



RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 48246/2019 – CLASSE: CNJ-426 – COMARCA DE COLNIZA

RECORRENTES: PEDRO RAMOS NOGUEIRA

VALDELIR JOÃO DE SOUZA

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATÓRIO

Egrégia Câmara:

Cuida-se de Recursos em Sentido Estrito interpostos por Pedro Ramos Nogueira e Valdelir João de Souza, em face da decisão proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Colniza, o qual os pronunciou pela prática dos crimes de constituição de milícia privada (art. 288-A do CP), e de nove homicídios qualificados pelo motivo torpe, por meio cruel, com recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido, e praticado por milícia privada (art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, conjugados com §6º, do CP), na forma dos artigos 29 e 69, ambos do CP, submetendo-os a julgamento perante o Tribunal Popular do Júri.

O recorrente Pedro Ramos Nogueira aduz que não praticou nenhuma das condutas típicas descritas na exordial acusatória, ou, em última hipótese, não se extraem dos autos indícios suficientes de autoria ou de participação nos crimes que lhe são imputados.

Argumenta que foi pronunciado sob o pretexto de que haveria prova indiciária contra ele, porque a chacina teria sido praticada pelo grupo armado denominado “Os Encapuzados”, do qual o recorrente seria integrante, conforme depoimento de Osmar Antunes, que, por sua

vez, não foi confirmado em juízo, sob o crivo do contraditório.

Sustenta a defesa que a decisão de pronúncia se baseou apenas na presunção de que Pedro faria parte do grupo criminoso, pois foi visto na companhia de pessoas que integravam “Os Encapuzados”.

Porém não existe um único depoimento em juízo que comprove que o acusado estava presente no local do crime, muito menos que tenha ceifado a vida de quem quer que seja.

Discorre que, na própria decisão objurgada, consta a afirmação de que a testemunha Osmar Antunes “*era muito doidão*”, e que não se sabe ao certo quem efetivamente praticou a chacina.

Afirma ainda que, se existe um inquérito complementar em curso para investigar quem são “Os Encapuzados” e quem os fomenta, é de todo contraditório concluir, com respaldo em presunções, por ouvir dizer, que faça parte do grupo e, por isso, seja submetido a julgamento perante o Tribunal Popular do Júri.

Consigna a defesa que a decisão de pronúncia se respalda em prova não confirmada ou reproduzida em juízo, não bastando a mera suspeita, sem prova indicativa sequer de sua presença no local dos fatos.

Conclui que não há comprovação dos indícios suficientes de autoria em relação a ele, máxime porque a defesa técnica apresentou “*robusta contraprova*” à imputação ministerial, nomeadamente a existência de inquérito complementar, pendente de conclusão, relacionado aos mesmos fatos descritos na denúncia, em que se apuram novos suspeitos de serem mandantes e outra motivação para a chacina ocorrida em Taquaruçu do Norte, na Linha 15.

Enfatiza que o Inquérito Policial Complementar

direciona a outras pessoas e indica motivação diversa para o grave delito ocorrido, salientando, em reforço, que o Ministério Público Estadual se manifestou favoravelmente à busca e apreensão domiciliar, de aparelhos celulares e de prisão preventiva dos “novos suspeitos”.

Portanto, surgindo elementos concretos acerca de novos autores, mandantes e motivação do crime, afigura-se de todo inviável imputar-lhe a autoria delitiva.

Assevera que idêntico raciocínio se aplica ao crime de constituição de milícia privada, porquanto inexistem indícios suficientes de autoria ou de participação.

Sublinha, por derradeiro, que não cabe à defesa assistir passivamente o desenrolar dos fatos como mero espectador, devendo apresentar à autoridade fatos e provas de que tem conhecimento, inclusive testemunhas, corolário do já normatizado poder de investigação defensiva.

Esclarece, ainda, que Pedro Ramos Nogueira foi absolvido nas duas instâncias pela acusação da prática do crime de posse irregular de munição de uso proibido, e que, em relação à alegação de que “Doca” é o principal “*guacheba de Polaco*”, significa que é aquela pessoa que conhece os vários tipos de madeiras de um manejo.

Postula, ao final, sua absolvição ou sua despronúncia.

Valdelir João de Souza, por sua vez, sustenta que não foi autor nem partícipe dos fatos apurados, e que o magistrado de origem respaldou a pronúncia apenas e tão somente no combalido princípio do *in dubio pro societate*, mesmo tendo reconhecido e admitido a existência de questões pendentes de elucidação.

Consigna que é primário, trabalhador, jamais se viu envolvido em fato delituoso, sendo, portanto, merecedor de credibilidade.

Afirma que o Ministério Público lhe faz a imputação baseado apenas no fato de Pedro Ramos – considerado um dos autores materiais dos crimes – ser seu empregado, inferindo-se, dessa circunstância, sua condição de mandante, o que, em *ultima ratio*, caracteriza a intolerável responsabilidade penal objetiva.

Em suas razões, dá ênfase à alegação de que Doca não estava no local dos fatos e que a acusação fundamentou sua pretensão apenas em depoimentos colhidos na fase inquisitorial, notadamente nos de Osmar e XXXXX, sendo este último, assim como todas as demais pessoas inquiridas, testemunhas de “ouvir dizer”.

Questiona ainda a prestabilidade, como valor probatório, do testemunho de XXXXX¹, que seria amigo íntimo e parceiro de negócios com XXXXX, a quem a nova linha investigativa aponta ser o possível mandante dos crimes.

Argumenta também que a instrução criminal permitiu provar que Pedro Ramos não esteve no local dos fatos, aspecto esse de suma importância, porque a imposição contra si decorre da circunstância de ser ele seu funcionário.

Afiança, ainda, que a falta de provas contra o recorrente, a existência de álibi inabalado que o afasta do crime, e a investigação complementar instaurada pela polícia civil demonstram, de maneira contundente, motivação e mandante diversos para os graves fatos apurados, o que mostra o desacerto da decisão hostilizada.

Por fim, assevera que não há indícios suficientes de autoria da prática do crime de constituição de milícia privada e que possui legítimo interesse na elucidação dos fatos, podendo, inclusive, apresentar

1 Serão preservados os nomes de todos os suspeitos que estão sendo investigados no Inquérito Complementar n. 95/2017, no qual se apura a participação de outros autores imediatos do crime, e outro mandante.

as provas de que tem conhecimento.

Fundado nessas razões, pede sua absolvição ou a despronúncia.

A Promotoria de Justiça da Comarca de Colniza requer a manutenção da decisão hostilizada.

O juízo de origem manteve a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça, Julieta do Nascimento Souza, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

V O T O

Egrégia Câmara:

Por cuidar de teses idênticas – ausência de indícios suficientes de autoria ou de participação –, os recursos serão analisados em conjunto.

Pesa contra os recorrentes Pedro Ramos Nogueira, vulgo Doca, e Valdelir João de Souza, vulgo Polaco Marceneiro, a prática de nove crimes de homicídio qualificado perpetrados mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; com emprego de meio cruel; mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa das vítimas e por milícia privada (art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e § 6º, do CP), e de constituição de milícia particular (CP, art. 288-A), em concurso

material (CP, art. 69), porquanto, segundo se extrai de excerto da peça acusatória:

“CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA – VALDELIR JOÃO DE SOUZA, vulgo ‘Polaco Marceneiro’, PEDRO RAMOS NOGUEIRA, vulgo ‘Doca’, PAULO NEVES NOGUEIRA, RONALDO DALMONECK, vulgo ‘Sula’ e MOISES FERREIRA DE SOUZA, vulgo ‘Sargento Moisés’ ou ‘Moisés da COE’

Consta que em data não precisada nos autos, mas certo que até o dia 19 de abril de 2017, por volta das 17h39min, na Linha 15, no Assentamento de Terras, em Taquaruçu do Norte, neste município de Colniza/MT, os denunciados VALDELIR JOÃO DE SOUZA, PEDRO RAMOS NOGUEIRA, PAULO NEVES NOGUEIRA, RONALDO DALMONECK e MOISÉS FERREIRA DE SOUZA, conscientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, de forma permanente e estável, integraram grupo de extermínio, denominado ‘os encapuzados’, conhecidos na região como ‘guachebas’, matadores de aluguel, com a finalidade de praticar ameaças e homicídios contra os posseiros da região.

Segundo apurado, o vigia de Polaco, Doca, por várias vezes, havia avisado ‘que haveria um atentado na Linha 15, alegando que ‘quem atacaria seria os encapuzados’. No dia, horário e local dos fatos, os denunciados foram vistos por testemunha, sendo identificados os denunciados.

VALDELIR JOÃO DE SOUZA, vulgo ‘Polaco Marceneiro’ é proprietário das empresas Madeireira Cedroarana e G.A. Madeiras, responsável pelo manejo

localizado ao lado do local dos fatos, integrante do grupo ‘os encapuzados’, conhecidos na região como ‘guachebas’, ainda que sem praticar pessoalmente atos de execução dos delitos, tendo PEDRO RAMOS NOGUEIRA, vulgo Doca, como seu ‘principal guacheba’.

Segundo consta, a motivação dos crimes seria extrair recursos naturais dessas terras e conseqüentemente os envolvidos no crime se apossariam delas, bem como para assustar os moradores e expulsá-los das terras futuramente.

Apurou-se que ‘Polaco’ é intermediado por ‘Doca’ ‘na passagem das madeiras extraídas de maneira ilegal das grilagens de terras feitas por bando armado atuante na região’, e já teve ‘boa parte de seus maquinários queimados pelo IBAMA, há quase dois anos, dentro da Linha 15 e próximo a ela, sendo que ‘os encapuzados atuam na exploração de madeiras, atuando com armas de fogo e muita violência, expulsando os posseiros da terra’.

Em uma oportunidade, ‘Doca’ havia comentado que ‘seu patrão (POLACO MARCENEIRO) iria comprar para ele, duas pistolas e duas carabinas’.

RONALDO DALMONECK, vulgo ‘Sula’ ‘trata-se de um grileiro, o qual é conhecido por realizar serviços de guachebagem’, ‘é conhecido por ser pistoleiro’ e ‘ameaçava os moradores dizendo que haveria um massacre naquela localidade caso não desocupassem as terras’ sendo muito amigo de PEDRO RAMOS NOGUEIRA, conhecido como Doca.

Depreendeu-se, ademais, ‘Doca contou que Sula tinha o costume de degolar pessoas utilizando arma branca, além de

ser proprietário de várias armas, sendo 02 (duas) armas calibre 12 semiautomáticas, 01 (uma) arma calibre 12 de repetição, 01 (uma) metralhadora de tripé e 01 (um) fuzil’, além de responder a processo por delito de roubo, que tramita na Comarca de Machadinho d’Oeste-RO (Autos n. 0000492-29.2012.8.22.0019), juntamente com o denunciado MOISÉS FERREIRA DE SOUZA.

PEDRO RAMOS NOGUEIRA, vulgo ‘Doca’, seria ‘tipo um chefe do mato atuando como intermediário na compra de madeiras’, trabalhando como gerente de madeiras de ‘Polaco’. É considerado o ‘principal guacheba de Polaco Marceneiro’. Possuía munições e foi visto na ‘chacina’, juntamente com os demais integrantes. Após os fatos, foi preso em flagrante por possuir munição de uso restrito (Autos de Código 78557). Após o cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão na G.A. Indústria Comércio, Importação e Exportação LTDA – EPP, onde se encontrava ‘Doca’, foram apreendidos: pedaço de papel contendo anotação do telefone de ‘Sula’ e mapa de lotes, contendo o nome de ‘Polaco’, o que confirma a relação entre eles (Autos de Código 78557).

[...]

09 (NOVE) HOMICÍDIOS QUALIFICADOS EM CONCURSO MATERIAL

No dia 19 de abril de 2017, por volta das 17h39min, na Linha 15, no Assentamento de Terras, em Taquaruçu do Norte, neste município de Colniza/MT, os denunciados PEDRO RAMOS NOGUEIRA, PAULO NEVES NOGUEIRA, RONALDO DALMONECK e MOISÉS FERREIRA DE SOUZA, conscientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, unidos pelo

mesmo propósito delituoso, promovidos pelo denunciado VALDELIR JOÃO DE SOUZA, munidos com armas de fogo, bem como se valendo de arma branca e em diferentes condutas e desígnios autônomos, desferiram golpes e efetuaram disparos contra as vítimas FRANCISCO CHAVES DA SILVA, EDSON ALVES ANTUNES, IZAUL BRITO DOS SANTOS, ALDO APARECIDO CARLINI, SEBASTIÃO FERREIRA DE SOUZA, FÁBIO RODRIGUES DOS SANTOS, SAMUEL ANTÔNIO DA CUNHA, EZEQUIAS SANTOS DE OLIVEIRA e VALMIR RANGEL DO NASCIMENTO, resultando nas suas mortes.

