

2. DOCTRINA NACIONAL

2.2

HOMICÍDIO QUALIFICADO E PROCEDIMENTO DO JÚRI

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Qualificadora e denúncia – 3. Qualificadora e instrução – 4. Qualificadora e pronúncia – 5. Qualificadora, libelo e quesitação – 6. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O juiz togado deve fazer valer a garantia do devido processo legal no procedimento do júri. A influência da doutrina da Lei e da Ordem tem encontrado facilitação na inconsistência das noções e conceitos que se aplicam no júri. O autor atenta para a crise inflacionária de qualificadoras em denúncias criativas. Demonstra o autor, quão vagos e destituídos de sentido são os conceitos e noções utilizados, sugerindo um esquema de análise das qualificadoras que oriente não apenas a pronúncia, mas também o libelo e a quesitação, de modo a assegurar um julgamento justo.

Palavras-chave: Crimes contra a vida – Homicídio qualificado – Processos especiais – Crimes de competência do júri – Juízo de formação da culpa – Denúncia – Pronúncia – Libelo – Quesitos.

1. Introdução

A incidência de qualificadora em crime de homicídio produz efeitos notáveis no campo da resposta penal ao comportamento criminoso, pois eleva sensivelmente a pena privativa de liberdade, dobrando-a em seu patamar mínimo previsto para o crime simples e atingindo o limite constitucional de 30 anos no seu máximo.

Por força da caracterização do crime de homicídio qualificado como hediondo nos termos da Lei 8.072/90, a simples articulação da qualificadora pela acusação impossibilita, para uns, a liberdade provisória e, segundo outros, é motivo bastante para a decretação da prisão cautelar do acusado. Ainda por força da mesma lei, segundo a jurisprudência e a doutrina dominantes, o reconhecimento da qualificadora em crime de homicídio impõe o cumprimento integral da pena em regime fechado, conforme a disciplina da lei especial.

Apesar disto, a experiência demonstra que para promotores de justiça, juízes e tribunais, e por vezes até para advogados, as qualificadoras são meros detalhes secundários do crime aos quais não se dedica a necessária atenção. A facilidade com que qualificadoras são articuladas e reconhecidas, normalmente com o emprego de fórmulas vazias de conteúdo e repetidas irrefletidamente, é prova de que parece ser o papel secundário a elas reservado pelos operadores jurídicos.

Evidentemente as qualificadoras não são meros detalhes, e na verdade a colocação delas em plano secundário não é um acidente de administração do sistema punitivo, mas sim e verdadeiramente uma política criminal em busca da lei e da ordem.

Muitas vezes a busca da lei e da ordem, cuja doutrina em si se ressentia de bases filosóficas sérias a sustentá-la, adquire ares de surrealismo irresponsável que leva alguns operadores a se valerem do crime qualificado como estratégia processual da qual tiram vantagens.

Recentemente, parcela da doutrina e da jurisprudência vem delineando reação a este fenômeno. Nas linhas que se seguem nosso objetivo é a análise destes problemas e a formulação de sugestões que colaborem para a superação dos mesmos.

O procedimento do júri, conforme fórmula bastante repetida, é bifásico porque composto dos denominados *judicium accusationis* e *judicium causae*, que correspondem ao sumário de culpa e ao juízo de mérito.

Nosso tema implica em destaque às principais fases do processo, nas quais o problema das qualificadoras de homicídio merece consideração.

2. Qualificadora e denúncia

A primeira fase a ser considerada é o recebimento da denúncia, na qual a existência de qualificadora pode justificar a prisão cautelar.

A razão original da formação da culpa em alguns procedimentos penais, e que hoje se resume ao processo dos crimes dolosos contra a vida, decorria dos efeitos gravosos do mero ato acusatório que impunha o recolhimento à prisão ou a prestação da fiança.¹

O recolhimento à prisão por causa do ato acusatório, ou mesmo a prestação de fiança, foram problemas que perderam qualquer relevância pelo fato de que isto deixou de existir, submetendo-se à disciplina geral da prisão cautelar qualquer pretensão ou necessidade de acautelamento do processo de crime doloso contra a vida.

Entretanto, a Lei 8.930/94, que fez inserir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90, passou segundo alguns a justificar a prisão cautelar por causa de prisão em flagrante em decorrência da acusação de homicídio qualificado, como ocorre em todos os crimes hediondos, vedando-se a liberdade provisória.²

Também o cotidiano forense registra inúmeras decisões de primeiro e segundo grau que justificam a decretação da prisão cautelar exclusivamente com base

(1) Vide Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo : RT, 1975. p. 173.

(2) Esta é a posição que prevalece, inclusive no STF – HC 73.657-SP, 1.ª T., j. 03.09.1996, v.u., rel. Min. Moreira Alves; HC 74.108-DF, 2.ª T., j. 26.11.1996, v.u., rel. Min. Francisco Rezek.

na natureza hedionda do delito, ou quando muito agregam a ela as tradicionais fórmulas abstratas previstas no art. 312 do CPP.

Assim entendida a Lei dos Crimes Hediondos, aquela razão original da formação da culpa tornou a existir e apresentar relevância: a acusação de homicídio qualificado legitima a prisão processual e a instrução preliminar volta-se contra possível injustiça existente.

Desta forma, indaga-se, há algum remédio precedente à pronúncia que possibilita a correção de eventual articulação injusta ou indevida de qualificadora e conseqüente prisão processual?

O problema se coloca na medida em que a acusação pode decorrer de abuso do titular da ação penal que, afastando-se dos elementos probatórios que dão suporte ao ato, cria ou colore fatos de modo a extrair conseqüências mais gravosas que as objetivamente possíveis.

Trata-se do denominado abuso do poder de denunciar, que segundo Fragoso corresponde ao mau uso de poder na denunciação.³

Também justifica o problema o fato de que o sumário de culpa, a despeito do nome, tornou-se um procedimento dilatado e moroso cujo deslinde é demorado. Deste modo, sua função corretiva pode tornar-se ineficaz na medida em que a prisão processual prolonga-se demasiada e desnecessariamente.

Neste contexto, podemos situar no momento do recebimento da denúncia a possível correção da injustiça, pois é o único ato de conteúdo decisório que antecede à pronúncia.

Conforme Espínola,⁴ ao receber a denúncia o juiz não se manifesta sobre a prova e os indícios de autoria, o que só lhe cabe fazer por ocasião da sentença, depois da regular instrução. Deste modo, a rejeição da denúncia restringe-se às hipóteses em que ela não atende aos requisitos da lei. Neste sentido orienta-se a jurisprudência, que se refere ao mero exercício da pretensão punitiva.⁵

Especificamente quanto ao nosso tema, idêntica é a orientação da jurisprudência, que não aceita a rejeição da denúncia em razão da articulação indevida de qualificadora, pois dada a natureza bifásica do procedimento, o momento adequado para tanto é o do encerramento do sumário de culpa com a prolação da pronúncia, ou o do julgamento pelo conselho de sentença.

Neste sentido o HC 9.359-MG, julgado unanimemente pela 5.^a Turma do STJ em 13.09.1999, cujo rel. Min. Edson Vidigal destacou que a hipótese não é contemplada pelo art. 43 do CPP, que estabelece os casos de rejeição da denúncia.

(3) "Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva", *Revista Brasileira Crim. e Dir. Penal* 13, 1966.

(4) Eduardo Espínola, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro : Borsói, 1965. vol. IV, p. 424.

(5) Assim o STF – RHC 65.300-SP, 1.^a T., v.u., DJU 06.11.1987, p. 24.440; RTJ 112/1090.

Segundo o julgado, a admissão da exclusão da qualificadora nesta fase implicaria cerceamento da pretensão acusatória.

Assim, a orientação pacífica é a de que não pode o juiz rejeitar a denúncia mediante incursão na prova. Conseqüentemente, não haveria solução para a prisão injusta?

Das duas uma: ou o intérprete flexibiliza a rigidez do sistema de modo a prestigiar e compatibilizar a herança hermenêutica com as exigências presentes, ou ele o abandona e supera os conceitos e noções vigentes de modo a admitir a rejeição da denúncia.

O primeiro caminho, trilhou o STJ. Decidiu ele que, não obstante a impossibilidade de rejeição da denúncia, nem por isso fica o juiz vinculado à natureza legal hedionda da infração para decidir sobre a liberdade do acusado, incumbindo-lhe analisar o problema à luz da disciplina geral da prisão cautelar.

Esta é a ementa do HC 5.356-PR, da 5.^a T., julgado por maioria em 25.08.1997, cujo relator para o acórdão foi o Min. Felix Fischer, vencido que foi o rel. Min. José Arnaldo da Fonseca:

“*Habeas corpus*. Homicídio. Exacerbação da denúncia. Lei dos Crimes Hediondos.

