilidade penal devem ser produzidos às claras, submetendo-se ao controle da opinião pública e, principalmente, do imputado e de seu defensor. Com isso, certo é que surge a publicidade “como forma ótima de dissipar quaisquer desconfianças que se possam suscitar sobre a independência e a imparcialidade com que é exercida a justiça penal e são tomadas as decisões.”¹⁸⁷

¹⁸⁴ RANGEL, 2008.p. 13.

¹⁸⁵ SCHEID, op. cit., p. 91-92.

¹⁸⁶ RANGEL, op. cit., p. 13.

¹⁸⁷ SCHEID, 2009, p. 91.

A publicidade é ainda caracterizada por Scheid¹⁸⁸ como garantia do controle da motivação, da mesma forma o autor aponta que a motivação é garantia da publicidade dos atos judiciais. Entre os dois princípios existe uma relação recíproca de instrumentalidade, que se baseia na possível comunicação entre a atuação no processo e a sociedade. O autor explica que esta relação ocorre na medida em que apenas uma decisão que foi devidamente motivada pode ser publicada e por outro lado, o controle da validade da motivação da decisão só poderá ocorrer no caso desta ser publicada.

Portanto “a motivação garante a possibilidade de a decisão (com seus motivos e fundamentos) ser publicada; e a publicidade, de sua vez, viabiliza o controle da atividade jurisdicional por parte da sociedade, das partes e dos órgãos jurisdicionais superiores”¹⁸⁹. Dessa forma, os dois princípios são garantias de segundo grau, que necessitam um do outro para conseguirem efetivar a sua função de garantia, sendo imprescindíveis para um Estado democrático.

De acordo com Rangel¹⁹⁰, a publicidade no Brasil, em regra, é absoluta ou externa, já que todos podem ir ao Fórum e assistir a realização dos interrogatórios, oitiva de testemunhas, ou seja, qualquer ato processual. Essa regra encontra exceções “nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados”¹⁹¹. É o que ocorre na votação na sala secreta no Tribunal do Júri, conforme artigo 485 do Código de Processo Penal. Ressalta-se ainda, a questão do inquérito policial que

[...] é sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. O Estatuto da Advocacia, contudo (lei n. 8.906, de 4.7.94), estabelece como direitos do advogado o de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7º, inc. XIV) e o de “ingressar

¹⁸⁸ SCHEID, 2009, p. 92.

¹⁸⁹ SCHEID, op.cit., p. 92.

¹⁹⁰ RANGEL, 2008.p. 13.

¹⁹¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 76.

livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares” (art. 7º, inc. VI, b) e o de “ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares” (art. 7º, inc. VI, b). Com isso, praticamente desapareceu o sigilo dos inquiridos.¹⁹²

Como descrito por Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁹³, é preciso ter cuidado com a exasperação da publicidade, já que, os meios de comunicação em massa podem apresentar um risco tão grave quanto o próprio segredo dos atos judiciais. Os incômodos provocados pelo excesso de publicidade podem alcançar os juízes, as testemunhas e as próprias partes. Além disso, a exposição exagerada pode ocasionar “distorções do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial”¹⁹⁴. Nesse sentido Aury Lopes Jr. afirma que

A publicidade abusiva, comprovadamente, causa distorção no comportamento dos sujeitos processuais (promotores, advogados e juízes), aumentando ainda mais o estigma do imputado. Uma das consequências negativas está no que IBÁÑEZ define como hiperpenalização através da espetacularização do julgamento. A verdadeira garantia está exatamente no oposto, pois a presunção de inocência exige que o imputado seja protegido de tais fenômenos.¹⁹⁵

¹⁹² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 77.

¹⁹³ Ibid., p. 76-77.

¹⁹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 77.

¹⁹⁵ LOPES JR., 2006, p. 193.

Assim, a publicidade ao lado da motivação é uma garantia secundária essencial que tem como objetivo propiciar “a transparência ao processo/debate, permitindo o controle interno e externo de toda atividade processual”¹⁹⁶. Porém, essa garantia precisa ser limitada, conforme prevê a Constituição “na defesa da intimidade” daquele que não pode estar sujeito à exploração sensacionalista de fatos levados à discussão judicial”¹⁹⁷.