Restou apurado que no dia, local e horário dos fatos, os denunciados PEDRO RAMOS NOGUEIRA, PAULO NEVES NOGUEIRA, RONALDO DALMONECK e MOISÉS FERREIRA DE SOUZA, membros do grupo de extermínio, conhecido como ‘os encapuzados’, mediante uso de arma branca, faca e arma de fogo (Cf. Auto de Verificação em Local de Crime – Homicídio Doloso Consumado, de fls. 26-88 e Relatório de fls. 354-365), ceifaram a vida das pessoas que puderam ser encontrados no local, tendo proferido ameaças anteriormente, ao dizerem que ‘haveria massacre naquela localidade, caso não desocupassem as terras’ e ‘mandavam recados alegando que matariam mulheres, crianças e quem estivesse na localidade’, sendo que os 04 (quatro) executores foram vistos por testemunha, portando armas de calibre 12, além de ter escutado disparos de armas de fogo.

Os denunciados executaram as vítimas, em desígnios autônomos, de forma repentina e mediante surpresa, ao percorrerem as propriedades de toda a extensão da Linha 15, o

que corresponde a aproximadamente 9km (Cf. Croqui de fl. 124), utilizando-se de crueldade, inclusive tortura, dificultando, de qualquer forma, a defesa dos ofendidos.

Os cadáveres de FRANCISCO CHAVES DA SILVA e de EDSON ALVES ANTUNES foram encontrados com ferimentos provocados por arma de fogo e de VALMIR RANGEL DO NASCIMENTO, com ferimentos provocados por golpes de arma branca (degolamento) e com as mãos amarradas para trás, todos no lado direito da Linha 15.

O corpo de IZAUL BRITO DOS SANTOS foi localizado cerca de 6km adiante, ao lado de sua residência, o qual estava amarrado com as mãos para trás e com o pescoço degolado.

ALDO APARECIDO CARLINI foi encontrado com disparo de arma de fogo e EZEQUIAS SANTOS DE OLIVEIRA, encontrado com golpes de faca no pescoço, ambos os cadáveres no Km 02 (dois) da Linha 15.

SEBASTIÃO FERREIRA DE SOUZA foi encontrado em sua residência, tendo sido executado com golpes de facão.

Por derradeiro, nas proximidades de um riacho foram localizados os corpos de FÁBIO RODRIGUES DOS SANTOS e de SAMUEL ANTÔNIO DA CUNHA, ambos apresentavam ferimentos provocados por arma de fogo”.

Encerrada a instrução preliminar, o juízo de origem, convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, pronunciou os recorrentes, nos seguintes termos:

“A materialidade delitiva, isto é, a prova da existência do crime, está satisfatoriamente demonstrada por meio do auto de verificação em local do crime, laudos periciais necropapiloscópicos e certidões de óbito das vítimas.

Consta nos autos a certidão n. 041/2017-CA informando a relação de objetos apreendidos e vinculados aos fatos apurados neste feito.

Noutra banda, os indícios de autoria são extraídos dos depoimentos das testemunhas.

A testemunha Hélio Alves Cardoso, Tenente brigadiano comandou a operação de busca das vítimas. Na Gleba Taquaruçu, um informante lhe relatou que viu três pessoas que seriam as autoras dos homicídios – uma delas estaria mancando. O Tenente ainda narra ao juiz que os acusados Sula (Ronaldo Dalmoneck) e Doca (Pedro Ramos) foram vistos no local dos fatos e Polaco (João Valdelir) seria o mandante – tais dados teriam sido repassados ao Sr. Hélio.

Hélio também relata ao Magistrado que os autores do fato seriam um grupo conhecido como ‘os encapuzados’, responsável por fazer ‘guachebagem’ na região. A testemunha também ouviu de informantes que os encapuzados venderam a terra para Polaco, o qual pagou metade e só quitaria o restante quando o lote estivesse desocupado – esta seria a motivação do delito.

A testemunha IPC Robenilson Ferreira Barros relatou ter participado das investigações sobre os fatos. Durante o seu

depoimento, informou que no local dos fatos encontraram pegadas de botina e de pés. Segundo Robenilson, os populares de Taquaruçu lhe informaram que no local era constante a queima de barracos como forma de coação e que algum dos encapuzados já trabalharam para Polaco (João Valdelir), entre eles Sula (Ronaldo Dalmoneck) e Moisés.

A testemunha IPC Woshigton Kester Vieira também teria participado das investigações para apurar os fatos. Afirmou que não se recorda com precisão, mas que encontrou uma pegada que teria numeração de calçado entre 38 a 40. Relata que os populares de Taquaruçu informaram que outros participantes dos encapuzados ainda permanecem na região, todavia não atuaram na chacina (e tais guachebas estariam trabalhando para alguns fazendeiros).

Kester informa ao Juízo que no depoimento prestado à Autoridade Policial, Osmar Antunes (suposta testemunha ocular do fato) relaciona os acusados como EXECUTORES, exceto o Sr. Valdelir. O investigador Kester também cita que outras testemunhas falaram que Doca (Pedro Ramos) tem envolvimento com a chacina e que Pedro trabalhava para o Sr. Valdelir. Consta do depoimento que a função de Pedro na madeireira de Valdelir era fiscalizar e cuidar das madeiras (gerente do mato).

Destaca-se do depoimento do IPC Kester que Doca estava com Leishmaniose e não podia usar botina (esta afirmação é baseada no depoimento que ouviu de Osmar Antunes). O investigador também narra que encontrou pegadas de botina e de uma pessoa descalça no lugar dos fatos.

Relatando sobre os mesmos eventos criminosos, o IPC

Ricardo Sanches narra que Osmar Antunes afirmou ter visto o grupo dos encapuzados e que um deles estava com o pé machucado. Sanches afirma que ficou sabendo que o mandante foi o Sr. Polaco (Valdelir). Segundo o IPC, os encapuzados são um grupo de guachebas formado por Doca, Sula, Cleison, Nego Jura, Neguinho da 12 e o Sargento Moisés. Ricardo narrou que Sargento Moisés seria o responsável pelo treinamento do grupo, em razão de sua experiência como militar.

O morador de Taquaruçu, Sr. Marduqueu dos Santos Mateus afirmou que um dia após os fatos viu os acusados Sula (Ronaldo) e Doca (Pedro) saindo de um manejo e que ambos, juntamente com Moisés, seriam responsáveis pela Chacina. Marduqueu relatou que o grupo dos encapuzados teria ameaçado os moradores da Gleba Taquaruçu. Acredita que as mortes se deram em virtude da exploração das terras.

Marduqueu disse que Joia (Elias Patrício) era vigia do manejo do Sr. Polaco (Valdelir). Alegou que por meio de Joia e Osmar tomou conhecimento dos fatos.

Darlan Silva de Oliveira, também morador de Taquaruçu, apontou a ligação entre os acusados 'Doca' e 'Polaco Marceneiro'. Segundo Darlan, comentou-se que Osmar Antunes estava sentado à beira da estrada e viu os encapuzados, entre os quais estavam 'Doca' e 'Sula'. Todos em Taquaruçu diziam que 'Doca' era o principal guacheba de 'Polaco'.

Darlan narrou que Joia lhe disse que 'Doca' estava com um ferimento no dedão do pé. A testemunha também relata que durante o resgate dos cadáveres, encontrou-se um chinelo tamanho 39/40 com a bandeira do Brasil. O morador de

Taquaruçu informou que o manejo legalizado de Polaco não é invadido porque os moradores têm medo das ameaças.

Darlan relata que os encapuzados mais famosos são Sula, Moisés, Cleison, e, antigamente, 'Neguinho Paraibinha'. 'Nego Jura' também seria um dos encapuzados.

Cumprе salientar que a testemunha Elianei Gomes da Rocha relatou durante a instrução processual que o acusado Pedro Ramos Nogueira, vulgo 'Doca', era funcionário do correu Valdelir João de Souza, vulgo 'Polaco Marceneiro'. Outrossim, afirmou que a pessoa conhecida pela alcunha de 'Joia' teria comentado na região que iriam ocorrer os crimes com a participação de 'Doca'.

Por fim, Elianei narra que Joia teria lhe relatado que 'Doca' estava com leishmaniose em um dos pés.

Convém mencionar que a testemunha Jacir Antunes, irmão de Osmar Antunes, afirmou que conhece os acusados Paulo, 'Doca', 'Polaco Marceneiro'. Jacir disse que os encapuzados atuavam na região de Taquaruçu agredindo e ameaçando pessoas.

A testemunha Heliovan Gomes da Rocha, narrou que Osmar teria visto o acusado 'Doca' com outras 03 (três) pessoas na linha 15, da Gleba Taquaruçu, e que ele teria envolvimento com os homicídios praticados.

Ademais, a testemunha do Juízo, Edison Ricardo Pick, Delegado de Polícia, declarou ter conduzido as investigações para apurar os crimes ocorridos na Gleba de Taquaruçu do Norte, município de Colniza-MT. Afirmou na solenidade que o

acusado Pedro Ramos Nogueira era funcionário de Valdelir João de Souza, empresário que explora madeiras na região dos fatos. Relatou também a atuação do grupo criminoso denominado ‘os encapuzados’.

O Delegado afirmou ao Magistrado que existe um inquérito complementar em curso para investigar quem seriam os encapuzados e quem os fomenta. Ponderou que Polaco não tinha interesse na área, mas, sim, na madeira. Por fim, fez a consideração que não indiciou Valdelir, mas que não foi apenas a pessoa de ‘Doca’ que o levou às suspeitas em relação a Polaco. Também aduziu acerca da leishmaniose de ‘Doca’.

Ranigleice Oliveira da Silva, testemunha de defesa, relatou que ‘Doca’, no dia da chacina, saiu da empresa G.A. Madeiras por volta das 15h30min e ficou fora por uma hora e meia. Também disse que Pedro trabalha para Valdelir João.

Convém mencionar que a testemunha Leandro Machado afirmou que o acusado Pedro Ramos Nogueira, vulgo ‘Doca’, negocia madeiras para Valdelir João. Disse que na terça-feira, ‘Doca’ e ‘Francis’ saíram pela manhã e retornaram ao entardecer. Na quarta-feira, viu ‘Doca’ – inclusive, almoçaram juntos. Que na sexta-feira ‘Doca’ retornou a Machadinho com outro funcionário de Polaco.

A testemunha Sérgio Leone França Ribeiro afirmou ser companheiro de trabalho de ‘Doca’ na empresa madeireira G.A. Madeiras. Disse que estava com ‘Doca’ no dia dos homicídios. Relatou que Pedro estava se recuperando da leishmaniose e que este já usava botinas. Sérgio teria relatado a Doca sobre a chacina no dia seguinte aos fatos.

No mesmo sentido, foram as declarações da testemunha Jurandir dos Santos Freire, que afirmou trabalhar junto com o acusado Pedro Ramos Nogueira, vulgo 'Doca' na empresa G.A. Madeiras, asseverando que permaneceram juntos na serraria no dia da chacina ocorrida em Taquaruçu do Norte. Também relatou que no dia em que ele e Pedro foram pregar placas, a leishmaniose já estava curada.

Da mesma forma, a testemunha Vasconcelos da Fonseca Pinto, disse ter se encontrado com 'Doca' no dia da chacina, por volta das 16h00min, no Distrito Guatá, na borracharia de Fabiano. Afirmou que Polaco tinha um manejo em local situado a 20 km do ponto em que a chacina ocorreu.

Conforme Vasconcelos, a Linha 15 foi vendida a XXXXX e que este não teria pago pela terra, exigindo que os encapuzados tirassem os invasores. Relata também que havia uma pessoa de nome Zé Carlos junto com os encapuzados, que teria sofrido um acidente de moto e, por isso, mancava. Ponderou que Osmar Antunes era 'muito doidão' e que Joia era dependente químico e problemático.

Por fim, alega que os encapuzados o mandaram mudar seu depoimento para incriminar 'Doca'.

Outrossim, a testemunha Fabiano Bolatroni de Miranda afirmou que no dia da chacina o acusado Pedro Ramos Nogueira esteve em seu estabelecimento comercial no período vespertino. Asseverou que atendia os caminhões do Sr. Polaco.

A testemunha Edna Simões Turcato, médica do Sr. Pedro, afirmou que no dia 17 de abril de 2017 a ferida do pé do Sr. Pedro estava cicatrizada, contudo, a pele ainda estava

sensível, razão por que não recomendou o uso de calçados fechados.

A testemunha Francis Garcia da Silva afirmou ser sócia do Sr. Valdelir. Asseverou que um dia antes da chacina foi, acompanhado dos funcionários Jurandir dos Santos Freire, vulgo 'Farofa', e o Sr. Pedro até o manejo que haviam comprado na região de Taquaruçu.

Insta frisar que a testemunha Clodoaldo Siqueira Barbosa afirmou que a chacina foi praticada pelo grupo armado denominado 'os encapuzados'. Destacou que por 30 dias manteve contato com os integrantes do bando, momento em que viu a testemunha Osmar Antunes se comportar como agente duplo entre a quadrilha e os assentados da associação de Taquaruçu do Norte. Por fim, afirmou que no dia dos fatos viu o acusado Pedro Ramos Nogueira em um mercado em frente à rodoviária do Distrito Guatá.