I – A verificação da exacerbação na prefacial acusatória, com reflexos no *ius libertatis*, só pode ser feita se prescindir do cotejo analítico do material cognitivo.

II – A vingança, por si, isoladamente, não é motivo torpe.

III – A troca de tiros, em princípio, sem outros dados, afasta a qualificadora do inciso IV do art. 121, § 2.º, do CPP.

IV – Se, inequivocamente, sem qualquer discussão, a *imputatio facti* não apresenta situação típica própria de homicídio qualificado, os efeitos processuais da Lei 8.072/90 devem ser, ainda que provisoriamente, afastados.

V – Conseqüentemente, inexistindo motivos para a segregação *ad cautelam*, deve o acusado aguardar o julgamento em liberdade.

Habeas corpus deferido.”

A decisão, pela sua relevância, merece análise, observado desde logo que o item I da ementa, sobre a necessidade da análise da prova impedir o exame do pedido, refere-se à alegação de legítima defesa havida no caso concreto.

O primeiro ponto a destacar é o enfoque do abuso do poder de denunciar. Conforme assinala o acórdão, “pode ocorrer, no entanto, que a divergência entre a imputação e o fato objetivamente disponível seja parcial, num lance, mas dele resultando sério gravame, como no caso.

E pode ser, também, que a diferença entre a imputação possível e a imputação abusiva seja tão grande ou maior do que a própria denunciabilidade, isto é, o abuso parcial pode ser maior feridor do que o abuso total”.

O raciocínio é irrefutável. Nos dias atuais, uma acusação de homicídio que seja simples fruto de criação mental do órgão acusatório é menos gravosa que acusação cujo abuso se verifique na qualificadora do crime, pois esta é de crime cuja natureza hedionda gera os efeitos funestos da Lei 8.072/90.

Ainda nos termos da decisão em tela, *se o abuso de poder, mesmo parcial, invade a esfera de proteção jurídica da pessoa, há de haver reparo pronto e eficaz*. A correção do que é afirmado é indiscutível, bastando para tanto a lembrança do contido no art. VIII da Declaração dos Direitos do Homem, segundo o qual todos têm direito de receber dos tribunais nacionais recurso *efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais. Mais explicitamente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem determina em seu art. XVIII a necessidade de processo *simples e breve* que proteja a pessoa contra atos de autoridade que violem seus direitos.

Dilatar a solução do problema do abuso parcial do poder de denunciar para o encerramento do sumário de culpa significaria privar o ser humano de um remédio efetivo, pois os efeitos deletérios da prisão se prolongariam, bem como privá-lo do remédio simples e breve, atributos que, conforme já referido, a realidade forense não permite conferirmos ao sumário de culpa, apesar do nome sumário.

A decisão reconhece, conforme seus próprios termos, que a denúncia, como mero ato de formulação de determinada pretensão punitiva, não pode inibir a função tutelar da jurisdição.

Em razão disto propõe, como remédio ao abuso verificado, que os efeitos processuais decorrentes da denúncia por crime qualificado sejam obstados, isto é, que o acusado possa responder em liberdade ao processo.

Nestes termos, o julgado, sem adentrar no mérito da qualificadora, mas por reconhecê-la em princípio abusiva, desvincula do articulado os efeitos que denomina processuais, e que correspondem à prisão processual, para sujeitar esta aos requisitos do art. 312 do CPP, e não ao mero automatismo imposto pela Lei dos Crimes Hediondos.

De outra forma, podemos enfocar a decisão sob o prisma dos requisitos da cautelaridade, de modo que, não verificado com a necessária clareza o *fumus boni juris* acerca da qualificadora, a prisão processual não deve ser mantida ou autorizada.

A importância do julgado do STJ não se esgota na alternativa de um remédio preliminar contra prisões injustas. É relevante destacar que a orientação adotada fornece elementos importantes para a compreensão e equacionamento das tensões no interior do sistema criadas pela Lei 8.072/90, cuja doutrina escancaradamente se assenta nos postulados da Lei e da Ordem.

Uma característica elementar do modelo da lei e da ordem é a expansão dos poderes dos órgãos administrativos do sistema punitivo em detrimento da função judicante.

No modelo garantista, que sem dúvida é aquele adotado pela Constituição Federal, o que se dá é o inverso, pois a jurisdição é incumbida da tutela dos direitos e garantias do acusado, para o que é dotada de poderes preventivos e repressivos extensos.

Decisões judiciais que aceitavam ou ainda aceitam o entendimento da prisão como efeito automático da acusação por crime de homicídio qualificado estavam

ou estão a expressar renúncia das funções garantistas da jurisdição, ou perplexidade e passividade diante do apego à literalidade da lei, e ao mesmo tempo alargavam ou alargam os caminhos pelos quais avança o modelo da Lei e da Ordem em nosso sistema.

A jurisprudência, ainda que venha recusando o necessário ato político de declaração de inconstitucionalidade dos preceitos draconianos da Lei dos Crimes Hediondos, apresenta agora um mecanismo de contenção da influência da doutrina respectiva que contamina a integridade do sistema garantista. E o STJ entrega tal remédio na medida em que proceder contrário significaria a ruptura de um pilar deste sistema, pois o problema colocado era de forma muito clara o da prevalência dos poderes da administração sobre a função judicante.

Se a ilustrada maioria ainda não se empolgou em recusar a ingerência do legislador em assuntos que não lhe cabem, de modo a declarar a inconstitucionalidade de dispositivos como o que na Lei 8.072/90 determina o cumprimento integral da pena em regime fechado, parece claro, reconfortante e estimulante que o mesmo prestígio não teve a administração, cujos atos de vontade, disse o STJ, não podem inibir a função judicante.

De todo o modo, o STJ não equacionou dois outros problemas que persistem com o entendimento de que ao juiz não é dado rejeitar a denúncia para impedir a acusação abusiva por crime qualificado.

O primeiro problema é o constrangimento que faz pesar sobre o réu a qualificadora. Este constrangimento não é apenas social, mas também jurídico, pois nem sempre o jurado interpreta no juízo da causa que a exclusão da qualificadora na pronúncia decorreu da ilegalidade da pretensão acusatória.

Pode o conselho de sentença entender, e isto ocorre, que a exclusão da qualificadora significou a benevolência ou justiça que lhe era merecida, de modo que nada mais resta senão condená-lo.

Pode a qualificadora ser utilizada como instrumento do mercadejar teses em plenário, que denigre a instituição do júri e viola o princípio da ampla defesa.

O segundo problema diz respeito à credibilidade do Poder Judiciário. Por razões cuja discussão aqui não cabem, e que se assemelham em muito ao problema do indiciamento em inquérito policial, é sempre a função judicante que suporta os ônus da acusação mal feita. O questionamento da legitimidade da decisão judicial geralmente prescinde da problematização de sua premissa, que é a acusação formal, de modo que a censura acaba por recair sobre o órgão julgador.

Estes dois problemas estão a merecer melhor consideração e equacionamento.

Mas faz muito sentido ao sistema constitucional, assentado na premissa do estado de direito, que a interpretação e aplicação da lei se façam de modo tal que a estrutura estatal prefira os direitos individuais e fundamentais.

É indiscutível que o entendimento da impossibilidade de rejeição da denúncia privilegia os princípios e conceitos inerentes à função ministerial e à denúncia, como é indiscutível que na hipótese de que tratamos isto se faz à

custa do *status* do cidadão, pois o abuso de que este é vítima não recebe pronta e eficaz solução.

É inadmissível que a pessoa humana suporte o equívoco, o erro, o lapso e mesmo a prepotência ou arbítrio do acusador a pretexto da preservação da integridade de um sistema que organiza o poder.

No estado de direito, a lei há de ser interpretada e aplicada *ex parte populi*, e não *ex parte principii*.

No que concerne à estrutura estatal, o enfoque há de ser outro. O problema que aí se verifica, e antes antecipado, diz respeito à credibilidade do judiciário. A questão não é corporativa. Ela deve ser entendida à luz das tensões entre *crime control* e doutrina garantista.

Quando afirmamos que o ônus é suportado pelo Poder Judiciário, o que devemos atentar é para o fato de que tal processo induz à deslegitimação do órgão judicante, que por excelência é, ou deve ser, o pilar do sistema garantista.

De outro lado, este processo se completa com a criação artificial de uma legitimação de quem acusa, seja o ministério público, seja a própria polícia quando indicia, que são órgãos administrativos do sistema punitivo.

Este processo concorre para a deslegitimação da doutrina garantista e o reforço de símbolos e noções típicas da lei e da ordem.

Por uma ou outra razão, pensamos que há necessidade da revisão de conceitos, o que necessariamente exige a já referida problematização da premissa do ato decisório, de modo a evitar-se o abuso em todas as suas dimensões.