3.3 A falta de fundamentação nas decisões do Tribunal do Júri

Neste tópico serão discutidas as questões sobre a falta de motivação nas decisões dos jurados. Para isso primeiramente será realizada uma breve abordagem histórica acerca desta instituição. Após, apresentar-se-á de forma resumida o funcionamento do Tribunal do Júri em nosso ordenamento. Destaca-se que não se pretende aprofundar sobre este tema, apenas apresentar uma noção da história do júri e do seu funcionamento atual.

Na doutrina não existe consenso acerca da origem do Tribunal do Júri. Almeida¹⁹⁸ explica que o júri surgiu na Inglaterra após o Concílio de Latrão que aboliu as Ordálias e foi propagado posteriormente com a Revolução Francesa, tendo chegado a vários países, principalmente da Europa. Por outro lado, Azevedo¹⁹⁹ afirma que anteriormente já existiam tribunais populares com as mesmas características do Júri. Contudo, de fato foi na Inglaterra e em seguida nos Estados Unidos, que o Júri ganhou maior relevância, sendo utilizado para os julgamentos cíveis e criminais.

¹⁹⁶ LOPES JR., 2006, p. 192.

¹⁹⁷ CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. **Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 94, p. 199-237, jan./fev. 2012.p.210.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Vital Alberto Rodrigues de. **Tribunal do Júri e o conselho de sentença**. São Paulo: WVC Editora, 1999. p. 21.

¹⁹⁹ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri: aspectos constitucionais e procedimentais (atualizado de acordo com a Lei nº. 11.689/08)**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p.17-19.

Rangel²⁰⁰ aponta que inicialmente o Júri era utilizado para causas cíveis, aparecendo depois a necessidade de submeter aos jurados também as causas envolvendo matéria criminal, incluindo assim a liberdade individual e em alguns casos, onde a pena de morte foi adotada, a vida. Dessa forma, foi retirado o poder que o soberano possuía de sozinho realizar decisões acerca da vida de seus súditos. Encontra-se aqui o caráter democrático do Júri, uma vez que, este surge das decisões do povo e tira o poder de decidir dos juízes ligados ao governante.

De acordo com Azevedo²⁰¹, no Brasil o Júri foi estabelecido mediante o ato de 18 de junho de 1822. Primeiramente lhe foi atribuído os julgamentos dos crimes de imprensa e com o Código de Processo Penal de 1832 passou a julgar outras infrações penais, sendo que a primeira sessão do Tribunal do Júri no Brasil ocorreu em 1825 no Rio de Janeiro. O Júri sofreu várias mudanças importantes durante a história jurídica brasileira. Estas mudanças acompanharam as alterações constitucionais, o que pode ser visto pelos diversos modelos de Júri que já vigoraram no país.

O Júri foi reconhecido pela Constituição de 1988 que lhe garantiu “os princípios da soberania dos veredictos, plenitude de defesa, sigilo das votações e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”²⁰². Destaca-se que a Constituição incluiu a instituição do Júri entre os Direitos e Garantias Individuais, “o que resulta em conceituá-la como uma das garantias vitais do regime democrático”²⁰³. Lopes Jr.²⁰⁴, entretanto, afirma que a concepção de democracia é muito mais ampla que apenas a participação popular realizada através do Júri. O autor alega que

Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa. Seu maior valor está na dimensão substancial, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado

²⁰⁰ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri visão lingüística, histórica, social e dogmática**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.p. 42.

²⁰¹ Ibid., p. 31.

²⁰² Ibid., p. 46.

²⁰³ ALMEIDA, 1999. p. 27.

²⁰⁴ LOPES JR., 2006. p. 148.

e com outros indivíduos. É fortalecimento e valorização do débil (no processo penal, o réu), na dimensão substancial do conceito.²⁰⁵

O procedimento do Júri está previsto no Código de Processo Penal a partir do artigo 406 sendo reservado ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Como explica Goulart²⁰⁶, este procedimento contém duas fases: a do juízo de formação da culpa e a do julgamento, sendo por isso chamado de procedimento bifásico ou escalonado. Na primeira fase existe a possibilidade de produção de provas e ao final há o juízo de admissibilidade da imputação, estabelecendo os limites que esta terá em plenário. O juiz ainda poderá impronunciar o réu, absolvê-lo sumariamente ou ainda poderá desclassificar o delito. Dessa forma, a segunda fase do rito do júri só irá ocorrer se o réu for pronunciado. Conforme Távora²⁰⁷, quando o processo estiver pronto para o julgamento pelo Júri, o juiz-presidente irá iniciar os preparativos para a sessão, da seguinte forma: alistamento dos jurados, organização da pauta e o sorteio e convocação dos jurados.