Clodoaldo também menciona que José Carlos estava com uma ferida no pé e que a chacina não teria ocorrido a mando de Polaco. Frisou que foi convidado para participar da chacina pelo encapuzado Cleiso, cuja motivação era 'limpar' a área para entregá-la a uma pessoa de nome XXXXX.

A testemunha Dejair Camara Erbst afirmou possuir terras na região de Taquaruçu, destacando que a convivência com o acusado Valdelir João de Souza e seu funcionário Pedro Ramos Nogueira era harmônica.

Da mesma forma, a testemunha Juraci Boa Sorte Pereira declarou ter trabalhado para o acusado Valdelir João de Souza, extraindo madeiras. Também afirmou que o corréu Pedro

Ramos Nogueira, presta serviços ao Sr. Valdelir, percorrendo as matas de onde exploram os recursos naturais.

As testemunhas Fabiano Thiel, Joacir Alves e Gilberto Luiz Vicensi afirmaram ter feito negócios com o acusado Valdelir João de Souza, vulgo 'Polaco Marceneiro', bem como descreveram a forma que suas empresas atuam na exploração vegetal de forma sustentável. Não apresentaram nenhuma informação acerca dos fatos apurados neste feito.

Por fim, a testemunha Paulo Henrique dos Santos se limitou a descrever os predicados pessoais do acusado Valdelir João de Souza, não relatando nenhum fato atinente à chacina ocorrida na região de Taquaruçu do Norte, município de Colniza-MT.

Por fim, durante o interrogatório, assegurados o contraditório e a ampla defesa, Pedro Ramos Nogueira declarou-se inocente e afirmou que trabalhava fiscalizando as madeiras beneficiadas na empresa pertencente a Valdelir João de Souza.

Não se olvida que os réus negaram a autoria/participação no delito, contudo, conforme dito anteriormente, em se tratando de ação penal processada sob o rito dos crimes contra a vida, não cabe ao Juiz Presidente sopesar as provas produzidas pela acusação e a defesa, valorando-as qualitativamente.

De mais a mais, se existir o mínimo de lastro probatório do cometimento do delito pelos réus, a senda a trilhar é a da pronúncia.

Malgrado a defesa do acusado Valdelir João de Souza alegar que o réu não tem envolvimento com os fatos descritos na exordial acusatória, pois há outras pessoas investigadas como possíveis responsáveis pelos crimes, os indícios de sua participação nos delitos de homicídio restaram demonstrados nesta fase sumária da culpa, sendo de rigor a submissão ao julgamento pelo Conselho de Sentença.

Ademais, o conjunto probatório produzido no curso da instrução processual aponta que o acusado Valdelir João de Souza pode ter envolvimento com o grupo armado denominado ‘Os Encapuzados’, o qual presta serviço ilegal de segurança em áreas rurais que estão em situação de conflito agrário.

Outrossim, as provas produzidas apontam os indícios de participação do acusado Pedro Ramos Nogueira nos crimes de homicídio ocorridos na Linha 15, da Gleba Taquaruçu do Norte.

De igual maneira, há indícios do envolvimento do acusado Pedro Ramos Nogueira com o grupo criminoso denominado ‘os encapuzados’, o que autoriza seu julgamento pelo Tribunal do Júri, pois as testemunhas de acusação afirmaram que ele estava acompanhando o bando durante a empreitada criminosa na linha 15, da Gleba Taquaruçu do Norte.

Como se não bastasse, a testemunha defensiva Clodoaldo Siqueira Barbosa afirmou no curso da instrução processual que o acusado Pedro Ramos Nogueira prestava serviços de inspetor de madeiras aos integrantes do grupo armado denominado ‘os encapuzados’, demonstrando, portanto,

indícios de constituir com os demais membros do bando, uma milícia privada na região de conflitos agrários.

Restou apurado na instrução processual que o acusado Pedro Ramos Nogueira era tido como o homem de confiança do empresário Valdelir João de Souza, pois realizava o controle de qualidade das madeiras adquiridas e beneficiadas na empresa G.A. Madeiras.

Cumpre salientar que a qualificadora apontada pelo Ministério Público (recurso que dificultou a defesa dos ofendidos) deve ser submetida à apreciação do Júri, eis que aparentemente as vítimas foram atingidas de surpresa. É um indicativo disto o fato de algumas vítimas terem sido encontradas caídas perto de seus pertences.

Quanto às qualificadoras previstas nos incisos I e III do artigo 121 do Código Penal, estas se referem aos motivos e os meios supostamente utilizados na prática delituosa.

Desta forma, cabe aos jurados verificar a presença das qualificadoras descritas na exordial acusatória, analisando as provas constantes nos autos e comparando-as com a conduta dos acusados.

Importante mencionar que, nesta etapa do julgamento, expungir as qualificadoras da pronúncia é medida de extrema excepcionalidade, justificando-se apenas quando nitidamente não se verificar no caso concreto.

Considerando os elementos probatórios produzidos nos autos, a pronúncia dos réus é imperiosa”.

A PROVA POR INDÍCIOS

Como já se denota das peças do processo, acima reproduzidas, a prova dos autos é **exclusivamente** indiciária, pois a participação do Doca nos crimes decorre do fato de a principal testemunha, Osmar Antunes, tê-lo reconhecido no dia dos crimes, em local próximo onde eles ocorreram, junto a um grupo de homens armados, que **supôs** serem os “encapuzados”; e o acusado Polaco, por ser o empregador dele, a que se soma sua condição de empresário no ramo de madeiras, tendo possível interesse na área, que é coberta por árvores nobres.

A autoridade policial investigante não conseguiu obter nenhuma prova direta incriminatória dos recorrentes. Na realidade, esta se deixou seduzir pelas primeiras impressões^{2 3} do caso, trazidas por uma testemunha que não presenciou os acontecimentos. Neste caso específico, não houve a costumeira eficiência nos trabalhos de investigação de nossa competente polícia judiciária. Há pelo menos quatro sobreviventes à chacina – assim informam as testemunhas –, que não foram convocadas a depor. Ademais, as provas periciais, se realizadas, até hoje não aportaram ao processo, etc.

Enfim, toda a acusação está assentada em indícios de que os recorrentes podem ter implicações com a “chacina de Taquaruçu do Norte”, como mundialmente ficou conhecida.

Apesar de sua condição de prova indireta, a prova por indícios se apresenta, em determinadas situações, com maior potencial até

2 “Sendo lenta e penosa a elaboração de um julgamento, o homem se contenta, em geral, com as primeiras impressões, isto é, com as sugestões da simples intuição”. (Gustave Le Bon, As opiniões e as crenças, Ed. Livraria Garnier, p. 156-157)

3 “Alguns se casam com a primeira informação, de tal sorte que as demais são concubinas, e como a mentira sempre se adianta, não fica lugar depois para a verdade”. (Baltasar Gracián, A arte da prudência)

para formar o convencimento do juiz, como ocorre, por exemplo, com as provas científicas, de modo que presta ela a afastar o estado de inocência do acusado⁴.

Em assim sendo, a prova por indícios é apta para sustentar a condenação e, pois, a pronúncia. É por esse prisma que nos cabe analisar, neste instante, as condições para que uma prova indiciária possa autorizar seja o acusado levado ao Tribunal do Júri.

Lembra José Maria Asencio Mellado que quem comete um crime busca, de propósito, o segredo de sua atuação, pelo que, evidentemente, é frequente a ausência de provas diretas. Diz o autor espanhol que pretender, em todo caso, a presença desse tipo de prova significaria o fracasso do processo penal⁵.

Daí exsurge a importância da prova indiciária, que não é, como pensam alguns, prova de menor valor, a despeito de, em algumas situações, o Código de Processo Penal assim considerá-la, como se vê nos casos de prisão preventiva (art. 312), da medida cautelar de sequestro de bens (art. 126) e da própria pronúncia (art. 413).

Entretanto, não existe distinção ontológica entre prova e indício. Aliás, topologicamente, os indícios estão colocados entre os meios de prova no CPP (Livro I, Título VII), de modo que podem ter a mesma força de convencimento da prova direta.

Os indícios são meios de provas por intermédio dos quais o(s) fato(s) conhecido(s) – provado(s) e acreditado(s) – permite(m) chegar, através de uma conexão lógica estabelecida por um raciocínio

4 Devis Echandia, que considera os indícios como prova indireta, é receptivo em reconhecer a suficiência dela para formar a convicção ou certeza do juiz; porém, diz que ela se exige – para que se lhe outorgue a qualidade de prova plena –, que se lhe aplique o **máximo de rigor crítico**. (Compendio de la prueba judicial, Ed. Rubinzal Culzoni, 1. ed., 2007, T. II, p. 272)

5 Presunción de inocencia e prueba indiciária, *in* derecho procesal penal, estudios fundamentales, Ed. INPECCP, Peru, 2016, p. 1154.

inferencial, elaborado sob regras confiáveis da vida humana, ao(s) fato(s) desconhecido(s).

Não há hierarquia entre prova direta e indiciária, tanto que é possível o juiz sustentar a culpabilidade do réu com base em indícios, não obstante a existência de uma prova direta exculpatória⁶.

Indício, entretanto, não se confunde com prova indiciária, sendo apenas um elemento desta.

Inexiste **prova de indícios**, porque eles próprios constituem apenas o ponto de apoio para que, através de uma regra de lógica, de critério científico ou máximas de experiência, se possa inferir um fato que se busca conhecer. O que há, então, **são provas por indícios**, ou provas indiciárias, pois, insisto, os indícios, isoladamente, nada provam, podendo levar apenas a induzir a existência de uma probabilidade de como, em que circunstâncias, sob qual motivação, etc., se passou o fato desconhecido.

A prova indiciária, e neste ponto não se põem dúvidas, é composta por 3 [três] elementos: o indício, o processo mental inferencial lógico e o fato inferido.

Há divergência na doutrina se o raciocínio lógico que se emprega na prova indiciária se faz por indução ou dedução. Com apoio em Gustavo Badaró, entendo que o processo é indutivo, não apenas porque vai da premissa particular para a premissa geral, mas sobretudo porque acrescenta um elemento novo, desconhecido, verificável apenas em nível de probabilidade, em maior ou menor grau⁷.

6 Percy Garcia Caveró, El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal, *in* La prueba en el proceso penal, Ed. Instituto Pacífico, 2015, p. 29. No mesmo sentido, Márcio Schlee Gomes (A prova indiciária no crime de homicídio, Ed. Livraria do Advogado, 2016, p. 212); Jorge Rosas Yataco (La prueba en el nuevo proceso penal, Ed. Legales, Peru, 2016, v. 2, p. 1153), entre outros.

7 Epistemologia judiciária e prova penal, p. 95 a 103.

Com relação ao primeiro elemento, chamado de fato-base, fato-indicador, fato-fonte, etc., há de resultar plenamente comprovado por provas diretas, não se tolerando que sobre ele resida a menor dúvida, pois é a partir dele que se faz o encadeamento com o fato-consequência, por um processo de inferência pautado por critérios humanos, de lógica ou científicos, aceitos ou admitidos.

É neste ponto que se avoluma a importância da contraprova ou de contraindícios que eventualmente possa a defesa apresentar.

Não precisando o réu provar sua inocência, que se presume, pode ele, entretanto, atuar no sentido de desacreditar as provas existentes contra si, ou de provar outro fato que seja incompatível com a hipótese incriminatória.

Pode-se falar, então, em contraprovas ou contraindícios diretos e indiretos. Pelos primeiros, busca-se enfraquecer ou desacreditar as provas ou indícios que o réu tem contra si, demonstrando que eles não aconteceram, são duvidosos ou, tendo acontecido, se deram de forma diversa. Pelos segundos, pretende-se comprovar a existência de um fato incompatível com as provas ou indícios que animam e embalam a acusação, como é o caso do alibi.

Se se provar que o fato indicante não existiu ou se ele é duvidoso, porque não se revelou plenamente comprovado, por melhor que seja o processo indutivo escolhido, nunca se alcançará um produto com confiança mínima para deitar uma condenação. A simples existência de dúvidas arreda a possibilidade de considerar o indício como elemento de prova para retirar a presunção de inocência do réu.

A prova indiciária é fundamentada em argumentos de lógica, na relação que se pode estabelecer entre um fato indicante e o

desconhecido. Se o fato-base é falso, o fato-consequência o será, por mais hábil que seja o processo inferencial. Como assevera Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “*É imperativo que o **factum probans** esteja completamente provado, conhecido, indubitado, para poder revelar o **factum probandum**. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida*”⁸.

Alinho-me ao entendimento de que a prova do indício deve ser direta, não se permitindo que seja ela estabelecida por outro ou outros indícios, em cadeia⁹.