Sem embargo do alvissareiro julgado do STJ, pensamos que é melhor a rejeição completa de uma denúncia abusiva, mesmo que o abuso seja parcial, pois denúncia rejeitada, outra oferece-se, enquanto dignidade e *status* jurídico ofendidos não se recuperam.

3. Qualificadora e instrução

O § 2.º do art. 121 do CP prevê o crime de homicídio qualificado quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Como ensina Hungria, o que é noção elementar, “de simples *accidentalia* dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser *essentialia* ou elementos constitutivos do homicídio”.⁶

(6) *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1953. vol. V, p. 158.

A incidência de cada qual das qualificadoras no caso concreto decorre da descrição típica de um fato cuja verificação é feita no processo. À semelhança do que acontece na análise do tipo fundamental, a análise da qualificadora exige dois juízos positivos e sucessivos, a saber: (a) juízo sobre a existência do fato alegado e (b) juízo de sua tipicidade. O juízo acerca do fato dado como qualificante demanda a verificação de sua realidade no acervo probatório, enquanto aquele de tipicidade exige a subsunção de tal fato ao preceito incriminador e qualificante. Não provado o fato dito qualificante, ou ausente sua tipicidade, a qualificadora não pode incidir, sob pena de violação do princípio *nullum crime sine lege*.

Tome-se como exemplo a promessa de recompensa. Muitas vezes o simples dizer enseja sua afirmação, mas como ensina Nogueira Itagiba, é preciso que existam a proposta e a aceitação antecedentes à execução do crime.⁷ Ou então a qualificadora de traição etc., que segundo Pedro Vergara não se limita à fórmula da lei, pois se constitui do elemento material que vincula a perversidade à seriedade do meio empregado e à sua eficácia impeditiva da defesa, e do elemento moral.⁸ Ou ainda o emprego de meio insidioso, que segundo o mesmo Vergara exige a intenção perversa, que ela seja subreptícia e a idoneidade concreta do meio.⁹

Assim, a instrução do crime qualificado deverá objetivar não apenas a materialidade e a autoria do delito, mas também os elementos da qualificadora que o constitui.

A prova dos elementos da qualificadora, tal qual a prova dos demais elementos do crime, é ônus da parte acusadora, que assim deverá buscar sua demonstração na colheita de provas. Assim como incumbe à acusação demonstrar a materialidade e revelar os indícios de autoria, à ela tocará o ônus de provar o fato motivador dado como fútil ou torpe. De outro modo, não incumbe à defesa demonstrar que não há materialidade, nem indícios de autoria, e nem a ocorrência do fato qualificante.

Poderá a defesa preocupar-se com a produção da prova nesta fase, pois pode ela interessar-se em demonstrar que os indícios não são indícios, que o fato qualificante não é verdadeiro ou que ele, apesar de verificado, não motivou o crime, e finalmente que não se ajusta ao preceito legal. Mas nem por isso estará a defesa a cumprir o ônus probatório, pois, repita-se, o ônus da prova incumbe a quem alega.

O que se afirma parece evidente, como de fato é, mas é importante porque define os contornos da fase procedimental que segue a instrução e encerra o sumário de culpa, na qual as partes oferecem suas alegações e o juiz prolata a sentença, fase na qual muitas vezes isto é desconsiderado.

(7) *Do homicídio*. Rio de Janeiro : Forense, 1945. p. 144.

(8) *Das circunstâncias agravantes*. Rio de Janeiro : Forense, 1948. p. 150-154.

(9) *Op. cit.*, p. 172.

4. Qualificadora e pronúncia

a) Conforme disposição legal, o sumário de culpa encerra-se com as alternativas da pronúncia, da impronúncia ou da absolvição sumária. Não nos interessa discutir aqui se as disposições legais esgotam todas as necessidades e possibilidades do pronunciamento judicial. Nosso problema circunscreve-se à pronúncia no que se relaciona às qualificadoras.

Conforme reiteradamente repetido, a pronúncia resume-se a juízo de admissibilidade da acusação que não comporta o exame de mérito da causa, que deve ser feito pelo conselho de sentença.

A fórmula fundamental da pronúncia é dada pelo art. 408 do CPP, que a autoriza se existentes a prova da materialidade e os indícios de autoria.

Relativamente à prova da materialidade, a doutrina ensina que ela significa o pleno conhecimento do crime pelo juiz,¹⁰ sem o que a pronúncia não se justifica, de modo que sobre ela deve existir certeza, pois a dúvida impõe a impronúncia. Já sobre os indícios de autoria, os comentadores ensinam que exprimem a fundada suspeita da autoria.¹¹

b) A lei não faz qualquer referência explícita às qualificadoras na fase da pronúncia. A doutrina mais abalizada e tradicional também não faz qualquer referência às qualificadoras nesta fase.¹² Foi a jurisprudência que colocou em destaque o tema das qualificadoras, e conseqüentemente do exame delas em sede de pronúncia.

A jurisprudência fixou a regra segundo a qual as qualificadoras, não sendo manifestamente improcedentes, não devem ser excluídas da acusação na fase de pronúncia. De outra forma, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes.

A regra, que tem como premissa a natureza da pronúncia como mero juízo de admissibilidade da acusação, justifica-se segundo a jurisprudência no fato de que o exame de mérito é vedado nesta fase e porque o conselho de sentença é o juiz natural da causa, de modo que não é dado ao juiz subtrair sua competência.

c) Segundo se afirma, a regra se justifica porque, primeiro, é vedado o exame de mérito na fase de pronúncia. Esta afirmação não se sustenta.

Vimos que dos termos do art. 408 do CPP resulta que a pronúncia exige a certeza da existência do crime, ou na linguagem legal, a prova da materialidade.

⁽¹⁰⁾ Muitas vezes há certa confusão entre este significado da materialidade do delito nos termos do art. 408 do CPP e a simples existência de um laudo pericial.

⁽¹¹⁾ Aqui também há uma certa tendência deturpadora do sentido das coisas em decisões que consideram boatos, fofocas e o ouvir dizer como indícios de autoria.

⁽¹²⁾ Algumas obras modernas fazem referência às qualificadoras nesta fase. Sem embargo da valia destas obras, nelas não há desenvolvimento teórico do assunto, mas simples assimilação da jurisprudência.

Parece mais que evidente a existência de um juízo de mérito no exame da materialidade. O juiz deve afirmar na pronúncia que existe um crime, e evidentemente tal afirmação há de se apoiar em bases racionais que impliquem um exame de mérito.

Ao afirmar a materialidade do delito contra a vida, o juiz ultrapassa os limites da mera aferição formal da acusação como entende-se deva ocorrer no recebimento da denúncia. Nesta verificam-se a descrição do fato típico e o suporte probatório para o recebimento da acusação. Qualquer ato além disto implica exame de mérito, pois já significa valoração. Não faz muito sentido que dois momentos processuais distintos reservem à atividade jurisdicional a mesma limitação que impede o exame de mérito, mormente na hipótese que cuidamos, pois o recebimento da denúncia e a pronúncia são extremos de uma única fase procedimental.

Imaginemos hipótese de tentativa branca de homicídio em que a existência do crime dependa exclusivamente da prova oral produzida. Claramente deverá o juiz proceder valoração da prova oral de modo a reconhecer a prova da materialidade a que se refere o art. 408 do CPP, isto é, a realidade e certeza do crime exigidos pela doutrina. É evidente que há exame de mérito.

Pensemos o crime de infanticídio, assim já qualificado na denúncia. A eventual pronúncia que encerra a formação da culpa haverá necessariamente que reconhecer um dos elementos integrantes do tipo penal que é o estado puerperal, sem o que haveria em tese de ocorrer aditamento para os termos mais graves do crime de homicídio.

Parece claro que a pronúncia exige do juiz atividade de cognição diversa daquela realizada no recebimento da denúncia. Assim como parece evidente que nela há sim exame de mérito, ao contrário do que se afirma.

Se para a pronúncia deve o juiz proclamar a existência de um crime, ele examina o mérito da acusação. A pronúncia demanda a valoração de todo o acervo probatório para que resulte dele o convencimento judicial da existência do crime, ou seja, para que se excluam todas as dúvidas possíveis.

A incursão no mérito é mesmo uma consequência inarredável da natureza contraditória da instrução e da paridade de armas, pois submeter o procedimento à intervenção fiscalizatória e probatória do acusado implica o fornecimento de elementos de convencimento para o juiz, que por sua vez haverá de fundamentar o ato decisório.

A provisoriidade insita à pronúncia nada tem a ver com o problema do exame de mérito. A decisão de pronúncia é provisória porque não encerra o processo, já que autoriza a instauração de uma nova fase. Provisoriidade significa instabilidade da decisão, pois ela pode sofrer modificação pelo conselho de sentença. A instabilidade da pronúncia expressa a sua limitada eficácia no procedimento, mas disto à inexistência de exame de mérito há profunda diferença.