De acordo com Azevedo²⁰⁸ o Tribunal do Júri tem como base principal a presença de um colegiado formado por juízes populares que não possuem laço direto com o Estado e representam a comunidade onde o fato foi praticado. Os jurados e os critérios usados para selecioná-los formam a característica mais importante do Júri e de seu caráter democrático. Portanto, a representação social e a desvinculação dos membros do Júri com o Estado, seriam elementos que contribuiriam para a formação de decisões mais justas e imparciais.

Rangel²⁰⁹ afirma que os jurados deveriam decidir de acordo com o que tinham conhecimento e com o que se dizia, não existindo a necessidade de observar as

²⁰⁵ LOPES JR., 2006, p. 148.

²⁰⁶ GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do Júri Aspectos Críticos Relacionados à prova**. São Paulo: Atlas, 2008. p.09.

²⁰⁷ TÁVORA, 2013 p.853.

²⁰⁸ AZEVEDO, 2011. p. 129-130.

²⁰⁹ RANGEL, 2007.p. 43.

provas, pois essa análise era responsabilidade de outros homens escolhidos entre os vizinhos. Dessa forma

Os jurados, simbolizando a verdade emanada de Deus, por isso doze homens em alusão aos Doze Apóstolos que seguiram Cristo, decidiam, independentemente de provas, com base no *vere dictum* (*veredicto* = dizer a verdade), nascendo aí, no júri, o sistema de provas da íntima convicção. Lamentavelmente, esse sistema persiste até hoje no diploma processual brasileiro (cf. art. 464 do CPP), mas não foi recepcionado pela Constituição da República, que exige fundamentação nas decisões judiciais (art. 93, IX).²¹⁰

Ainda de acordo com Rangel²¹¹, no Júri existe a ideia de que o acusado será julgado por seus iguais. Porém, o Conselho de Sentença é formado “em regra, por funcionários públicos e profissionais liberais. E o réus? Pobres. Normalmente, traficante de drogas e, excepcionalmente, *Um de nós*. O que por si só, faz com que o júri faleça de legitimidade”²¹². Nesse sentido, Rangel cita Kant de Lima, que descreve que

Examinando a lista oficial de jurados dos quatro principais Tribunais de Júri da cidade do Rio de Janeiro entre 1977 e 1983 (cerca de sete mil nomes), apurei que variavam muito pouco as profissões dos jurados. Eles eram principalmente funcionários públicos, bancários e professores. Entrevistando jurados arrolados durante um ano em dois Tribunais de Júri, descobri que os bancários e professores trabalhavam, em sua maioria, em bancos ou escolas do Estado. A maioria possuía instrução superior, e alguns eram bacharéis em Direito. Certo juiz, também professor de uma Faculdade de Direito,

²¹⁰ RANGEL, 2007, p. 44.

²¹¹ *Ibid.*, p. 44.

²¹² *Ibid.*, p.44. Grifo do autor.

incluiu uma vez todos os alunos de uma de suas turmas na lista oficial de jurados durante um ano.²¹³

Lopes Jr.²¹⁴ também destaca que os jurados não são juízes, estando apenas temporariamente e precariamente incumbidos desta função. Além disso, estes se mostram mais suscetíveis a influências políticas, econômicas e, midiática, pois, não possuem as garantias orgânicas conferidas a magistratura. Dessa forma, “a falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri”²¹⁵.

O julgamento realizado pelos jurados se distingue daquele feito por um juiz togado, uma vez que, no júri não existe a obrigação de fundamentar a decisão escolhida. Como explica Azevedo, “os jurados não se vinculam à lei, devendo decidir por íntima convicção e por equidade. Já em relação aos juízes togados, o mesmo não acontece, já que a decisão se dá por persuasão racional [...]”²¹⁶. O autor ainda argumenta que

Os jurados devem analisar os fatos e as provas, decidindo de acordo com o seu senso de justiça, resultado de toda uma construção de vida de cada indivíduo, suas frustrações, conceitos e preconceitos, valores, aspirações, grau de escolaridade, condição econômica, além de outros tantos fatores que se apresentam como formadores dessa convicção pessoal. Os juízes togados, por seu turno, apesar de não ser possível essa dissociação, não exercem livremente o ato de julgar, eis que vinculados à análise racional dos fatos e das provas à luz do direito vigente.²¹⁷

²¹³ LIMA, 1995 apud Ibid., p. 45.