Tão importante quanto a existência de prova indubitosa dos indícios, é a forma e o meio como eles foram introduzidos no processo. O fato-base, para que sirva de alavanca ao conhecimento do fato pesquisado, deve ser produzido sob todas as garantias do processo, não se prestando a tal fim as informações do inquérito, obtidas sem o contraditório, publicidade, oralidade e imediação, salvo se se tratar de provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas.

O indício, como lembra Asencio Mellado, deve ser provado por meio de provas diretas e **autênticas**, entendendo-se como tal a “*praticada normalmente em ato de juízo oral, salvo as situações de prova antecipada e pré-constituída, e com todas as garantias processuais*”, sob pena de não se poder usar o indício como elemento de prova indireta¹⁰.

Comunga dessa opinião Devis Echandia, para quem a validade da prova por indícios depende de o fato indicador ou indiciário ter sido praticado, apresentado e admitido na forma da lei, descontando-se as

8 A prova por indícios no processo penal, Ed. Lumen Juris, 2009, p. 41.

9 Nesse sentido, Asencio Mellado: “*Não é possível a prova de indícios através de outro indício, por mais provado que este resulte; neste caso, seria estabelecida uma cadeia e pluralidade de indícios que poderia ser perigosa pelo conjunto de deduções que poderia se efetuar*” (ob. cit., p. 1.160). No mesmo norte, Percy Garcia Caverio (ob. cit., p. 31).

10 Ob. cit., p. 1.160, destaques nossos.

que padecem de nulidade ou carecem de valor probatório por vícios no procedimento¹¹.

Mister também que os indícios sejam múltiplos e independentes entre si¹².

É verdade que quase todos os tratadistas entendem que, embora raro, é possível que um único indício tenha aptidão para conduzir a uma prova indiciária segura, como se dá nas provas científicas, do qual o DNA é o exemplo mais palpitante¹³.

No mais das vezes, não se tratando de indício necessário, mas de contingentes¹⁴, justifica-se a multiplicidade de indícios, pois a variedade deles *“permitirá controlar em maior medida a segurança da relação de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido”*¹⁵.

Quando se reclama que sejam independentes entre si, pretende-se evitar que um único fato indiciário, provado por distintas fontes de prova, seja tido como uma pluralidade de indícios, como acontece quando três testemunhas viram o réu sair do lugar dos fatos momentos depois da hora aproximada do delito, situação em que não se estará diante de três indícios distintos, mas diante de um único indício, confirmado por

11 *Ob. cit.*, p. 281/282.

12 No mais das vezes, a prova indiciária não deve resultar de um único indício, mas da conjugação de vários, tanto quanto possíveis. Sendo múltiplos, se a soma, a conexão, a concordância e a convergência deles – quando autênticos (e, pois, confiáveis) e graves –, permitirem a extração de uma conclusão que autorize acreditar, pela aplicação das regras de experiências e da lógica, que o fato-consequência, **muito provavelmente**, é resultado do processo inferencial, pode-se considerá-lo provado.

13 Nesse sentido, Roberto Cáceres Julca (La prueba indiciaria en el proceso penal, Ed. Instituto Pacífico, 2017, p. 62); e Asencio Mellado (*ob. cit.*, p. 1162).

14 Na prova indiciária cabe ao intérprete dos fatos verificar, quando diante de indícios que não sejam necessários, mas contingentes, quais e quantos deles, sendo verdadeiros e inter-relacionados entre si, sejam concordantes e convergentes para, por um processo racional de inferência, guiado por máximas de experiência, regras de lógica ou princípios científicos, estabelecer uma conclusão com alto grau de probabilidade de ser única. Diante de indícios contingentes – ou seja, aqueles que permite, pelo processo inferencial, outras interpretações ou conclusões –, impõe-se analisar se permitem eles, somados, estabelecer uma relação de causa e efeito, de tal ordem que não autorize outra conclusão racional.

15 Percy Garcia Caverro, *ob. cit.*, p. 33.

três provas testemunhais diretas¹⁶.

Mas não bastam que os indícios sejam múltiplos, *“posto que os indícios se pesam e não se contam”*¹⁷.

É preciso que os indícios sejam concordantes e convergentes entre si. Concordantes no sentido de que não exista entre eles uma relação de exclusão, de maneira que a existência de um indício seja compatível com a existência de outro. Convergentes, no de que os indícios devem chegar a uma mesma conclusão lógica¹⁸.

A tudo isso se deve acrescentar o elemento fundamental da prova indiciária, que é o processo inferencial que se realiza para se chegar do fato-base ao fato-consequência; a força da prova indiciária está na inferência que se pode fazer ao ligar um ao outro, porque os indícios, em si, não provam nada.

Desde logo me apresso em salientar que o juiz não é inteiramente livre na inferência que realiza na prova indiciária, na reconstrução da realidade desconhecida, cabendo-lhe expor, motivada e fundamentadamente, qual(is) o(s) critério(s) utilizado(s), não se permitindo consequências irrazoáveis, inconcludentes, ambíguas, abertas, vagas, contraditórias ou incoerentes com o fato-base.

Em verdade, o fato indiciário só adquire valor probatório a partir do raciocínio utilizado para construir conclusões sustentadas nas regras da lógica e da experiência que permitem obter um quadro probatório que pode ser utilizado em qualquer processo, diante da falta de um ou alguns elementos de prova diretas¹⁹.

É o raciocínio indutivo – conduzido pelas regras de

16 Percy Garcia Caveró, *ob. cit.*, p. 32.

17 Maria Thereza Assis Moura, *ob. cit.*, p. 98.

18 Percy Garcia Caveró, *ob. cit.*, p. 33.

19 Roberto Cáceres Julca, *ob. cit.*, p. 44.

lógica, critérios científicos e máximas de experiência –, que franqueia estabelecer uma inferência naturalmente coerente entre o indício e o fato desconhecido. Mostra-se imprescindível que o enlace de um ao outro se dê por meio de regras de critérios humanos aceitos e considerados válidos.

Disso resulta que o fato-consequência, para se tê-lo como provado, deve conduzir a uma **conclusão** única.

Na aplicação do raciocínio inferencial, se se puder chegar a várias situações possíveis, excludentes ou conflitantes entre si, todas consideradas razoáveis, a prova indiciária deve ser desprezada, pois não cumpre o papel de apontar uma conclusão que exclua ou descarte as demais. Restando várias consequências possíveis, todas ou algumas verossímeis, *à charge e à decharge*, o problema não se resolve em sopesar a mais plausível.

Se os indícios permitem várias hipóteses razoavelmente aceitáveis; se, entre os fatos indicantes, não há uma forte relação de dependência e consequência com o fato indicado; se, entre eles, não houver uma relação direta, imediata e única de causa e efeito; se o nexo entre estes é débil; se a relação entre o fato indicativo e o indicado é de possibilidade e não de probabilidade; se o vínculo entre os indícios e o resultado não for direto, necessário e invariável; ou, em suma, se deles se puder, pelo processo indutivo, chegar a várias conclusões, não será a prova indiciária suficiente para aquebrantar a presunção de inocência.

A prova para a condenação – indiciária ou não – deve sempre conduzir a um resultado único, obtido por um modelo de processo mental inferencial reconstrutivo, no qual se possa concluir, lógica e naturalmente, com elevado grau de segurança, a existência do crime, de o réu ter sido o seu autor, e de não lhe favorecer nenhuma das excludentes de culpabilidade ou de antijuridicidade.

Quando submetido(s) o(s) fato(s)-base ao processo inferencial, o fato-consequência deve resultar como a única conclusão racionalmente possível, devendo haver, entre um e outro, uma relação direta, precisa, imediata e única. Se do(s) fato(s)-base, quando submetido(s) às regras da indução, se puder extrair outra(s) conclusão(ões) razoável(is), a prova indiciária não autoriza afirmar ou negar o fato-consequência.

Cabe destacar que não se trata de sopesar entre duas alternativas possíveis, a da acusação e a da defesa, avaliando qual é a mais lógica [pois há de se ter em conta que o absurdo pode ser lógico], nem qual parece mais convincente. O que se deve examinar é se a alternativa inferencial do acusado é lógica. Se a alternativa é lógica, já é suficiente para a dúvida e, em consequência, a única conclusão é a absolvição. Não há, pois, um enfrentamento de verossimilhanças de distintas versões. Em outras palavras, não é questão de decidir qual das alternativas é mais lógica, mas, sim, se a do acusado é; somente quando ela não seja, poder-se-á aceitar a inferência apresentada pela acusação²⁰.

Isto posto, o que é necessário não é que a proposta alternativa seja mais completa, mas que as hipóteses propostas pela prova sejam esmagadoras e irresistíveis. Este é o ponto mais importante: não há necessidade de apresentar uma melhor alternativa para que se descarte a hipótese da prova indiciária, bastando que exista uma alternativa possível, mesmo quando suas possibilidades sejam menores que as alternativas propostas. O princípio que rege aqui é o da dúvida razoável. Sempre que exista uma dúvida razoável, a interpretação proposta [mesmo que seja mais contundente] não pode ser aceita como verdade jurídica. Por conseguinte, não se requer que a interpretação contraditória dos fatos seja esmagadora,

20 Jacobo Barja de Quiroga, Tratado de derecho procesal penal, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 6. ed., 2014, T. II, p. 2260.

simplesmente que seja validamente questionável²¹.

Podemos resumir, com Devis Echandia, os requisitos necessários da prova indiciária, sobrelevando aqueles que dizem respeito a esta decisão: 1) que esteja descartada a possibilidade de que a conexão entre o fato indicador e o investigado seja aparente, por obra da causalidade ou azar; 2) que seja descartada a possibilidade de falsificação do fato indiciário por obra de terceiro ou das partes, lembrando que o ônus da prova da autenticidade do fato indiciário, no processo penal, é sempre do Ministério Público; 3) que apareça clara e certa a relação de causalidade entre o fato indicador e o indicado, exame que é realizado com a ajuda da lógica, das regras gerais de experiência ou das regras técnicas que subministrem os peritos, pois se essa relação de causalidade aparece unicamente vaga e incerta, existirá um indício contingente ou um conjunto destes, mas de tão escasso valor probatório, que o juiz não poderá considerar-se convencido da realidade do fato indicado e, conseqüentemente, terá que declará-lo não provado; 4) que se trate de uma pluralidade de indícios, se são contingentes, negando-se a possibilidade de se contentar com um único, ainda que muito grave; 5) que vários dos indícios contingentes sejam graves, concorrentes ou concordantes e convergentes e que, examinados em seu conjunto, produzam a certeza sobre o fato investigado, e, para que isto se cumpra, impõe-se que vários sejam graves, que concorram a indicar o mesmo fato; 6) que não existam contraíndícios que possam ser descartados razoavelmente, entendendo-se como contraíndícios os fatos indicadores dos quais se obterá uma inferência contrária à que fornecem outros indícios; 7) que se tenha eliminado razoavelmente as outras possíveis hipóteses e os argumentos ou motivos infirmantes da conclusão adotada; 8) que não existam provas de

21 Fernando de Trazegnies Granda, apud Roberto Cáceres Julca, *ob. cit.*, p. 163.

outras classes que infirmem os fatos indiciários ou que demonstrem um fato oposto ao indicado por aqueles e; 9) que se possa chegar a uma conclusão final precisa e segura, baseada no pleno convencimento ou na certeza do juiz²².

É sob essas perspectivas que passo a analisar as informações do inquérito policial e, em seguida, as produzidas na instrução criminal.

Nessa tarefa, faremos a análise das provas sob quatro ângulos distintos: primeiro, se a prova indiciária, em si e por si, permite uma conclusão segura de que os recorrentes participaram ou não dos crimes; segundo, se está ou não confirmado o álibi do acusado Doca, que, se comprovado, exclui o crime de mando do seu empregador, Polaco; terceiro, se existem provas que evidenciam outra motivação para o crime, absolutamente distinta, excludente da responsabilização que se faz aos recorrentes. Quarto, se o fato pode ser considerado provado para fins de pronúncia, de acordo com o *standard* desta decisão.

AS INFORMAÇÕES DO INQUÉRITO

Todo o edifício da acusação centra no depoimento colhido de Osmar Antunes, um dos assentados da Gleba Taquaruçu, que, no entardecer do dia dos fatos, estando em cima de um pé de Uxi, avistou passar quatro pessoas, todas portando armas calibre 12, em direção ao local onde a chacina ocorreu.

Na ocasião, estando situado à distância de 8 a 10 metros da estrada, teria reconhecido, em meio àqueles homens, três deles:

²² *Ob. cit.*, p. 283 a 295.

Paulo de Tal, Sula e Doca. Considerando esse fato, a autoridade policial e o Ministério Público inferiram que foram aquelas mesmas pessoas os autores do massacre que se verificou naquele dia, apontando como mandante do crime o réu Valdelir João de Souza, que, além de ser empregador de Doca, é madeireiro e, supostamente, teria interesse nas madeiras existentes nas terras que os “encapuzados” pretendiam se apossar.