O exame de mérito é etapa da construção lógica do raciocínio pronunciante, e portanto intrínseco à pronúncia, ao passo que a instabilidade é característica

extrínseca a ele. Tanto é assim que, absolvido o réu, nem por isso a pronúncia perde sua validade jurídica.

A própria jurisprudência cuida de desmentir o que proclama. Em várias oportunidades tem sido afirmado que determinadas hipóteses não justificam a inclusão de qualificadora na pronúncia. Assim se dá em regra com a briga grave antecedente ao crime ou ao estado emocional inerente aos ciúmes, que descaracterizam a futilidade. O mesmo se dá com a torpeza, qualificação inadmissível tão-só pela vingança motivadora do comportamento criminoso.

Nestas hipóteses a regra em discussão parece não ter aplicação, pois é impossível emitir juízo de inadmissibilidade da acusação, ainda que parcial porque incidente sobre a qualificadora, sem a realização de juízo de mérito.

d) Segundo também se afirma, o juiz não examina o mérito e não pode subtrair do conselho de sentença seu exame, pois ele é o juiz natural da causa. Aqui também há a influência mitológica no pensamento.

É impossível negar a competência do júri para apreciar os crimes dolosos contra a vida, e assim negar-lhe a condição de juiz natural do acusado, pois a Constituição Federal é suficientemente clara ao dispor sobre a instituição.

Porém, disto a afirmar-se que só o conselho de sentença pode examinar o mérito, há grande diferença.

Primeiramente, se é verdade que o conselho de sentença é o juiz natural da causa, não menos verdadeira é a afirmação de que o juiz togado também o é. A afirmação dispensa demonstração dada a sua obviedade.

Segundo, em sendo o juiz togado também juiz natural, isto significa que ele também é o juiz da causa. Ou será uma entidade do além? A lei reserva ao juiz togado ou ao conselho de sentença determinadas atribuições específicas, o que levou muitos à superada tentativa de distinguir entre o juiz do fato e o juiz do direito.

O julgamento no júri é complexo, mas isto não significa que o juiz togado seja figura inerte. Sempre que o juiz togado decide, está ele a expressar sua condição de juiz da causa, de juiz natural desta, atribuição cuja plenitude alcança com a prolação da sentença e a fixação de eventual pena.

Se alguma confusão é possível na fase final do procedimento, o chamado *judicium causae*, porque nela há “dois órgãos judicantes” a atuar, nenhuma é possível na fase de formação da culpa, pois nela o juiz é um só.

É na investidura de sua condição de juiz natural que o togado impronuncia e absolve sumariamente ao final da formação de culpa, e portanto é com a mesma condição que pronuncia e há de apreciar a qualificadora articulada, pois todas as possibilidades se dão no mesmo momento processual.

O C. STJ, por sua 5.^a T., tem repellido a alegação de que o afastamento de qualificadoras na pronúncia é vedado sob pena de incursão na competência constitucional do jurado.

De acordo com o voto do rel. Min. Edson Vidigal, o objeto da pronúncia é a proposta da denúncia, de modo que seu conteúdo nada afeta a competência do jurado:

“Ao meu ver, não procede a afirmação de que se estaria usurpando a competência constitucional do Tribunal do Júri. Tal procedimento não a atinge, pois o afastamento está relacionado direta e exclusivamente com a denúncia que, como petição inicial na ações penais condenatórias e em sua parte descritiva dos fatos, apresenta uma proposta de classificação penal. Não sendo esta proposta aceita pelo juiz da pronúncia no tocante às qualificadoras, a sua exclusão não apresenta qualquer reflexo quanto à competência constitucional do Júri popular” (REsp 50.517-DF, j. 05.03.1996, v.u.).

Segundo o Min. Vicente Cernicchiaro, a pronúncia delimita a acusação, e somente após ela, com o libelo, é que surge a imputação, não havendo que confundir-lo com a denúncia (REsp 98.836-GO, 6.ª T., j. 05.05.1998, v.u.).

O que se julga ao cabo do sumário de culpa é a denúncia, e será a pronúncia, como juízo de admissibilidade da acusação, que gizará os contornos fundamentais do ato acusatório correspondente ao libelo-crime, que terá oportunidade em outra fase procedimental, na qual então sim, e só naquela, surgirá a competência do conselho de sentença, que por disposição constitucional é inderrogável.

Noutras palavras, o júri, como juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, existe se e quando o juiz togado admite crime de sua competência em decisão

Este raciocínio, sob o enfoque procedimental, fez o Min. Vicente Cernicchiaro, na 6.ª T. do C. STJ:

“A soberania do Tribunal do Júri deverá, pois, ser analisada em conjugação com a lei processual. Sem dúvida, o entendimento dos jurados é definitivo, todavia, conforme o rito procedimental. Cumpre, portanto, conjugar a decisão (mérito) com a regularidade processual” (REsp 193.705- GO, j. 29.04.1999, v.u.).

Percebe-se portanto que, no âmbito da jurisprudência do STJ, o mito do júri como juiz natural dos crimes contra a vida cede.

e) Há ainda certa influência negativa das noções acerca da linguagem da pronúncia nos equívocos que se instalam.

É absolutamente correto que a linguagem da pronúncia deve ser comedida, o que se justifica diante da necessidade de evitar-se a influência dos jurados. A necessidade do comedimento porém não justifica omissões sobre pontos que necessariamente deve pronunciar-se o juiz.

O que em regra verificamos é que, a pretexto do comedimento, as decisões de pronúncia omitem-se sobre pontos de decisão, especialmente no que diz respeito às qualificadoras, para o que o recurso da invocação de mitos em linguagem sobranceira é técnica tida por satisfatória e eficiente.

Além da tradicional fórmula de que as qualificadoras não são manifestamente impropriedades de modo a justificar-se o questionamento perante o juiz natural, que como anotado acima padece de qualquer rigor, algumas decisões de pronúncia invocam o seguinte jargão: a qualificadora não foi infirmada pela prova produzida em juízo.

O absurdo que isto contém é manifesto. Parece que ao acusado é dado o ônus de provar a inviabilidade da acusação, e não o contrário. Grave ainda é o fato de que a fórmula em questão diz em outras palavras que a prova de inquérito prevalece ainda que não confirmada em juízo.

Muito embora ninguém sustente em sã consciência que o ônus da prova é da defesa e que a prova inquisitorial tem maior valor que a de natureza judicial, a observação lançada se justifica porque a realidade forense é pródiga em exemplos de que, de fato, é isto que se exige e isto que se faz.

As afirmações de que o exame de mérito é vedado e de não há possibilidade de subtrair o exame da causa do juiz natural para os crimes dolosos contra a vida são insustentáveis e não suportam qualquer exame lógico que se faça. Na verdade são elas meras palavras que nada significam.

f) É possível supor que tais fórmulas são explicativas do brocardo *in dubio pro societate*, que segundo a doutrina e a jurisprudência se aplica à decisão de pronúncia e que muitas vezes é invocado para fundamentar a admissão de qualificadora.

Talvez este seja o único argumento sério a justificar a posição da jurisprudência.

Para fins de argumentação admitimos a validade da regra, ainda que pareça estranha e duvidosa à luz do princípio geral do *in dubio pro reu*.¹³

Interessa aqui é ressaltar o problema, que é a dúvida, e não a sua solução, se em favor da sociedade ou do réu.

A dúvida é um estado de espírito correspondente à incerteza. Só pode haver dúvida se o exame daquilo que é submetido ao conhecimento é inconclusivo para o observador, que se vê impedido de emitir um juízo conclusivo daquilo que observa. A dúvida só é possível diante da observação de uma realidade e decorre da insegurança do observador em emitir um juízo de certeza.

É impossível haver estado de dúvida sem exame do mérito daquilo que é objeto do conhecimento. Como pode o juiz togado ter dúvida sobre a materialidade do crime, se não mediante o exame integral de seus elementos? Como pode o juiz ter dúvida sobre a incidência da qualificadora, digamos de motivação torpe, sem analisar a sua substância mediante o conhecimento pleno dos fatos de modo a conhecer os seus elementos objetivos e subjetivos, digamos o crime de estupro antes praticado pela vítima que enseja a vingança do agente homicida segundo a acusação?

Portanto, também aqui constitui equívoco argumentar com o problema da análise do mérito.

Na prática do júri, o *in dubio pro societate* tem é certo se prestado às mais diversas aplicações e justifica segundo seus defensores quase qualquer decisão. Porém, não há como refutar que, se dúvida há, é porque o exame de mérito houve.