²¹⁴ LOPES JR., 2006. p. 149.

²¹⁵ Ibid., p. 149.

²¹⁶ AZEVEDO, 2011. p. 168.

²¹⁷ Ibid., p. 168.

A motivação das decisões é garantia prevista na Constituição Federal e constitui elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. Lopes Jr. afirma que “o golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório”²¹⁸. O autor explica que na motivação serão expostos os motivos que levaram o juiz a tomar a decisão sobre a materialidade e a autoria do fato praticado. A decisão dos jurados, portanto, é ilegítima, na medida em que, falta a justificação dos atos, tratando-se, então “de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência”²¹⁹.

Nesse sentido, Rangel expõe que o Tribunal do Júri no formato que temos hoje foi criado com a Constituição de 1937 que, por sua vez, foi imposta pela ditadura de Getúlio Vargas. Assim, se faz necessário passar as normas processuais penais por um filtro constitucional, ou seja, “colocar os dispositivos processuais penais sobre o Tribunal do Júri no filtro axiológico da Constituição e verificarmos se tal normas passam pelo filtro, face à sua pureza”²²⁰. Dessa forma, “se as normas de lei ordinária ficarem presas no filtro constitucional, é porque estão impuras, com resíduos negativos da ordem normativa revogada com o advento da Constituição de 1988”²²¹.

Portanto, não há como conciliar a íntima convicção adotada pelo Tribunal do Júri com a garantia constitucional da motivação das decisões prevista pela Constituição atual. No dizer de Rangel

A decisão que emana desse órgão do Poder Judiciário deve ser fundamentada. A sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um dos seus membros foi absolvido ou condenado. O réu tem o direito de saber as razões de sua condenação. Trata-se de um imperativo constitucional que fulmina de nulidade o ato que emanar do

²¹⁸ LOPES JR., 2006. p. 151.

²¹⁹ Ibid., p. 151.

²²⁰ RANGEL, 2008, p. 465.

²²¹ Ibid.,p. 465.

Judiciário sem fundamentação. Ou trabalhamos com a Constituição e asseguramos suas regras à sociedade, ou de nada vale uma Constituição avançada se não é cumprida, se carece de técnicas coercitivas – de garantias – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.²²²

Além disso, como observa Lopes Jr.²²³, a falta de motivação da condições para que os jurados possam julgar baseados exclusivamente no inquérito policial, já que, não há a exclusão dos autos do inquérito, como também é permitido a utilização em plenário de elementos da fase inquisitorial. Soma-se a isso o fato de que os jurados também poderão julgar a partir de elementos que não estão no processo.

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.²²⁴

Importante ressaltar que os jurados podem decidir definitivamente ignorando as provas apresentadas nos autos. Conforme previsto no artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal, caberá apelação de uma decisão do Tribunal do Júri que seja manifestadamente contrária à prova dos autos. Se o recurso foi provido, haverá a realização de um novo júri, conforme dispõe o parágrafo terceiro do referido artigo.

²²² RANGEL, 2008, p. 465.

²²³ LOPES JR., 2006. p. 151.

²²⁴ Ibid., p. 151-152.

Contudo, a última parte deste parágrafo não admite novo recurso pelo mesmo motivo. Dessa forma, “se no segundo júri eles decidirem novamente contra a prova dos autos, não caberá recurso algum”²²⁵.

Naturalmente, que nos julgamentos feitos por juízes togados, também ocorrem erros e injustiças. Lopes Jr.²²⁶, contudo, afirma que a margem de erro é maior nos julgamentos realizados por jurados que podem ignorar o direito e a prova apresentada, além de, decidirem a partir de elementos que estão inseridos no processo ou não, isso tudo sem precisar explicitar os motivos que os levaram a chegar a determinada decisão.