Ocorrida a chacina, Osmar Antunes – as circunstâncias assim indicam – procurou Elias Patrício, conhecido por Joia, a quem relatou o acontecimento, inclusive o fato de ter percebido que, dentre as pessoas que avistou passar na estrada, havia um indivíduo que não conseguia usar calçado, que Joia deduziu ou confirmou ser o Doca, que estaria, algo em torno de 15 dias, com leishmaniose em um dos pés.

Desde então, todas as suspeitas recaíram sobre Doca e sobre seu patrão, Polaco Marceneiro, modo como Valdelir João de Souza é conhecido, e seus nomes correram, como rastrilho de pólvora, na população da Vila de Taquaruçu.

Assim, toda a acusação repousa em provas indiciárias e testemunhas de referência sobre os fatos. O que nos cumpre verificar é se essas provas autorizam firmar uma decisão de pronúncia.

Passando aos fatos, já salientamos que toda a acusação se assenta em provas indiciárias, que tem como fato-base a alegação de Osmar Antunes, que, **em inquérito policial, apenas**, afirmou ter reconhecido Doca entre os homens, fortemente armados, que viu passar na estrada em direção ao local da chacina.

Este é o ponto de partida. É baseado nele que a acusação infere que Doca é o autor imediato das mortes, e Polaco o mandante do crime, não apenas por ser seu empregador, mas por ter interesse nas terras, que seriam cobertas por ricas florestas de madeiras

nobres.

Desse modo, impõe-se verificar se o fato-fonte se encontra devidamente comprovado e se, tomando-o por pilar, é possível, por meio de regras lógicas de experiência, chegar à conclusão de que há **alta probabilidade** de eles terem participado, direta ou indiretamente, dos crimes que se lhes inculcam.

A testemunha Osmar, no depoimento que prestou à autoridade policial, narrou ter visto Doca nas imediações do crime, mas a **confirmação** do reconhecimento pode ter vindo a partir da agregação da informação passada por Elias, de que Doca estava com leishmaniose em um dos pés, como veremos à frente.

Não é possível saber se o reconhecimento de Doca se deu por conhecimento pessoal próprio, ou se por um processo inferencial de que a pessoa que viu descalça no grupo armado – que **supôs** se tratar dos “encapuzados” – somente poderia ser o Doca, que estava, segundo Elias, 15 dias antes do acontecimento, com uma ferida em um dos pés, provocada por leishmaniose.

Na realidade, há um encadeamento de induções, todas baseadas em indícios contingentes frágeis, a começar pela afirmação de Osmar de que, estando escondido ou em cima de um pé de Uxi, reconheceu, **no crepúsculo daquele dia**, a pessoa de Doca entre aquelas que passaram na estrada, em direção aos locais da chacina.

Em primeiro lugar, não há evidências seguras de que Osmar conhecia o Doca. Se não o conhecia, como pode tê-lo reconhecido? O reconhecimento se deu **após** a informação do Joia de que ele estava com um problema no pé, e que, portanto, seria o último da fila indiana que seguia descalço (ou com sandália).

Há informação no sentido de que Osmar não conhecia o Doca. Este, em duas ocasiões, quando de seu interrogatório, negou peremptoriamente conhecê-lo:

*“**MP**: O Osmar, o senhor conheceu?*

***RÉU**: Não conheci.*

[...]

***DEFESA**: Esse Osmar, o senhor conhecia esse Osmar?*

***RÉU**: Não conheço.*

***DEFESA**: Ele lhe conhecia? Como é que ele lhe identificou supostamente no mato?*

***RÉU**: Não entendo isso aí”.*

Esse fato é confirmado por Francis Garcia Silva, sócio de Polaco na empresa GA Madeiras, também empregador de Doca:

*“**MP**: O senhor conheceu o seu Osmar?*

***FRANCIS**: Não.*

***MP**: Que trabalhava com seu Chiquinho?*

***FRANCIS**: Não.*

***MP**: Não?*

***FRANCIS**: (O depoente responde negativamente com a cabeça)*

MP: *E o seu Elias... esse seu Elias Patrício... que trabalhava no manejo, o senhor falou que tinha visto algumas vezes...*

FRANCIS: *Eu já vi ele.*

MP: *Certo. Ele fala no depoimento dele, que conversando com esse seu, seu Osmar, que o seu Osmar viu o Seu Doca, o Sula, né...*

FRANCIS: *Hum.*

MP: *Cometendo os homicídios. Ele tava trabalhando lá no local né? No local do, dos homicídios e ele falou que viu o Seu Doca. O senhor sabe dizer porque que ele inventaria isso, já que o Seu Doca tava na madeireira e no Guatá, como os seus empregados falam?*

FRANCIS: *Olha, eu não sei o porquê que ele falou isso. Porque ele no... O Pedro não conhecia ele. **O Doca não conhecia o Osmar.** Não sei porque ele falou isso, entendeu? Eu não sei te dizer. Pra mim, ele tá mentindo, entendeu?"*

Depois, não há base alguma na conclusão de que as pessoas que ele viu passar eram, de fato, os “encapuzados”.

Embora seja forte o indício de que foram os “encapuzados” que promoveram a chacina, ele abre ensejo para várias outras hipóteses prováveis ou possíveis. Não se descarta a possibilidade de que aquele grupo, apesar de armado, não fossem os “encapuzados”.

A prova por indício, na lição de José Maria Asencio Mellado, “*requer um processo dedutivo que una o indício ao fato que precisa provar, mas de tal modo que sempre a relação entre o indício e o*

resultado seja direta, isto é, o vínculo entre ambos os elementos da presunção seja preciso e direto, e que a conclusão assim obtida seja fruto de uma dedução, não mera suposição ou, o que é o mesmo, que a inferência seja correta e não arbitrária, e o mencionado vínculo racional, coerente e sujeito às regras de lógica. Esta série de requisitos são, precisamente, os que vêm a diferenciar a prova indiciária das simples conjecturas ou meras suspeitas, o que qualifica como prova suscetível de fundar uma sentença condenatória’’²³.

Vale dizer: se o indício não é necessário, mas apenas contingente por permitir várias outras interpretações possíveis ou prováveis, fica debilitada a relação causal entre o fato conhecido e o por conhecer, estabelecida por meio de uma regra inferencial lógica.

O fato de Doca ter sido visto junto ao grupo armado, no dia da chacina, é indício mais ou menos provável da participação dele nas mortes; todavia, é indício menos provável que haja participação de Polaco, seu patrão, inferido por um processo indutivo que se baseia na adição das circunstâncias de ele ser madeireiro, de ter um manejo na região dos crimes e de as terras ocupadas pelas vítimas serem cobertas por florestas.

O fato-base é o testemunho de Osmar, que teria visto Doca entre as pessoas armadas, que, no lusco-fusco, assistiu passar nas proximidades dos locais da chacina.

Não está claro nos autos – e nesse ponto **a notícia advém apenas do inquérito policial** – se Doca foi reconhecido no dia da chacina, quando Osmar afirmou ter visto um grupo de homens armados passarem nas imediações em que as mortes ocorreram, ou se a identificação

²³ *Apud*, Roberto Cáceres Julca, La prueba indiciaria en el proceso penal, Ed. Instituto Pacífico, 2017, p. 55.

dele se deu após Elias lhe informar que Doca estava com leishmaniose no pé, dado esse que pode ter ensejado um vínculo, uma ligação ou preenchimento de uma lacuna na história relatada, de que o homem que estava descalço somente poderia ser o Doca.

Assim, ainda que não se duvide de que Doca integrava o grupo armado visto por Osmar, não há evidência **certa e segura** de que eles eram os “encapuzados”, nem mesmo que foi aquele grupo que cometeu a chacina.

Esse fato – tivesse sido provado acima de qualquer dúvida – autorizaria inferir, com alto grau de segurança, que Doca participou da chacina.

Em se tratando de indício único, para que se revista da qualificação de **necessário** mister se faz que o fato-consequência, por meio de um processo mental guiado por máximas de experiência, por regras de lógica ou por critérios-científicos, seja a única explicação racionalmente possível, desconsideradas todas as demais.

Não se cuida de escolha entre alternativas possíveis, nem daquela que sobressai em relação a outras, sem demovê-las, entretanto. Em havendo alguma possibilidade em condição de provocar dúvida razoável sobre a hipótese eleita, a prova indiciária não pode ser alçada ao nível de verdade para impor uma condenação, nem mesmo a pronúncia, no caso deste recurso.

Somente a prova indiciária sólida e inequívoca permite superar a presunção de inocência.

Em acréscimo, ainda que a pessoa reconhecida fosse de fato o Doca, não passa de mera ilação a inferência de que ele estivesse a serviço do seu empregador. Afinal, como possuidor de uma área na região,

não se pode desprezar a hipótese de ter agido por interesses próprios. Poderia ele, por exemplo, estar procurando ampliar seus domínios, ou lucrar com a venda da área a terceiros, depois de “limpá-la”.

A verdade não é alcançada quando do fato-base não se pode inferir uma unívoca conclusão de que o fato-consequência **é a única alternativa possível**. Se o processo inferencial abre outras conclusões que podem ser admitidas como racionalmente prováveis, a prova indiciária perde qualidade e desautoriza a declaração de superação da inocência, presumida em nível constitucional.

É a situação dos autos.

Ainda que não houvesse a defesa colacionado provas robustas do álibi invocado por Doca, os indícios dos quais se vale a acusação não permite que, por um dos juízos de inferência, se acredite provável a hipótese de participação de Doca no evento criminoso²⁴.

24 *Mutatis mutandis*, a situação dos autos guarda certa semelhança com o figurino de Luigi Ferrajoli: “De que é prova, por exemplo, o fato de Tício atestar que viu Caio sair brandindo um punhal ensanguentado da casa de Semprônio pouco antes de este ser encontrado morto com uma facada no coração? É prova, mais ou menos provável, dependendo da sinceridade que creditemos a Tício, do fato de que este vira Caio sair com um punhal na mão da casa de Semprônio, pouco antes de este ser encontrado morto com um ferimento no coração. Este segundo fato, contudo, é apenas um indício, mais ou menos provável, por sua vez, segundo a confiabilidade que possamos atribuir à visão de Tício, do fato de que Caio saíra realmente da casa de Semprônio nas suspeitosas circunstâncias referidas por Tício. Este terceiro fato é de novo apenas um indício, por sua vez mais ou menos provável, segundo a plausibilidade dos nexos causais propostos por nós, do fato de que Caio assassinara culpavelmente Semprônio. Temos, assim nesta breve história, não uma, mas três inferências indutivas: aquela que do testemunho de Tício induz como verossímil que ele vira realmente a cena por ele descrita; aquela que de tal indício induz como verossímil que Caio tivera efetivamente o comportamento suspeito referido por Tício; aquela que deste indício mais direto induz como verossímil a conclusão de que Semprônio fora assassinado por Caio. Se além disso, não escutamos o testemunho de Tício de viva voz, mas dispomos apenas da ata na qual foi ele transcrito, igualmente o testemunho fica reduzido a indício ou, se se quiser, à prova judiciária, e às três inferências deveremos acrescentar uma quarta: aquela que vai da ata ao fato, do qual a ata é apenas prova de que no passado verossimilmente Tício declarou tudo que fora transcrito, sem que seu depoimento fosse mal entendido, distorcido ou coarctado. Nenhuma das conclusões destas quatro inferências sucessivas ou argumentos indutivos é indubitavelmente verdadeira. Só se pode dizer que cada uma delas é mais ou menos razoável, plausível ou provavelmente verdadeira. Tício poderia haver mentido para desviar as investigações e acobertar a si mesmo ou a um seu protegido. Admitindo-se que tenha sido sincero, poderia haver-se enganado pela escassa visibilidade, confundindo Mévio com Caio. Admitindo-se que tenha dito a verdade, a suspeita atitude de Caio poderia ser explicada pelo fato de que estava perseguindo o assassino, depois de havê-lo desarmado, ou, talvez, por uma desagradável coincidência. Sem contar que, se o testemunho é extraído de uma ata, Tício poderia não haver declarado na realidade que vira Caio, mas, suponhamos, uma silhueta parecida com Caio, e que sua declaração poderia haver sido mal interpretada por quem a tomara. Está claro que quanto

Cabe anotar que Osmar não foi ouvido em juízo, por estar em lugar incerto. Essa circunstância não faz com que a referida prova seja considerada irrepetível, até porque não se provou a absoluta impossibilidade de localizá-lo. Além de o Ministério Público não ter reclamado diligência alguma no sentido de encontrá-lo, há notícia nos autos de que ele poderia ser localizado, já que a testemunha, Heliovan Gomes da Rocha, afirmou ter o contato do Joia, que está com o Osmar em algum lugar:

*“**MP:** Fora esse fato que o senhor mencionou do Joia, com relação aos homicídios o senhor teve alguma informação?*