Também parece claro que, ao término do sumário de culpa, só tem relevância a dúvida existente no espírito do juiz togado, pois ele é a autoridade competente

(13) Remetemos o leitor ao excelente trabalho de Márcio Bártoli publicado no número de lançamento da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 126 *et seq.*, sob o título "O princípio *in dubio pro reu* na pronúncia", que a partir de julgado do TJDF aponta a incompatibilidade do benefício da dúvida em favor da sociedade num sistema em que opera o *in dubio pro reu*.

para decidir, de nada interessando aquela que apresenta a parte acusadora, ao menos que o faça para da dúvida deduzir pretensão negativa.

Interessa destacar a limitação do *in dubio pro societate*.

Segundo a dicção do art. 408 do CPP, a pronúncia se justifica se o juiz tem convencimento da existência do crime e dos indícios de autoria. Como ensina Frederico Marques, a prova do delito há de resultar plena para haver a pronúncia,¹⁴ isto é, deve haver certeza sobre ela. A prova do homicídio há de ser clara e irrefutável, ainda que a defesa insista na ocorrência de suicídio.

Não é a argumentação das partes que define a dúvida. Mas se, da argumentação das partes resulta materialmente duvidosa a existência do homicídio, que se torna tão-só possível em maior ou menor grau direta ou inversamente proporcional à ocorrência de um suicídio, digamos porque o morto tem em suas mãos a arma do crime e nada indica que ela foi ali colocada por alguém, já então não será possível a pronúncia.

Percebe-se assim que, ao contrário do que sugere a fórmula tradicional, a aplicação do *in dubio pro societate* é bem mais restrita e não alcança o exame da materialidade delitiva nas hipóteses em que, independentemente da viabilidade da tese defensiva, há dúvida sobre a existência do crime objeto da acusação.

O que foi dito até aqui pode assim ser resumido: as fórmulas usualmente empregadas pela jurisprudência para justificar o impedimento da análise da qualificadora em sede de pronúncia são meros recursos de linguagem e não têm qualquer substância.

A invocação do júri como juiz natural e a proibição do exame de mérito nada explicam e nada justificam.

De outro lado, o princípio *in dubio pro societate*, se admitida sua validade, tem alcance bem mais limitado do que parece à primeira vista, pois em nenhuma hipótese se aplica à materialidade do crime, a respeito da qual a lei exige certeza.

g) Vejamos agora especificamente o problema da qualificadoras sob o enfoque do *in dubio pro societate*. O brocardo realmente pode ser aplicado se do exame da qualificadora resulta dúvida, como usualmente se procede?

Como ensina¹⁵ Hungria, a qualificadora integra o crime como elemento essencial.

Se é certo que a qualificadora é elemento essencial do crime, parece evidente, conforme a disposição do art. 408 do CPP, que exige certeza da existência do crime para a pronúncia, haver necessidade da certeza sobre a qualificadora articulada.

O que afirmamos parece claro o suficiente para demandar explicações. Entretanto, isto tem sido reiteradamente desprezado no processo do júri.

O fato de o jurado emitir posterior pronunciamento sobre a qualificadora nada tem a ver com a necessidade de o juiz pronunciante convencer-se da realida-

(14) *A instituição do júri*. São Paulo : Saraiva, 1963. vol. 1.

(15) Vide nota 6.

de da qualificadora, como também nada tem com o fato de ele afirmar a existência de um homicídio.

Claro, pode o jurado desautorizar o pronunciamento togado, como o faz se desclassifica o crime doloso contra a vida para sua modalidade culposa ou outra figura penal. Este proceder do jurado expressa a soberania de seu veredicto, que é saudável e desejável, mas não tem o condão de impedir o controle preliminar feito pelo juiz togado.

O exemplo do crime qualificado pelo emprego de fogo como meio cruel parece elucidativo. A jurisprudência exige que a admissibilidade desta qualificadora se justifique na evidência pericial do emprego do fogo com meio executivo de que se vale o agente para impor sofrimento à vítima. Ausente tal prova, não há que se falar na qualificadora.

A posição da jurisprudência quanto ao emprego do fogo como meio cruel nada mais reflete que a exigência da certeza deste como meio do crime. O que se afirma noutras palavras, é que há de existir prova plena do fato qualificante nos termos do art. 408 do CPP.

Poderá o jurado rever o pronunciamento judicial, digamos por concluir não ter o agente se valido do fogo que foi meramente acidental, mas é inegável que tal só é possível porque o juiz togado afirmou a existência do fato qualificante na pronúncia.

O caráter objetivo da qualificadora de emprego do fogo como meio cruel, e a imposição feita pelo art. 158 do CPP a tornar imprescindível sua demonstração pericial, ambos são fatores que facilitam a aplicação da exigência contida no art. 408 do mesmo código quanto à prova plena do crime qualificado, pois o fato está ou não estampado nos autos.

Desta forma, muito pouco terá a defesa a fazer, nem mesmo haverá o togado que se preocupar com o comedimento de linguagem na pronúncia.

Já com relação às demais qualificadoras, as mesmas facilidades em regra não existem, pois nelas o dado subjetivo pode prevalecer, como ocorre na futilidade ou torpeza, e a exigência probatória é menor.

Já então a defesa sente-se mais habilitada à discussão, bem como a linguagem da pronúncia torna-se problemática.

As dificuldades porém não isentam o juiz togado de exercer sua função de juiz natural, e nem tão pouco servem de justificativa à dispensa da prova plena do fato principal e do evento qualificante.

Assim como procede habitualmente a jurisprudência em relação ao emprego de fogo, deve ela proceder em relação às demais qualificadoras, de modo a exigir prova plena do crime qualificado articulado na denúncia.

A propósito da prova do crime, vale transcrição da obra de Espínola,¹⁶ que se socorre de Edgar de Moura Bittencourt: “Em se tratando da própria existência do

⁽¹⁶⁾ *Código de Processo Penal anotado*. vol. IV, p. 800.

crime, decidiu o STF, nenhuma distinção estabeleceram as leis entre a sentença do sumário e a do plenário ou do julgamento. Para que qualquer delas possa ser regularmente proferida, no sentido da procedência da acusação, o juiz há de ter pleno conhecimento do delito; este a ele se terá de revelar em positiva demonstração, como que ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa irrecusável”.

h) O emprego das fórmulas vazias de conteúdo e a aplicação irrestrita de princípios são fenômenos que, como apontamos acima, favorecem o império da doutrina da lei e da ordem. Mais que isto, ou talvez somente isto porque o que se apontará é próprio desta doutrina, tais fenômenos ensejam o estabelecimento de um vale-tudo processual a respeito do qual toda pertinência tem a crítica de Frederico Marques, para quem o tribunal do júri e os tribunais de exceção são pólos de justiça sem lei.

Certamente a falta de critérios técnicos para o exame das qualificadoras contribui para este quadro, pois a ciência jurídica não oferece esquemas que permitam a aferição das mesmas na fase da pronúncia. Nossa tarefa neste tópico é ofertar uma contribuição para a construção de modelos que permitam o exame das qualificadoras do homicídio na pronúncia.

A qualificadora de motivo fútil corresponde a um fato que motiva o comportamento criminoso a respeito do qual o operador faz o juízo de futilidade. Seu reconhecimento exige assim três elementos, a saber: o fato alegado como motivador, por exemplo a discussão por causa de um jogo de dominó; a vinculação psíquica entre este fato e a prática criminosa, que corresponde ao elemento subjetivo, ou seja, a deliberação homicida nascida por conta da discussão de jogo; e por fim o juízo de tipicidade, que corresponde à própria afirmação de caráter fútil deste fato motivante.

Com relação ao fato em si, três são os problemas mais comuns no foro. Primeiro, o fato não foi demonstrado no sumário de culpa, e então a solução não pode ser outra que a exclusão da qualificadora. Do contrário, pode o fato estar rigorosamente provado, e então autoriza-se, não a pronúncia, mas a pesquisa do elemento subjetivo da qualificadora. Pode afinal o fato se revelar confusamente provado, e então haverá de ser solucionado o problema de acordo com a regra do ônus da prova.

O segundo elemento da qualificadora é extremamente problemático, tanto quanto o é o reconhecimento do dolo homicida. Por difícil que seja o exame, nem por isso há de ser relegado ao jurado, até porque a ele será além de difícil, arriscado. Elementos objetivos auxiliarão o intérprete, como a maior ou menor proximidade entre o fato qualificante e o delito, ou a ocorrência de outros fatores. A solução da dúvida segue o ônus da prova.

Por fim o terceiro elemento, que corresponde ao juízo de tipicidade.

A maioria dos julgados contraditórios sobre a qualificadora de motivação fútil, excluindo-a, decorrem da negativa de tipicidade do comportamento, ou seja, de um juízo de valor negativo sobre a futilidade. Assim se dá nas hipóteses em que se afirma que o ciúme não se qualifica como fútil, ou que isto não pode existir na discussão grave que antecedeu ao crime.