Para Goulart²²⁷, a exigência de motivação nas decisões do júri permitiria identificar as razões que levarão o Conselho de Sentença a decidir pela condenação ou absolvição do acusado. Porém, esta motivação é dificultada pela previsão do sigilo das votações conforme o artigo 5º, XXXVIII, b da Constituição, proibindo que o jurado exteriorize a sua convicção sobre a causa apreciada. Soma-se a isso a incomunicabilidade entre os jurados, prevista no artigo 458, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal.

Porto²²⁸ afirma que a incomunicabilidade, assim como o sigilo das votações exercem o papel de proteger a livre manifestação dos jurados. Dessa forma, a incomunicabilidade e o sigilo protegeriam o jurado de possíveis questionamentos acerca da decisão tomada. O jurado tem a sua opinião pessoal assegurada, sendo que a decisão tomada pode não ser a opinião majoritária.

Por fim, tendo em vista que o Tribunal do Júri é cláusula pétrea da Constituição de 1988, não podendo assim ser extinto, Lopes Jr.²²⁹ apresenta como alternativa o sistema de escabinato. Goulart explica que neste sistema “a responsabilidade do

²²⁵ LOPES JR., 2006. p. 152.

²²⁶ Ibid., p.155.

²²⁷ GOULART, 2008. p. 41.

²²⁸ PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários**. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.p.42.

²²⁹ LOPES JR., op. cit., p. 157.

acusado é examinada e decidida pelos juízes leigos e profissionais em conjunto, enquanto no júri a deliberação sobre a existência e a autoria é só popular”²³⁰.

É evidente que a adoção deste sistema implicaria em uma grande mudança no Tribunal do Júri, como descreve Lopes Jr.

Claro que isso significaria uma substancial transformação do tribunal do júri, que perpassaria a questão da composição, para influir também na própria forma de funcionamento da instituição, na medida em que afetaria a incomunicabilidade, a quesitação e permitiria também observar a necessária fundamentação das decisões judiciais (que poderia ser elaborada em conjunto por leigos e técnicos, em momento anterior ou mesmo imediatamente posterior à publicação da decisão).²³¹

Conforme Lopes Jr.²³², o ideal seria que os juízes leigos fossem técnicos em áreas que pudessem ser úteis ao julgamento. Assim, os conhecimentos trazidos pelos leigos em Direito, poderiam auxiliar o juiz profissional. Uma vez que, os juízes leigos e os profissionais formam um colegiado único, os conhecimentos e experiências de cada um podem suprir as deficiências do outro.

Como aponta Goulart, este sistema também sofre críticas, na medida em que o juiz profissional pode influenciar na decisão dos juízes leigos. O juiz leigo na ânsia de conhecer o posicionamento do juiz profissional poderia não prestar a devida atenção ao material probatório produzido, o que é indispensável na formação de um juízo imparcial e equilibrado. Sobre isso o autor explica que

²³⁰GOULART, 2008. p.37

²³¹ LOPES JR., 2006. p. 157.

²³² Ibid., p. 158.

Não obstante a existência de críticas ao sistema do escabinado, perceptíveis nesses questionamentos, não é exagero afirmar que o tribunal composto por magistrados profissionais e por leigos representa um equilíbrio maior no ato do julgamento, por força do acréscimo de um componente técnico (constituído pelo magistrado profissional – afeito ao ofício de julgar), o que não constitui sinônimo de alcance de justiça nas decisões.²³³

Por essas razões, conclui-se que o sistema do escabinado é mais coerente com as garantias constitucionais, se comparado ao Tribunal do Júri. Se faz é necessário mudar a composição do órgão colegiado, como também o próprio julgamento, possibilitando a realização da devida fundamentação que cada decisão precisa ter. Somente a motivação da decisão judicial poderá garantir que os direitos e princípios dispostos na Constituição foram efetivados.

²³³ GOULAR, op. cit., p.38.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar a problemática existente na efetivação do princípio da presunção de inocência no julgamento dos jurados no Tribunal do Júri, uma vez que estes não estão obrigados a fundamentar a decisão tomada. Desse modo, não há como identificar os elementos que levaram o jurado a decidir, da mesma forma, não se sabe de que forma o jurado enfrentou a questão da presunção de inocência, não sendo possível, nem ao menos, ter certeza de que esta foi enfrentada.

O princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal de 1988, garante que o acusado será inocente até quando sobrevier uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Importante ressaltar que a presunção de inocência não determina apenas que o acusado não será considerado culpado antes da sentença condenatória. A presunção de inocência é de fato a verdade inicial do processo que somente poderá ser afastada mediante uma sentença condenatória, devidamente fundamentada onde seja demonstrado que o processo observou todas as garantias do acusado e que a condenação tem por base provas inclusas no processo.