***HELIOVAN:** A informação que eu tive eu tentei passar para alguém. O que eu pude passar eu avisei, e aqueles que ouviram estão vivos e aqueles que não quiseram ouvir estão mortos. Porque eles foram avisados, o Joia foi de moto lá a noite e avisou para eles, inclusive são quatro pessoas que sobreviveram, eu não sei porque essas quatro pessoas não estão aqui intimadas, uma nora do velhinho que morreu amarrado de mãos para trás e degolado, o filho, o irmão Luís que ficou lá também e que a polícia teve que resgatar ele no mato e o Osmar que é testemunha chave, e o Joia também é testemunha chave, que foram eles que entregaram, que viram, têm provas e sabem tudo. Aí no dia que aconteceu aquele problema nós viemos aqui em Colniza, porque correu todo mundo, só ficou lá quem não podia sair de lá mesmo, aí nós chegamos aqui e ele estava tendo*

maior seja o número das inferências necessárias para induzir a prova a conclusão da responsabilidade pelo delito de que é causa, tanto menor o grau de probabilidade da indução probatória. Basta, na realidade, que a defesa aduza uma contraprova que desminta uma só das inferências da série, para interromper a cadeia e desmontar todo o raciocínio. Diverso é o caso em que são necessárias várias inferências, porque concorrem várias provas ou vários indícios independentes entre si: várias provas de um mesmo indício ou vários indícios distintos. Nestes casos, várias provas e/ou vários indícios concordantes se reforçam entre si, aumentando sua probabilidade, enquanto várias provas e/ou vários indícios discordantes se debilitam reciprocamente, reduzindo ou inclusive anulando cada um a probabilidade do outro”. (Direito e Razão, Ed. Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014, p. 125-126)

*uma guarda policial por ele ser testemunha, aí no ele ir embora atiraram nele, atiraram nele e não é mentira, isso é verdade, atiraram de pistola no Osmar, que portanto se vocês chegarem hoje no ex-presidente da associação que é o Adão, ele comprova para você que isso aconteceu e que a moto dele ficou jogada ali na rua. Aí teve que vir buscar a moto dele, e ele nunca mais voltou para buscar a moto. E **eu tenho o WhatsApp e o telefone do Joia se vocês precisarem e é a única coisa em que eu posso ajudar vocês.***

MP: *Do Osmar o senhor teve alguma informação?*

HELIOVAN: *Está com ele.*

MP: *Com o Joia?*

HELIOVAN: *Sim. Porque quando consegue conversar com um consegue conversar com o outro, não sei se o telefone é deles e onde eles estão trabalhando, eu não sei”.*

O fato de seu testemunho não ter sido tomado em juízo, não permite seja ele levado em conta, por ofensa aos princípios do contraditório, da oralidade, da publicidade e da imediação, aspecto que será considerado em outro capítulo desta decisão.

Mas mesmo que se pudesse aproveitar suas declarações como prova de reforço (CPP, art. 155), ainda assim elas não teriam vigor para sustentar a pronúncia.

No depoimento que prestou à autoridade policial, Osmar Antunes revelou:

“QUE ao ouvir os disparos, o DEPOENTE disse aos homens que ali estavam, sendo ALBIRON e sua esposa e LUIZ: ‘isso são os guachebas’; QUE o DEPOENTE foi sozinho a pé e permaneceu atrás de uma árvore, quando ouviu pessoas caminhando e se aproximando; QUE o DEPOENTE avistou então as seguintes pessoas: PAULO DE TAL; VULGO NEGÓ ou SULA; PEDRO vulgo DOCA e uma quarta pessoa, o qual o DEPOENTE não reconheceu; QUE o DEPOENTE avistou essas quatro pessoas portando armas calibre 12; QUE quanto ao suspeito DOCA, o DEPOENTE confirmou com seu amigo ELIAS, conhecido como JOIA, que DOCA estava com LEISHMANIOSE em um dos pés e este seria o único indivíduo que não conseguiria usar calçados, pois há cerca de 15 (quinze) dias, ELIAS teria notado uma ferida no pé de DOCA [...]”.

Em primeiro lugar, há que destacar a falta de credibilidade da referida testemunha, que era tido, **pelo seu próprio irmão**, Jacir Antunes, como uma pessoa que “*tem um parafuso solto na mente dele*”, tem “*mudanças de comportamento*”, e que “*uma hora ele estava normal, outra hora ele não estava*”, o que o tornava **inconfiável**, a ponto de ter dito em seu depoimento:

“MP: *Ele chegou a ver alguma coisa?*

JACIR: *Olha, isso eu não posso afirmar pra senhora, porque eu não conversei com ele. Porque a gente não se dava, porque... tipo assim... é... ele trabalhou comigo, a gente trabalhou junto e, inclusive, a gente... o que eu fazia e o que ele precisava tava bom, e depois, a partir do momento que eu não fiz*

mais o que ele precisava, eu não prestei mais pra ele. Inclusive ele sofreu um acidente, ele... um pau pegou ele, bateu na cabeça dele, ele ficou mais de quarenta dias, ficou sem movimento nenhum, foi internado, tudo e, ele tinha seguro, inclusive, ele não foi atrás do seguro dele. Ele tem um parafuso solto na mente dele. Então ele... eu não posso.... ele... eu não tive mais contato.

[...]

DEFESA: *É que o senhor falou que o senhor não confiava na palavra dele. O senhor falou isso...*

JACIR: *É, porque a partir do momento que ele sofreu esse acidente, ele ficou fora do...., uma hora ele tava, na outra hora ele não tava. Então eu não... como é que ‘cê’ vai confiar. Ele, inclusive ele me ameaçou até eu, então..., né?*

DEFESA: *Mas o senhor teve algumas ocorrências que ele mentiu pro senhor efetivamente?*

JACIR: *É. Eu..., como é que ‘cê’ vai confiar numa pessoa que tem problema? Então... eu não...*

DEFESA: *Não. Uma situação que ele falou alguma coisa que não, não era verdade...*

JACIR: *É, informação de segundo, de outros, que ele ouviu falar que as outras pessoas passou para ele. Agora que ele diretamente sobre isso, eu creio que pode ser até uma mentira né?”*

Esta última afirmação deixa ver que Osmar, “em segundos”, capta informações de terceiros e as utiliza como se fosse um acontecimento presenciado por ele, o que pode ter ocorrido quando hauriu do Joia a informação que Doca estava com leishmaniose, fazendo acreditar

que era ele a pessoa que “*não conseguia usar calçado*”, o qual viu passar quando se escondeu [ou estava sobre] atrás de um pé de Uxi.

A testemunha Vasconcelos da Fonseca Pinto também comunicou ter ouvido falar que Osmar Antunes não “*girava bem da cabeça*”:

“**DEFESA**: *Seu Vasconcelos, é, o senhor conheceu o seu Osmar Antunes?*

VASCONCELOS: *De, assim de vista doutor.*

DEFESA: *De vista?*

VASCONCELOS: *De vista. É.*

DEFESA: *Não tinha convivência com ele?*

VASCONCELOS: *Não. Não tinha convivência.*

DEFESA: *Tu sabes se ele tinha um ‘parafuso’ a menos na cabeça ou (...)... Como o irmão dele revelou aqui, que (...), (...). Ele falava umas coisas (...) ...*

VASCONCELOS: *Doutor, existia comentários né.*

DEFESA: *Tá.*

VASCONCELOS: *E comentário, comentário não tem como...*

DEFESA: *Uhum.*

VASCONCELOS: *Né?*

DEFESA: *De que ele não era muito bem da cabeça?*

VASCONCELOS: *É. Que ele não, que ele não, não ‘girava’ muito bem.*

DEFESA: *Da cabeça?*

VASCONCELOS: É.

DEFESA: O senhor ouvia esses comentários lá?

VASCONCELOS: Ouvia, ouvia. Sempre ouvi esses comentários.

DEFESA: É? O pessoal mesmo falava lá na vila?

VASCONCELOS: O pessoal mesmo falava. É. ‘Seu Osmar Antunes não tem, não tem c..., não ‘gira’ muito bem não. É meio doidão. Fala coisa com coisa’”.

Além dessa condição, há outro fato que permite pôr em desconfiança o depoimento de Osmar Antunes. Estou a me referir à suspeita de ele ter interesse em incriminar Polaco, por culpá-lo do acidente que vitimou um dos seus irmãos, como informaram as testemunhas Vasconcelos da Fonseca Pinto e Clodoaldo Siqueira Barbosa:

“**DEFESA:** O senhor ouviu por alguma razão, uma informação de que o Osmar com essa morte teria ficado muito irritado com o ‘Polaco’...”

VASCONCELOS: Sim. Sim.

DEFESA: E dito talvez que iria vingar a morte do irmão ou até...

VASCONCELOS: Sim. Sim. O comentário com..., era muito, muito forte.

DEFESA: Em que sentido? Me, me explica...

VASCONCELOS: ‘Ah! Eu ainda vou vingar isso aí. Ainda vou..., não, não vou deixar barato não’.

DEFESA: *Mas ele atribuía essa morte ao ‘Polaco Marceneiro’, o Osmar?*

VASCONCELOS: *É que ele achava que era o ‘Polaco’ né, que extraia a madeira lá”.*

[...]

DEFESA: *Mas é, a gente já ouviu uma conversa; não sei se o senhor ouviu, [...] se o senhor ouviu diz que sim, se não ouviu, não; de que o seu Osmar Antunes teria atribuído de certa forma essa morte do irmão ao seu ‘Polaco Marceneiro’ e que teria dito que iria se vingar dele, pela morte do irmão. O senhor ouviu alguma coisa a esse respeito?*

CLODOALDO: *Na verdade, eu ouvi sim, inclusive ele comentando com os ‘Encapuzados’, que ia vingar do ‘Polaco Marceneiro’, ou de um jeito ou de outro, a morte do irmão.*

DEFESA: *Do irmão dele.*

CLODOALDO: *Do irmão”.*

Outras informações de Osmar Antunes colocam em xeque a credibilidade de suas afirmações:

“QUE segundo o DEPOENTE, vulgo DOCA, presta serviços para POLACO MARCENEIRO, sendo o gerente de um manejo o qual é de propriedade de POLACO; QUE o manejo de POLACO fica localizado ao lado do local onde ocorreu o crime; QUE POLACO MARCENEIRO reside em Machadinho do Oeste/RO, não sabendo o DEPOENTE precisar seu endereço; QUE segundo o DEPOENTE, um dos suspeitos, PAULO, é sobrinho de DOCA e o DEPOENTE já havia visto PAULO em

outras oportunidades, inclusive o viu no garimpo; QUE, quanto ao suspeito, NEGO ou SULA (loiro, dos olhos claros, magro) trata-se de um grileiro, o qual é conhecido por realizar serviços de guachebagem, sendo SULA muito amigo de DOCA” [sic].

A começar, o manejo do Polaco não “*fica localizado ao lado do local onde ocorreu o crime*”, afirmação essa que passa a ideia de que Polaco queria unir as terras de onde extrairia madeiras com a dos assentados, que também continha madeiras nobres.

Todas as testemunhas, invariavelmente, afirmaram que do local do manejo, explorado por Polaco, até o local da chacina, havia em torno de 15 a 17km, segundo **Heliovan Gomes da Rocha**; de 12 a 15km, consoante **Jacir Antunes**; em torno de 15km, na versão de **Woshington Kester Vieira**; passa dos 20km, no cálculo de **Vasconcelos da Fonseca Pinto**; de 15 a 20km, de acordo com **Clodoaldo Siqueira Barbosa**; e de 20 a 30km, conforme **Jurandir dos Santos Freire**.

Não condiz também com a realidade a afirmação de Osmar Antunes no sentido de que o suspeito Paulo, que teria sido avistado entre os homens armados que viu passar na estrada em direção ao assentamento, é o sobrinho de Doca, a quem “*havia visto em outras oportunidades, inclusive o viu no garimpo*”.

Ocorre que está robustamente comprovado nos autos que o acusado Paulo Neves Nogueira **nunca** foi visto na região, até porque trabalha como taxista na cidade de Machadinho do Oeste, e que, no dia da chacina, se encontrava na referida cidade, conforme estou a demonstrar no RESE que ele interpôs contra a sentença de pronúncia, o que fez esta Câmara Criminal **até** conceder-lhe ordem de *habeas corpus*, por falta do *fumus commissi delicti*.