Nestes casos é feito exame de mérito que incide sobre o elemento mais discutível da qualificadora, já que se trata de puro juízo de valor que pode variar de intérprete para intérprete, ainda que se tenha em conta o discutível padrão do homem médio.

Este apontamento é feito porque revela a contradição da jurisprudência. Não faz sentido relegar o exame da qualificadora ao conselho de sentença, a pretexto algum e como costumeiramente se faz por invocação da dúvida, ou a pretexto da vedação de exame de mérito, se há hipóteses em que o juiz togado faz juízo de valor.

Para a pronúncia de crime qualificado, faz o juiz da causa afirmação positiva da tipicidade do fato, e se este não houver, a solução é a exclusão da qualificadora. A dúvida, esta tem sempre o destino resultante da verificação do ônus da prova.

Vejam os qualificadores de motivação abjeta decorrente da paga ou promessa de recompensa, ou de fato equiparado.

A paga ou promessa de recompensa são fatos que compõem a qualificadora, cujo exame se torna mais singelo. Provado o fato dito qualificante, o elemento subjetivo surge evidente e o juízo de valor é dispensado, pois a lei afirma a torpeza. Não provado, ou confusamente provado o fato qualificante, a solução já se antecipou.

A torpeza porém pode decorrer da equiparação analógica. Neste caso, o processo de exame da qualificadora segue o esquema da futilidade, com uma característica peculiar: tratando-se de equiparação analógica, o juízo de valor da torpeza deve guardar proporcionalidade com a censurabilidade do homicídio mercenário.

Esta peculiaridade muitas vezes é desprezada, e a torpeza é afirmada por conta de juízos discutíveis deduzidos pela parte acusadora e singelamente homologados pelo juiz processante, sem que haja qualquer similitude entre o fato alegado, já a esta altura reconhecido, e o homicídio mercenário.

Problema bastante comum neste tópico, e que também se verifica na futilidade, é o da proposição genérica que nada expressa. A hipótese ilustrativa é a de alegação de “vingança em razão de desentendimentos anteriores”, ou de “vingança em razão do consumo/tráfico de entorpecentes”, e assim por diante. Qualificadoras assim articuladas, se não foram objeto de rejeição da denúncia, não merecem prevalecer em sede de pronúncia.

Este proceder decorre basicamente da inaptidão do ato acusatório, que formalmente é defeituoso, ou da ausência de suporte probatório que é suprida pela criação mental do acusador.

O grau de indeterminação decorrente do emprego de fórmula genérica impede o contraditório e a ampla defesa, pois não sabe a defesa do que se defender, e impede o pronunciamento do juiz natural, que não sabe o que pronunciar. E haverá toda a oportunidade para o arbítrio no juízo da causa.

A pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, como corriqueiramente se afirma, de modo que o juiz julga o fato denunciado à luz das provas

obtidas em instrução, pelo que à minguia de oportuno aditamento a qualificadora deve ser excluída, e não admitida judicialmente a acusação capenga.

Este rápido exame das qualificadoras de motivação fútil e torpe permite a indicação de alguns elementos a serem examinados na pronúncia e que servem a todas as demais.

São três os métodos de que se vale o Código Penal para qualificar o homicídio. Como se dá na motivação fútil, há o emprego de um elemento normativo que obriga o intérprete a alcançar o sentido e a finalidade da lei. Como se dá no homicídio mercenário, a lei descreve o fato qualificante em seus elementos essenciais, impondo ao intérprete a tarefa mais singela de examinar a comprovação ou não de tal fato. Por fim, pode a lei utilizar-se da equiparação analógica como se dá na cláusula *outro motivo torpe*, o que obriga o intérprete a interpretar extensivamente o tipo qualificador.

Em qualquer dos métodos descritivos empregados pela lei, há de inicialmente verificar-se a demonstração do fato dito qualificante, sem o que não há que se cogitar da admissibilidade da qualificadora. Seguidamente, o intérprete deve verificar se há vínculo efetivo entre tal fato e a prática do crime, afirmando assim o elemento subjetivo. Por fim, deve o intérprete realizar o juízo de valor acerca deste fato, admitindo-o ou não como qualificante conforme a previsão abstrata da norma.

A terceira fase, de realização do juízo de valor sobre o fato qualificante, dispensa-se nas hipóteses em que a descrição do tipo com elementos meramente objetivos já contém este juízo de valor (mediante fogo, asfixia, promessa de recompensa etc.). Se há o emprego de elemento normativo, como na futilidade, a noção deste elemento orienta o raciocínio. Se de outro modo o recurso legal é o da equiparação analógica, é a noção e o sentido do tipo que servem de referência que haverá de orientar o intérprete (a traição em relação ao emprego de recurso dificultante da defesa etc.).

Admitido o esquema proposto, que não se pretende perfeito e definitivo, é mais fácil a compreensão do processo de cognição e julgamento do crime qualificado, pois a fluidez que geralmente orienta este processo é substituída por elementos mais precisos e claros a respeito da qualificadora.

i) Este processo de cognição mais preciso permite também melhor compreensão do conteúdo da decisão de pronúncia, bem como o exame crítico de uma máxima usualmente repetida e que vem a ser aquela já citada, segundo a qual a qualificadora não manifestamente improcedente não deve ser excluída.

A fórmula em questão expressa que a dúvida do juiz pronunciante encontra solução na pronúncia. Como procuramos demonstrar acima, não se justifica esta fórmula pela visão mítica de que o júri é o juiz natural da causa ou que é vedado o exame de mérito ao término do sumário de culpa. Isto observado, resta admitir que a fórmula em questão resta isolada e pode ser entendida tão-somente em função da inversão do benefício da dúvida, que estranhamente favorece a acusação.

Antes também procuramos demonstrar rapidamente que o benefício da dúvida em favor da acusação é bem mais restrito do que parece, pois não pode alcan-

gar a materialidade do crime, a respeito da qual a lei exige prova plena, o que alcança a qualificadora.

Se a fórmula agora discutida tem alguma validade, o que nos parece incorreto em razão do simples fato de que o *in dubio pro reu* é que orienta todo o processo de interpretação e aplicação da lei penal, nosso objetivo agora é verificar exatamente em que elementos da qualificadora a alegada exceção pode se aplicar, a despeito da restrição que apontamos, e verificar o que realmente se processa no raciocínio jurídico.

Não pode haver dúvida se foi o fogo ou a água o meio empregado para a execução do crime. A qualificadora do inc. III do § 2.º do art. 121 do CP, dado o seu caráter objetivo, não permite dúvida tão absurda como já afirmamos.

Se assim é, não pode haver dúvida da procedência da acusação em relação ao fato qualificante em hipótese alguma. O fato deve ser absolutamente procedente, não para que se autorize a pronúncia, mas para que sequencialmente sejam aferidos os demais elementos do crime qualificado. Se há dúvida sobre a existência do fato tido como qualificante, a acusação falhou, e então não lhe beneficia a dúvida pela simples razão de que isto não pode existir em razão da regra do art. 408 do CPP.

A dúvida sobre a procedência da qualificadora pode existir sobre o seu elemento subjetivo. Se foi realmente aquele fato que motivou o agente, não se sabe com firmeza ao término do sumário de culpa.

Esta dúvida sobre o elemento subjetivo pode objetivamente decorrer de variadas hipóteses retratadas nos autos. Por exemplo, existem mais fatos demonstrados e que igualmente podem ter motivado o agente. A dúvida pode surgir porque o réu demonstra que o motivo do crime foi outro, ou seja, a defesa prova motivação distinta.

Se há concurso de motivos, e desde que isto não torne inviável aquele que aponta a acusação, a pronúncia é admissível. Se porém o concurso de motivos desfaz a viabilidade daquele eleito pela acusação, não há mais dúvida e a exclusão da qualificadora é necessária.

Tomemos o seguinte exemplo. A acusação diz fútil o crime porque moveu o agente o fato de a vítima empinar pipa no seu quintal. A instrução revela que a circunstância em tela, por parte da vítima, era mero pretexto para importunar sexualmente a filha do acusado. É claramente insubsistente a futilidade e não haverá dúvida de procedência sobre o alegado pela acusação que justifique a pronúncia.

O concurso de motivos devidamente comprovados e não excludentes entre si não autoriza porém a pronúncia de maneira singela. Em relação àquele eleito pela acusação, haverá necessariamente de haver um vínculo de pertinência lógica com o delito, ou seja, o exame das provas deve revelar aquele fato como logicamente apto a gerar a manifestação criminosas.