A motivação das decisões judiciais também é prevista na Constituição e constitui princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. É através da motivação que a sociedade irá conhecer os motivos que levaram o magistrado a chegar a decisão, demonstrando que o processo obedeceu os preceitos constitucionais e que não ocorreu interferência dos demais órgãos do Estado. E principalmente, será através da fundamentação que o acusado poderá identificar os motivos que levaram o juiz a decidir pela condenação, podendo avaliar se irá recorrer ou não.

Contudo, nos julgamentos realizados no Tribunal do Júri não existe qualquer fundamentação da decisão proferida pelos jurados. Os jurados deverão examinar as provas e os argumentos trazidos pelas partes e julgarem de acordo com a sua própria opinião do que é justo. A decisão dos jurados está carregada com os preconceitos, valores, experiências de vida, condições econômicas e demais elementos pessoais de cada jurado. Naturalmente, nas decisões realizadas por um juiz togado também há essas influências, porém, este precisa demonstrar os fatores que o levaram a decidir,

na medida em que a sentença não poderá ser baseada somente nas suas próprias opiniões.

Dessa forma, os jurados poderão decidir baseados em quaisquer elementos, sejam estes processuais ou não, possuindo a liberdade de julgar ignorando totalmente as garantias do acusado. Os motivos que levam os jurados a condenar alguém não serão conhecidos, assim como, será impossível verificar se o princípio da presunção de inocência foi levado em consideração durante o julgamento.

Observa-se também que o júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. E são exatamente estes fatos que mais chamam a atenção da população e principalmente dos meios de comunicação. A sociedade possui grande interesse acerca do crime e da violência e facilmente pode ser percebido que os meios de comunicação podem influenciar as decisões dos jurados. Nesse sentido, os jurados podem ter formado a sua decisão antes mesmo do julgamento, e esta decisão pode ter sido baseada somente em fatos alheios ao processo.

Portanto, percebe-se que o princípio da presunção de inocência pode ser totalmente ignorado nos processos levados a júri. A presunção de inocência deve acompanhar o acusado até o momento em que seja afastada pelas provas produzidas perante o juiz. E como já foi explicitado, qualquer fator pode levar o jurado a decidir pela condenação do acusado, até mesmo fatos que lhe foram apresentados antes do próprio julgamento.

Assim, a livre convicção dos jurados não pode ser concebida juntamente aos princípios constitucionais da presunção de inocência e motivação das decisões judiciais. Pois, não estando os jurados obrigados a demonstrar os fatos que o levaram a decidir pela condenação, torna-se impossível averiguar se a presunção de inocência foi considerada e se foi, quais os elementos basearam o seu afastamento.

O sistema do escabinato aparece como uma alternativa que harmoniza-se com as garantias trazidas pela Constituição. A efetivação deste sistema necessitaria de mudanças significativas nos julgamentos do Tribunal do Júri, porém, possibilitaria um julgamento mais equilibrado e a realização da fundamentação da decisão e conseqüentemente uma efetivação maior das garantias do acusado.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Vital Alberto Rodrigues de. Tribunal do Júri e o conselho de sentença. São Paulo: WVC Editora, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMARAL, Augusto Jobim. Apontamentos sobre a Pré-ocupação de Inocência. Boletim Informativo IBRASPP, ano 02, n. 02, 2012.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 4. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1996.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do Júri: aspectos constitucionais e procedimentais (atualizado de acordo com a Lei nº. 11.689/08). São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica. Curitiba: Juruá, 1997.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 94, p. 199-237, jan./fev. 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FIGUEIREDO, Igor Nery. A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1997.

GOULART, Fábio Rodrigues. Tribunal do Júri Aspectos Críticos Relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo Penal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.2.

LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. Teoria Geral do Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/434/376>>. Acesso em: 18 set. 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27 . ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NICOLITTI, André Luiz. Manual de Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 1997.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri: procedimento e aspectos do julgamento: questionários. 10 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri visão lingüística, histórica, social e dogmática. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHEID, Carlos Eduardo. A Motivação das Decisões Penais A partir da Teoria Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. Direito Processual Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1.