Nesse ponto, Jacir Antunes, irmão do Osmar – e antigo morador da Gleba Taquaruçu –, foi categórico em afirmar que **jamais** viu Paulo Neves Nogueira por lá, tanto que apenas o conheceu na cadeia, quando foi preso no mesmo dia dele:

*“**MP**: Certo. O Seu Pedro Ramos Nogueira é o Seu Doca, né?*

***JACIR**: Sim.*

***MP**: É... esse sobrinho dele, Seu Paulo, o senhor viu ele lá alguma vez?*

***JACIR**: Nunca vi. Nunca vi. Nunca vi.*

***MP**: Nunca tinha visto ele? Só via Seu Doca. Ele trabalhava com seu Doca?*

***JACIR**: Não. Ele nunca andou lá. Que eu saiba ele nunca andou. Eu fiquei conhecendo ele no dia da minha prisão e dia da prisão dele, que foi dia 1º de maio.*

***MP**: Certo. Sem mais excelência.*

***JACIR**: Eu ouvi falar do outro Paulo que andava lá, né. Por lá, pela região do Guatá, inclusive é diferente desse Paulo dali né; magro, alto, as características dele é outra e não tem nada a ver com esse Paulo”.*

Outros moradores da região, como o informante Elianei Gomes da Rocha e as testemunhas Clodoaldo Siqueira Barbosa e Jurandir dos Santos Freire, também afirmaram nunca ter visto Paulinho na região:

DEFESA: *O senhor falou que estava em certo local quando o Fião perguntou do senhor se o senhor tinha visto certas pessoas, Sula, Doca, Paulinho e um outro rapaz. O Doca, o senhor falou que já viu algumas vezes, e o Sula?*

ELIANEI: *Eu vi uma vez, lá no Joia.*

DEFESA: *E esse tal de Paulinho?*

ELIANEI: **Eu nunca vi.**

DEFESA: *Você nunca viu?*

ELIANEI: *Não.*

DEFESA: *O seu irmão foi ouvido aqui também e vai na mesma senda do senhor, inclusive depois da prisão de um certo Paulo ele viu a foto e não reconhece também. O senhor viu alguma foto do sujeito que foi preso com nome de Paulo acerca desse processo?*

ELIANEI: *Não. Eu vi lá no Guariba com o Petrônio que estava trabalhando lá para o Joaquim.*

DEFESA: *Uma foto?*

ELIANEI: *É. Mostrou, mas não desse Paulinho, mostrou do Doca e de mais uma outra pessoa junto.*

DEFESA: *Mas essa pessoa que falava que era Paulo?*

ELIANEI: *É. Daí ele falou ‘você conhece?’ e eu ‘não conheço não’, daí quando eu vi o Doca lá no coisa ele estava de barba e ali estava raspada na hora que ele mostrou a foto. Aí eu falei ‘eu não conheço nenhum dois’ e ele ‘conhece, o Adão deu um lote para ele lá, uai.’*

DEFESA: Então o rapaz apresentou para o senhor o Doca, numa foto, e um outro rapaz também que falaram que era um tal de Paulo?

ELIANEI: É. Diz ele que comia lá, almoça, jantava.

DEFESA: Esse Paulo, o senhor já tinha visto ele aqui na região?

ELIANEI: Se for o mesmo que o Fião falou, eu já vi.

DEFESA: Não. Esse Paulo que mostrou a foto para o senhor?

ELIANEI: Ah, não. Não é o Paulo, é o Petrônio que mostrou a foto.

DEFESA: Tá. O senhor já viu ele na região?

ELIANEI: Não.

DEFESA: Esse Paulo o qual mostraram a foto para o senhor?

ELIANEI: Não. Eu falei que não vi e ele ‘não, você já viu’”.

[...]

DEFESA: Entendi. Só pra... Aaaa, o senhor conhece o Paulo Neves Nogueira, o menino que saiu agora há pouco daqui da audiência, estava de branco aí no, no (...)?

CLODOALDO: Eu conheço, eu conheço ele, porque eu trabalhava, trabalhei uns, mexi uns tempo aqui, que eu tinha uma, uma área de terra aqui, um sítio aqui na Gleba 4...

DEFESA: Hum.

CLODOALDO: E ele trabalha de carro, ‘fazeno’ frete puxando as pessoa; ‘levano’ e ‘trazeno’ de...

DEFESA: Do Guatá...

CLODOALDO: De Tabajara pra Machadinho.

DEFESA: Tabajara pra Machadinho?

CLODOALDO: Sim.

DEFESA: Ele era taxista então?

CLODOALDO: Ele trabalhava de ‘táxi’ quase. Vivia ‘fazeno’ corrida.

DEFESA: Sim. Fazia esse papel de ‘leva e traz’ de gente, né?

CLODOALDO: É.

DEFESA: Alguma vez o senhor viu seu Paulo mexendo com madeira, vendendo ou negociando madeira, alguma coisa nesse sentido? O senhor sabe que ele mexesse com isso ou não?

CLODOALDO: Olha, eu nunca vi ele ‘mexeno’ com isso e principalmente na região do Guatá, eu nunca vi esse homem aí lá.

DEFESA: Nesses três (3) anos enquanto o senhor ficou lá...

CLODOALDO: Não.

DEFESA: E nunca viu ele andando por lá?

CLODOALDO: Nunca vi.

DEFESA: O senhor sabe se ele é parente do Paulo?

CLODOALDO: Do Paulo?

DEFESA: Do, desculpa! Do seu 'Doca', o Pedro?

CLODOALDO: Olha, eu nunca, eu não sei se ele é, se eles são parente não”.

[...]

“**MP**: Certo. Entendi. É, o senhor, o senhor conhece o Paulo, sobrinho do seu 'Doca'?”

JURANDIR: Conheço. Conheço.

MP: Conhece ele há quanto tempo?

JURANDIR: Eu conheço o Paulo há bastante tempo.

MP: Ele frequentava lá?

JURANDIR: O Paulo nunca foi pra lá. Ele nunca foi pra lá.

MP: E quando que o senhor, o senhor..., dois meses o senhor passou antes do homicídio, né?

JURANDIR: É.

MP: Nesses dois meses o senhor não recorda de ter recebido...

JURANDIR: Ele não foi pra lá. Esse menino aí tá 'pagando' a cadeia inocente, eu falo 'pro cê'. Ele não frequenta pra lá e não conhece pra lá daquela região lá.

MP: Uhum.

JURANDIR: Aquele rumo lá do Taquaruçu ele não conhece, ele não frequentava lá não, esse menino aí. Eu fiquei surpreso quando eu vi a prisão dele”.

Não existem indícios de que Paulo Neves Nogueira tenha participado dos crimes, tanto que a Promotoria de Justiça Criminal pugnou por sua **impronúncia**.

Mesmo assim, ele foi pronunciado.

Sua defesa interpôs recurso em sentido estrito e a Promotoria de Justiça de Colniza **novamente** se manifestou em seu favor, pedindo sua despronúncia.

Várias testemunhas confirmaram o álibi de Paulo Neves Nogueira, qual seja, de que no dia dos fatos estava realizando serviços de taxista, como se vê nas declarações prestadas por Maria Miranda de Oliveira, Francilene Passos do Nascimento, Romildo Borges Parente e Nely de Lima Brandão [esposa de Paulo]:

***DEFESA:** A senhora conhece o Paulo desde pequeno, não é, que a senhora falou?*

***MARIA MIRANDA:** Conheço.*

***DEFESA:** O Paulo, ele trabalha com o quê, ali na região?*

***MARIA MIRANDA:** Ele trabalhava comprando peixe e também mantinha um táxi dele, um carro que ele se mantinha fazendo transporte para... De Tabajara para cá e de Machadinho para lá.*

***DEFESA:** Está. A senhora já ouviu dizer, em alguma oportunidade, que ele mexe com madeira, grilagem de terra, algo nesse sentido?*

MARIA MIRANDA: Não senhor. Nunca ouvi dizer.

DEFESA: Não? A senhora ficou sabendo de uma chacina que houve lá para as bandas de Colniza, próximo à Colniza ali, dia 19 de abril de 2017?

MARIA MIRANDA: Eu ouvi falar nessa chacina, mas eu, na época, não é? Dia 19 de abril, eu estava na beira da estrada, porque eu vinha fazer compra, não é? Que eu vinha fazer sempre dia 19, não é? E ele passou em um carro cheio, que vinha até o meu primo, que deu com a mão assim, aí ele fez assim, porque eu dei com a mão para ele parar e ele fez assim, porque estava cheio, não dava de eu vim, porque estava cheio e lotado. Aí ele veio para cá e na volta, ele... Era uma base de um... De dez e meia para as onze horas, que eu não gravei a hora, porque eu não olhei, eu ia descendo para a casa da minha irmã para almoçar e ele ia descendo também no carro, não é? Aí parou e perguntou para mim: ‘Dona Maria, a senhora vai voltar comigo?’ Aí eu falei: ‘Não, meu filho’. Que eu fiz compra, não é? Que eu tinha vindo comprar no salão para fazer cerca, não é? E compra de mercado, não é? Eu digo: ‘eu vou de ônibus’. Ele disse: ‘Então está bom’. Aí ele desceu para casa da irmã dele, aí daí eu não mais, não é? Eu só sei até aí”.

[...]

DEFESA: A senhora ficou sabendo, no dia 19, da chacina que teve ali próximo à Colniza, onde mora [...] em uma propriedade rural?

FRANCILENE: Sim.

DEFESA: E após esse dia 19 aqui [...] o processo do

senhor Paulo, ele foi preso, não é? Dias depois o Paulo foi preso acusado de ser um dos participantes dessa chacina. A senhora ficou sabendo através de alguém, se ele realmente participou, se realmente ele estava lá, ou pessoas outras que viram o Paulo nessa data da chacina aqui no município fazendo a rotina dele de taxista?

FRANCILENE: *Eu estive com o Paulo, não é? Nesse dia que eu ia para Tabajara, e eu liguei para ele, por volta de quase onze horas, perguntando se ele tinha vaga para mim, ele falou que sim, eu falei: ‘então você me espera que eu quero ir com você’, só que minha filha estava na escola estudando, não é? Eu tinha que levar ela também, aí ele me esperou até onze e meia, ela saiu da escola e eu tive que almoçar, então, por volta de meio-dia, meio-dia e meia, aí saímos daqui para ir para o Tabajara.*

DEFESA: *Tabajara? E quem estava no carro? A senhora, o Paulo, a sua filha?*

FRANCILENE: *Eu, minha filha, o Paulo, o João, um parente e uma cunhada do Paulo, a Denise, e uma outra menininha de uns 14 anos.*

[...]

DEFESA: *A senhora já ouviu alguma notícia que o Paulo está envolvido em crime de grilagem de terra, retirada de madeira ilegal, invasão de terra, ou algo nesse sentido?*

FRANCILENE: *Nunca.*

[...]

DEFESA: *Quando... Pelo que consta aqui no [...], dia*

19 foi o fato e dias depois [...], depois o Paulo foi preso. Quando ele foi preso surgiu essa questão de ele estar envolvido nesse crime, causou surpresa para vocês? Por que a senhora disse que no dia 19 estava junto, não é?

FRANCILENE: Foi uma surpresa muito grande, não é? Aliás, foi um choque para a gente, não é? Para minha família toda, porque a gente foi puxando na memória, mas esse dia a gente saiu daqui essa hora, não é? Ele estava comigo, ficou aqui me esperando minha filha sair da escola e tal. E, de repente, com essas coisas, dizer que ele estava presente, que ele estava junto.

DEFESA: Uhum.

FRANCILENE: Não tem como acreditar”.

[...]

“**DEFESA**: Você no dia desses fatos, do dia 19, 19 de abril de 2017, foi no dia da chacina, o senhor teve contato com ele ou antes do dia 19, ou depois do dia 19, com o senhor Paulo?

ROMILDO: No dia 19, ele veio, saiu de Tabajara umas cinco e vinte, ele saiu de lá, que ele trabalhava como táxi, após umas cinco e quarenta eu saí, ele saiu na minha frente e depois eu saí, chegamos aqui, tinha um lanchinho, sempre nós lanchávamos juntos ali, não é? Eu e ele, nós conversávamos por ali, aí eu fui sair e fazer as minhas coisas e ele foi e saiu para fazer a dele, não é? E depois, meio-dia e meia, mais ou menos, meio-dia, ele saiu passando para ir embora e eu fiquei, depois eu fui, ele tem um sítio lá perto, aí umas... Ele chegou primeiro que eu lá em Tabajara, aí quando deu umas quatro horas, quatro e meia, ele passou para o sítio dele, e aí seis horas ele retornou”.

[...]

DEFESA: *Dona Nely, como a senhora sabe o Paulo está sendo acusado dessa chacina que houve lá em Colniza, não é? E existe nos autos, não é? Como a senhora bem sabe, questões de antes do dia 19, ele estava lá em Porto Velho, não é? E situação também de ele [...] desse fato, ele estar aqui fazendo o serviço dele na linha Tabajara como de costume, não é? Eu queria que a senhora explicasse para nós, não é? Se a senhora lembra, consegue recordar, acerca desse dia da chacina ou tem como também um dia do dia anterior que ele estava na cidade de Porto Velho, fazendo exames?*

NELY: *Sim. Tem como. Na segunda-feira, o meu marido saiu, mais ou menos, umas seis... cinco para seis horas da manhã, como de costume, ele sempre fazia, vinha para Machadinho e retornava, não é? Ele saiu, veio para Machadinho, retornou umas três horas, duas, três horas da tarde, como sempre, chegava esse horário, não é? Então, ele chegou na segunda-feira, nesse horário, mais ou menos, chegou para mim e falou assim: ‘amor, eu estou indo para Porto Velho, porque tem um exame marcado que a minha tia marcou para mim lá e ligaram para mim cedo, mais ou menos umas onze horas, a hora que ligaram para mim, meio-dia, onde horas, não sei o horário certo, não é? Que ele falou assim, que chegou rápido e eu tenho que voltar, porque eu tenho que ir para Porto Velho, chegando em Porto Velho eu vou fazer o exame, que é sete horas, a minha tia falou que é sete horas da manhã, no dia 18. Eu falei: ‘tudo bem amor’. Arrumei as coisas dele, não é? Coloquei na bolsa e ele voltou na terça-feira, na segunda-feira,*

no horário que ele chegou, não é? Chegou em Machadinho, ele pegou e foi para Porto Velho, agora o horário que ele chegou em Porto Velho, eu creio que ele chegou em casa e falou que era umas dez horas da noite, a hora que ele chegou em Porto Velho para ficar na terça-feira para fazer o exame, e assim que ele fez o exame, na terça-feira, que foi sete horas, que foi o exame de ressonância magnética, que está em casa guardado, não é? Ele fez esse exame e aí ficou umas horinhas lá, eu não sei qual o horário, e retornou para casa no dia 18, que chegou em casa, a base de umas nove, dez horas, que eu não sei o horário, porque eu não olhei no relógio, eu só sei que eu estava deitada a hora que ele chegou no dia 18. Então, ele pegou, chegou, eu abri a porta, entrou para casa, dormiu, de manhã cedo, que ele foi no...