No exemplo acima, não haveria o vínculo lógico a que nos referimos se, por exemplo, delimitada a acusação no fato de a pipa ostentar as cores e o símbolo de um time de futebol, caso sabido nos autos que o acusado é torcedor de tal time

como a vítima. Já porém se fossem réu e vítima torcedores de times distintos, e digamos aquele da vítima acabara de vencer partida contra o do réu, o vínculo lógico da futilidade se revelaria.

O elemento que é denominado subjetivo pode apresentar outro perfil, como na hipótese do emprego de fogo. Há prova sobre o fogo como meio causador do evento morte. Mas não se sabe se realmente o acusado dele se utilizou, ou se houve o fogo acidental. Ou então a defesa da vítima foi impossível, mas não se percebe com a necessária clareza se o agente criminoso procurou tal situação de vantagem. Trata-se do dolo de qualificar.

Nestas hipóteses, a natureza da qualificadora em discussão aponta de acordo com a lógica a sua viabilidade, desde que evidentemente não produzida prova claramente excludente. Assim como o emprego de arma de fogo disparada contra a cabeça indica o dolo homicida, haverá em hipóteses semelhantes indicativo forte e seguro da viabilidade da qualificadora. Não se trata exatamente de manifesta impropriedade exigida para a exclusão da qualificadora, mas de sua pertinência lógica como pressuposto formal do exame de mérito.

Em suma, em tema daquilo que denominamos elemento subjetivo, tanto que provado o fato alegado, o que se verifica em fase anterior, e tanto que inexistente qualquer prova excludente deste elemento subjetivo, sua admissibilidade se justificará na medida em que presente um vínculo de pertinência lógica com o crime. Isto, pensamos, expressa melhor o processo de julgamento do que a fórmula confusa da manifesta impropriedade.

Vejamos por fim o elemento correspondente ao juízo de valor, que ocorre especialmente nos casos de emprego de elemento normativo do tipo e equiparação analógica. A que exatamente corresponde a dúvida que se relaciona com a fórmula da manifesta impropriedade é o que devemos entender.

Foi anteriormente mencionado que hipóteses há em que o juiz togado examina o mérito e exclui a qualificadora, como em regra a grave discussão precedente à futilidade. Há também inúmeras hipóteses em que se afirma, por exemplo, duvidosa a futilidade, o que enseja a pronúncia. Em ambos os casos, bastante comuns, é forçosa como já afirmamos a admissão de que se opera juízo de mérito. No primeiro é indubitado o juízo de mérito, ou estreme de dúvida, ao passo que no segundo é duvidoso.

No primeiro caso em exame, há verdadeiro julgamento antecipado, no qual se empregam conceitos doutrinários ou jurisprudenciais consagrados que permitem a negação do juízo de valor que pretende a acusação. Parece claro que o exame crítico da qualificadora é negativo.

No segundo caso, os mesmos conceitos não ensejam o exame crítico negativo, e então pronuncia-se. A pronúncia só pode existir porque, primeiro, o exame crítico não é negativo. Noutra extremo está a hipótese em que ele é claramente positivo, como no caso daquele que se aproveita do sono da vítima para matá-la, hipótese em que o problema não se coloca. Percebe-se pois que a admissibilidade da qualificadora pela afirmação de seu juízo de valor situa-se na zona cinzenta entre o inadmissível e o claramente admissível.

Na medida em que o juízo de valor situa-se na zona cinzenta entre o inadmissível e o admissível, o juízo de valor que diz a acusação existente não é manifestamente improcedente, e então a qualificadora poderá ser admitida.

A jurisprudência por vezes emprega a expressão *em tese a qualificadora se verifica*, que em nosso entender melhor identifica o raciocínio operado. O que se verifica neste caso, é que o processo de interpretação do fato revela possível a subsunção à norma penal, que por empregar elemento normativo ou equiparação analógica autoriza algum “arbitrio” do julgador.

É o “arbitrio” que se defere ao conselho de sentença, e não a dúvida. Os esquemas lógicos de interpretação e aplicação do direito se revelam abstratamente possíveis, e então autoriza-se a admissão da qualificadora. Mas não será possível tal proceder se ao juiz pronunciante não parecer possível a subsunção de acordo com o juízo de valor que ele fizer e que está obrigado a fazer, pois é sim juiz natural da causa.

Em suma, tentamos aqui demonstrar que a fórmula discutida é realmente vazia de conteúdo e não expressa o raciocínio jurídico, pelo que melhor é que seja abandonada.

Alguns julgados mais recentes têm empregado a seguinte fórmula para sintetizar o exame das qualificadoras: deve haver indícios das qualificadoras.¹⁷ Não nos agrada a expressão, muito embora seja vantajosa em relação à outra. A vantagem ocorre porque a fórmula se vale de elemento técnico para descrever a exigência. A censura é simples e se resume ao argumento de que indícios a lei exige em relação à autoria, e não em relação ao crime.

Ao invés do emprego de fórmulas genéricas, é melhor que o exame da qualificadora, segundo o esquema por nós proposto ou outro que apresente vantagens, se faça mediante a indicação precisa das etapas do raciocínio do juiz togado, indicando-se exatamente qual é o objeto discutido e/ou decidido, sempre sem prejuízo do necessário exame pelo conselho de sentença, que deverá repetir-lo em todas as suas fases.

É até necessário que o juiz pronunciante se refira explicitamente ao que decide, apontando, por exemplo, a concorrência de motivos, ou a natureza do meio empregado como indicativo do dolo de qualificar, a hipotética futilidade etc. Se a pronúncia é juízo de admissibilidade da acusação, deve ela explicitar o que e como admite.

Além de satisfazer a garantia do juiz natural que representa o togado, isto também satisfaz a exigência constitucional de motivação da decisão¹⁸ e, fundamental, orienta a lógica do julgamento pelo conselho de sentença a partir de premissas estabelecidas pelo ato jurisdicional. Esta função diretiva da pronúncia existe e deve existir, não se confundindo com a devida imparcialidade cujo significado é a vedação do condenar ou absolver.

(17) Confira-se dentre outros o REsp 178.229-DF, relatado pelo Min. Felix Fischer, publicado na RT 766/578.

(18) Sobre o assunto, vide o HC-74351-RJ da 1.ª T. do STF, relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado à unanimidade em 29.10.1996.

O importante, a título de encerramento deste tópico, é destacar que nos casos em que se pronuncia sob o argumento da manifesta improcedência, o que se faz é admitir os pressupostos lógicos do exame de mérito pelo conselho de sentença. Não há dúvida, mas fixação dos elementos lógicos da qualificadora e seus vínculos com o crime.

O problema portanto não é a dúvida, que não deve existir, mas sim outro anterior a ela. Não há razão para a exclusão da qualificadora porque ela provisoriamente se evidencia de acordo com o convencimento do juiz, que se socorre da doutrina e jurisprudência, e a necessidade de não tolher o exame do conselho ensina a explicitação do raciocínio do juiz pronunciante sob o prisma formal. Se porém este raciocínio não é possível, faltam as premissas do julgamento e a exclusão da qualificadora é feito. Pode haver neste caso certeza ou incerteza sobre os elementos constitutivos das premissas do julgamento; pouco importa: de um ou outro jeito a qualificadora será inviável.

5. Qualificadora, libelo e quesitação

O libelo-crime acusatório como peça obrigatória no procedimento do júri tem sofrido severas críticas que se resumem na sua inutilidade e complexidade, e apontam no sentido de sua extinção. Não pretendemos aqui discutir o problema, muito embora seja necessário afirmar que o libelo não é peça inútil e sua extinção significará o coroamento do vale-tudo processual no procedimento do júri, ambiente propício à prevalência da doutrina da Lei e da Ordem.

Remetemos o leitor interessado à brilhante análise e defesa do libelo que faz Sergio Pitombo.¹⁹ Nosso interesse neste tópico é discutir o libelo e a quesitação do crime qualificado.

O questionário é destinado a fornecer as bases racionais do julgamento, e sua precisão (a do questionário) é o elemento mais significativo de que o réu é julgado por fato certo e determinado em todos os seus elementos e circunstâncias. Não nos é dado conferir aos jurados a discricionariedade absurda de julgar sumariamente, como também não nos é dado impor a eles o desgraçado ônus de assim proceder.

O libelo-crime acusatório sofre restrições decorrentes do conteúdo da pronúncia, deve atender ao princípio da ampla defesa e também deve orientar-se como antecedente lógico dos quesitos em conformidade à exigências destes.

Dois problemas fundamentais se verificam em relação ao libelo, e consequentemente em relação ao questionário: o primeiro diz respeito à descrição da qualificadora, essencial no libelo e no questionário; o segundo diz respeito à forma de articulação, mais importante na quesitação.

O problema relativo à descrição do crime qualificado é tão simples quanto evidentes são as violações de sua técnica verificada no foro.²⁰

(19) "Supressão do libelo", *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

(20) Sobre o mesmo assunto, vide o estudo sobre quesitação de José Henrique Rodrigues Torres. *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

Muitos fazem a descrição do tipo penal qualificado, quando evidente há de ser descrito o fato qualificante. São usuais os articulados que se limitam a afirmar que o crime foi cometido por motivo fútil ou torpe, ou mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa.

O equívoco é manifesto, e não se pode transigir com as exigências do sistema sob pena de inviabilizar-se a defesa e o julgamento.

Mais sutis são as descrições que têm aparência de regularidade, mas na verdade são incompletas ou indeterminadas. Algumas recheadas de adjetivações e omissas quanto a substantivos que definam a acusação. O risco é o mesmo do caso anterior, como idêntico é o risco da manipulação da acusação em plenário.

Nada diz, e não atende às exigências legais, o libelo que afirma torpe o motivo do crime em razão de vingança. Como nada significa afirmar futilidade em razão de desentendimentos anteriores. Ou a surpresa que impediu a defesa da vítima. Ou a prática homicida com vistas à impunidade de crimes anteriores.

Estes exemplos revelam hipóteses de descrições genéricas porque não fixam com exatidão o fato qualificante do delito. É necessário afirmar-se o fato gerador da vingança, o desentendimento motivador do crime, o fato que surpreendeu a vítima ou o crime cuja impunidade foi pretendida.

Se não há possibilidade de se fazer a descrição completa, é porque não há viabilidade da pretensão acusatória, exercício a que pode se dedicar o juiz pronunciante antes de admitir a qualificadora.

Problema que se tem verificado é o da inadmissível formulação alternativa, bastante comum na fórmula de equiparação analógica ao crime de emboscada, dissimulação ou traição. São comuns os libelos que afirmam, a par da descrição genérica, que a surpresa ou ataque de inopino dificultaram ou impediram a defesa da vítima.

Parece bastante claro que dificuldade e impossibilidade da defesa são noções distintas, apesar de próximas. A defesa bem elaborada se orientará de forma diversa numa ou noutra alternativa, e restará prejudicada com tal proceder.

Alguns libelos têm a pretensão de realizar exame crítico da decisão de pronúncia para julgá-la equivocada e retomar o conteúdo da denúncia, seja na tipificação da qualificadora, seja na sua descrição.

Trata-se de proceder irregular que não pode ser admitido, pois a pretensão do libelo existe na medida da pronúncia, e não da denúncia.

A crítica às decisões judiciais de rejeição nestes casos podem ser resumidas num argumento perigosamente derivado da alegada inutilidade do libelo. Afirma-se que a matéria já foi bem discutida nos autos e a defesa tem conhecimento dela.

O libelo é a “citação” do *judicium causae*, e como tal não pode presumir absolutamente nada, o que de resto não admite o princípio da imutabilidade da acusação e a garantia constitucional da ampla defesa.

O segundo problema destacado diz respeito à forma de articulação da qualificadora, que como dissemos tem maior importância no questionário.

Tradicionalmente o crime qualificado é quesitado em indagação única que se submete ao jurado: o crime foi cometido por motivo fútil, tal seja, recusar a vítima empréstimo de dinheiro ao réu?

Numa só pergunta indaga-se ao jurado todos os elementos do crime qualificado. O risco que tal fórmula contém é o de inibir a construção lógica do raciocínio do jurado, quando não induzir seu raciocínio.

Tentamos estabelecer alguns elementos do crime qualificado e que consistem na existência do fato, na sua vinculação subjetiva com o crime e no juízo de valor. Parece-nos claro que a quesitação deve obedecer a esta lógica de modo a permitir que o jurado verifique e emita seu julgamento sobre cada qual destes elementos, o que impõe o desdobramento do quesito do crime qualificado.²¹

No exemplo oferecido, a quesitação deveria ser decomposta em três perguntas: a primeira sobre a recusa do empréstimo; a segunda sobre ter o réu agido por conta disto; e a terceira sobre tal proceder revelar-se fútil.

A formulação ora proposta apresenta a vantagem de exemplificadamente possibilitar ao jurado que, não obstante o reconhecimento do problema relativo ao empréstimo de dinheiro, isto é, da existência do fato qualificante, venha a negar sua vinculação subjetiva com o crime ou o juízo de desproporcionalidade caracterizador da futilidade.

Evidentemente pode o juiz togado, na medida das teses articuladas em plenário, abreviar ou mesmo expandir o modo de quesitação, pois haverá caso em que nenhuma utilidade haverá no desdobramento se à defesa somente interessa a negativa de autoria.

O importante é que jamais seja o jurado inibido ou induzido, digamos a imaginar que a negativa de empréstimo é intrinsecamente fútil como sugere a quesitação única e se demonstra com o emprego de expressões como "tal seja" e "ou seja".

O desdobramento proposto é em nosso entender imprescindível e obrigatório para a quesitação, não se exigindo tal rigor do libelo, que basta ser claro, preciso e definido quanto à qualificadora.

É certo que esta proposição pode tornar o questionário e a votação mais extensos ou difíceis, o que não se confunde com a complexidade que a lei veda. Mas o questionário não é algo que se destina a ofertar conforto e simplicidade ao jurado. Aliás, nada no processo é destinado a dar conforto aos seus operadores, sejam eles jurados, juízes togados etc. A idéia é a de garantia.

6. Conclusão

Em voto proferido, o Des. Almeida Sampaio assinalou que a soberania do júri não fulmina as garantias do devido processo legal.²² É indiscutível que o juiz

(21) Este procedimento vem sendo adotado pelo Juiz Eduardo Marcondes na 1.ª Vara do Júri de São Paulo.

(22) TJSP, 1.ª Câmara Extra., ApCrim 201.043-3/2-SP, j. 10.12.1997, v.u.

togado deve exercer a função de garantia do devido processo legal no procedimento do júri, como parece evidente tolhe imaginar que ao juiz leigo é que tocas-se tal tarefa.

O vale-tudo processual a que nos referimos mais de uma vez nestas linhas, e com o qual pretendemos caracterizar a influência da doutrina da Lei e da Ordem, tem encontrado facilitação na inconsistência das noções e conceitos que se aplicam no júri.

Este vale-tudo se inicia com a crise inflacionária de qualificadoras em denúncias criativas, a respeito do que a jurisprudência vem esboçando saudável mas insuficiente reação, motivo pelo qual sugerimos um pouco mais de ousadia na aplicação da lei mediante compromisso com princípios básicos do estado de direito.

Procuramos demonstrar como são vagos e destituídos de sentido os conceitos e noções utilizados, bem como sugerimos um esquema de análise das qualificadoras que oriente não apenas a pronúncia, mas também o libelo e a quesitação, de modo a garantir um julgamento justo que, não temos dúvida em apontar, tem sido como regra recusado pelo juiz togado.

As idéias aqui alinhavadas se destinam à crítica e ao aperfeiçoamento, mas desde logo nos parecem aplicáveis em benefício da instituição do júri.

Para que o júri se consolide como instituição democrática da justiça, é preciso que o juiz togado, desde o limiar da ação penal, assuma suas funções de juiz natural e garante, de modo a impedir o perigoso alargamento da doutrina da Lei e da Ordem que hoje se vê articulado quase que de maneira irresponsável no júri à imagem do vale-tudo processual.

Se no passado se encarou o júri como justiça sem limites a serviço da injustiça dos poderosos, como talvez ainda no presente em porções diminutas do território nacional isto seja verdadeiro, hoje percebemos que esta justiça sem limites continua a serviço da injustiça dos poderosos, não mais para fazer campear a impunidade, como dizia Frederico Marques, mas sim para operar um sistema punitivo brutal que se volta contra a população.

Bibliografia

- ALMEIDA, Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo : RT, 1975.
- BÁRTOLI, Márcio. "O princípio *in dubio pro reu* na pronúncia", *RBCCrim* de lançamento, 1992.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro : Borsó, 1965. vol. IV.
- FRAGOSO, Cláudio Heleno. "Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva", *Rev. Bras. Crim. e Dir. Penal* 13, 1966.
- GRECO FILHO, Vicente. "A pronúncia", *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1953. vol. V.
- ITAGIBA, Ivair Nogueira. *Do homicídio*. Rio de Janeiro : Forense, 1945.
- MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo : Saraiva, 1963. vol. 1.
- MARREY, Adriano e outros. *Teoria e prática do júri*. 6. ed., São Paulo : RT, 1997.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "Supressão do libelo", *Tribunal do júri*. São Paulo : RT, 1999.
- PORTO, Hermínio Marques. *O júri*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. "Quesitação". *Tribunal do júri*. São Paulo : RT, 1999.
- VERGARA, Pedro. *Das circunstâncias agravantes*. Rio de Janeiro : Forense, 1948.