DEFESA: *Nove, dez horas da noite?*

NELY: *Da noite, retornando para casa, entendeu? Chegando em casa. Então, no dia 18. No dia 19, foi o dia dessa chacina, que todo mundo está comentando que foi o que eles estão falando, ele estava em casa, ele saiu de manhã cedinho, como sempre faz, de manhã cedo, saiu às cinco e meia, cinco horas, porque eu não... Eu estava dormindo a hora que ele sai, sempre que ele saía eu estava dormindo, eu sempre, porque esse horário para mim ficar acordada, ele sempre saía cedo que ele levava as pessoas e trazia para o Tabajara, não é? Então, o que eu tenho para falar tipo é isso, porque o meu marido a todo tempo estava junto comigo, tipo assim, sempre presente, não é? O dia que ele saía, ele sempre voltava para dormir em casa, ele nunca dizia assim eu vou passar tantos dias e não chegava, sempre falava assim, Nely, eu vou tal dia e já se der para mim*

hoje, eu venho hoje. Então, tipo assim, sempre estava junto comigo. Então, eu tenho certeza absoluta que o meu marido jamais esteve em outro lugar nesse período desse tempo, então, jamais. Eu afirmo com toda certeza, não é porque é meu marido, eu tenho quatorze anos de casada com ele, tenho uma filha com ele, então, sempre me respeitou, sempre respeitei ele, sempre a gente teve uma vida saudável, uma união muito boa, então, tipo eu nunca vi nada, eu nunca vi nada para mim reclamar dele. Eu sou uma pessoa que está aí ele, eu sou uma pessoa que fui estudada, ele sempre me autorizou a estudar, sempre esteve junto comigo, sempre me deu força para tudo que eu queria. Então, ele jamais ia fazer algo para mim, prejudicar a minha vida, a vida da minha família, a vida... A nossa vida, nós estamos sofrendo muito por ele estar aqui, sem dever nada, que a gente sabe que ele não deve nada para a justiça, ele não deve nada. Então, eu tenho certeza que ele vai resolver essa causa, então, o que eu tenho para falar são essas palavras. E eu creio que não tem nada mentira, tudo é verdade, tudo o que estou falando aqui, é verdade”.

Paulo Neves Nogueira, em seu interrogatório, confirmou toda a versão apresentada pela prova testemunhal, declarando:

“PAULO: Dia 17 eu fui para Porto Velho fazer um exame de ressonância magnética e raio x, retornei no dia 18 para a casa. No dia 18, à noite, eu cheguei em casa (...) quando foi (...).

JUIZ: Recorda o horário?

PAULO: Umas nove, dez horas, mais ou menos.

[...]

PAULO: Aí dia 19, eu vim para Machadinho cedo, com gente, entendeu? Trazendo pessoas e retornei para Tabajara de novo.

JUIZ: O senhor se recorda quem foi que o senhor carregou no dia 19?

PAULO: Na ida? Foi aquela moça que estava aqui, a Francilene e o João Parente e uma menina, os pais dela moram lá, uma menina pequena, e a minha cunhada, e a filha dessa Francilene.

JUIZ: Sabe o nome dessa cunhada?

PAULO: Denise.

JUIZ: Pode continuar.

PAULO: Eu saí daqui, mais ou menos, uma meio-dia a meio-dia e meia para o Tabajara. Cheguei lá era umas de duas e quarenta a três horas, mais ou menos no Tabajara. Quando foi umas quatro horas eu fui para o meu sítio, que fica pertinho, uns mil metros, umas seis horas retornei para casa, no dia 19.

JUIZ: Essa foi a rotina do senhor? O que faz o senhor conseguir puxar na memória e lembrar os horários, para onde foi, quem carregou, quando voltou, o que aconteceu, além claro de ser um dia que o senhor está sendo denunciado de ter praticado um crime, aconteceu alguma coisa diferente que fez o senhor conseguir puxar isso tudo na memória?

PAULO: O que fez? O que fez é essa denúncia que

está tendo, entendeu? E eu vim buscando, fiz esforço, puxando na minha mente, e graças a Deus, foi isso mesmo que aconteceu”.

Conforme alhures mencionado, a Promotoria de Justiça da Comarca de Colniza, nas contrarrazões, concordou com a tese defensiva, e pugnou pelo provimento parcial do recurso, pois, a seu entender:

“[...] embora existam indícios de autoria extraídos do depoimento extrajudicial da testemunha ocular Osmar Antunes, corroborado pelo depoimento judicial das testemunhas, policiais civis, Robenilson Ferreira Barros e Woshington Kester Vieira, as demais testemunhas e provas produzidas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa não confirmam a participação do réu/ora recorrente Paulo Neves Nogueira na perpetração dos delitos da Chacina do Taquaruçu do Norte”.

No tocante à afirmação de Osmar Antunes, de “*SULA ser muito amigo de DOCA*”, não há também nenhuma evidência nesse sentido.

A única testemunha que informou ter visto Doca e Sula juntos foi Marduqueu dos Santos Mateus, em condições que retiram totalmente a credibilidade do seu testemunho, assim prestado nesta parte:

*“**MP:** Tá. Aqui no depoimento o senhor menciona que, um dia, um dia após os fatos, visualizou o senhor ‘Doca’. O senhor confirma essa informação?*

MARDUQUEU: Sim.

MP: E como que o senhor, como o senhor visualizou o senhor Doca?

MARDUQUEU: Eu, eu, quando eu recebi a notícia umas oito e meia (08h30) na vila né, o único que teve condição no momento de sair pra chamar a Polícia foi eu e a hora que eu estava indo, quando eu cheguei nos ‘Três Marco’ eu vi uma caminhoneta Hilux azul, de frente já pra saída da estrada e ali eu vi, vi ele e o Sula, **que eu até não tenho conhecimento dele, mas tudo pela característica que a gente sabe é ele, que tava lá”**.

Não é preciso muito esforço para se perceber que o reconhecimento feito pela referida testemunha é absolutamente equivocado, não podendo ser considerado prova confiável.

Primeiro porque é altamente improvável que, logo pela manhã, no dia seguinte à chacina, Doca e Sula estivessem nas imediações dos crimes. Segundo, porque a tal camionete azul não se provou ser de nenhum dos dois, ou de pessoas próximas a eles. Aliás, neste ponto, trago o registro que Doca não sabia dirigir veículos, segundo notícias da testemunha Jurandir dos Santos Freire.

Por fim, é surreal a afirmação que fez a testemunha de ter reconhecido Doca e Sula como as pessoas que se encontravam do lado de fora do veículo que estava no mato, com sua frente voltada para a estrada.

Primeiro, porque essas pessoas poderiam estar dentro do referido veículo²⁵. Segundo, porque o informante estava em movimento com sua moto. Terceiro, porque, conforme ele próprio narrou, havia visto o Doca apenas uma única vez, rapidamente, na Vila, e o Sula somente por fotografia, que a polícia lhe mostrou **após** o crime, naturalmente.

Não se conhecem também as condições em que se deu esse reconhecimento, como a distância, a visibilidade, se estava usando capacete com viseira, etc.

A psicologia mostra, a mais não poder, que o reconhecimento de pessoas depende de uma série de fatores, que devem ser pesquisados para que venha atribuir-lhe credibilidade, tanto que o legislador processual penal prescreveu condições mínimas para que possa ele ser considerado prova confiável (CPP, art. 226). Os fatos, sob esse aspecto, serão abordados em capítulo próprio deste voto.

Nos autos não existe outro indício que ateste uma amizade ou uma proximidade entre Doca e Sula. Nenhuma outra testemunha ou informante trouxe notícias que Doca tinha proximidade com os “encapuzados”.

Como veremos em passo seguinte, outras testemunhas afirmam, categoricamente, que o bando dos “encapuzados”, ao tempo da chacina, era formado por Sula, Gleison, Nego Jura e José Carlos.

E mais: a testemunha Clodoaldo Siqueira Barbosa, que conviveu com os “encapuzados” pouco antes da chacina, e que teria sido convidado a participar dela, falou em juízo, com todas as letras:

25 Em suas declarações, na polícia, afirmou que “*havia no veículo duas pessoas*”, dando a entender que estavam dentro dele, a despeito de, em juízo, ter afirmado que estavam fora.

MP: Certo. E qual o envolvimento, porque que Seu Doca é mencionado como uma das pessoas que tavam lá? Duas testemunhas; uma fala que viu o Seu Doca. Viu o Seu Doca, viu o Sula e que os dois eram muito amigos.

CLODOALDO: Eu é..., bom. Isso, isso, tipo assim... essa é uma concepção minha.

MP: Aham.

CLODOALDO: É uma concepção minha.

MP: O senhor viu o Seu Doca conversando com o Seu Sula, o senhor viu alguma vez eles conversando?

CLODOALDO: Nem..., em nenhuma vez eu vi seu Doca conversando com o Sula e nenhuma vez eu vi o Doca 'ino' lá dentro. Nesses trinta (30) dias que eu fiquei lá dentro em nenhuma vez eu vi Seu Doca. E, na verdade eu afirmo com certeza, que quem falou que o Doca tava na chacina, mentiu, igual eu falei em Colniza e falo aqui: quem falou que o Seu Doca tava na chacina mentiu, porque o Seu Doca na verdade, no dia que aconteceu a chacina, o Seu Doca, era faixa assim, de umas quatro e meia (4h30) pra cinco hora (5h00), seu Doca tava de frente o mercado ali, daquela dona da rodoviária ali. Ele tava na frente do mercado.

[...]

DEFESA: O senhor disse aqui, então, que o senhor foi convidado inclusive, pra participar da, da limpeza dessa área, que teria sido vendida pelos encapuzados ao XXXXX. É isso que o senhor disse?

CLODOALDO: Sim. Essa área eles comentaram pra mim, que ela foi vendida pro XXXXX e devido os sem-terra tá em cima, o XXXXX falou pra eles que não ia pagar a área. Não ia, não ia continuar o negócio mais, porque os, os sem-terra tava em cima e aí como que ele ia comprar uma área que tava cheia de sem-terra em cima, sendo que eles falaram que era livre e desimpedida.

DEFESA: O senhor falou que ele, ele então, eles teriam seiscentos mil (R\$ 600) pra receber desse XXXXX...

CLODOALDO: Teriam seiscentos mil, não, mas era parcelado. Teria mais, mas a próxima parcela seria de seiscentos mil reais.

DEFESA: Ah tá. E o senhor acha que o que..., que foram esses encapuzados efetivamente que, alguns dias depois desse convite ao senhor, foi o que foram limpar essa área e possam ter cometido esses crimes, essa chacina?

CLODOALDO: Na verdade foi os próprios encapuzados.

DEFESA: O senhor tem certeza disso?

CLODOALDO: Eu tenho certeza porque eles comentou com certeza, que ia fazer a limpeza da área.

DEFESA: E de fato houve (...).

CLODOALDO: Pra ver se dava certo, pra ver se dava certo de assustar os outro e vir dar certo deles vende, continuar a venda da terra pro homem.

[...]

DEFESA: *É. O senhor algum momento ouviu falar, se seu Doca era guaxebeba ou segurança do Seu Polaco Marceneiro?*

CLODOALDO: *Não. Ele, na verdade lá dentro ele nunca foi guaxebeba e nem segurança. Ele..., o serviço dele era esse.*

DEFESA: *É. Com relação a..., eu (...) uma pergunta aqui, mas o senhor já, já respondeu; só confirmando: o senhor nunca ouviu que seu Doca pertencia aos encapuzados?*

CLODOALDO: *Não. Nunca pertencia”.*

Aliás, segundo Clodoaldo, quem convivia com os encapuzados era justamente o Osmar Antunes, que era considerado espião, uma espécie de “**leva e traz**”:

DEFESA: *Certo. O senhor chamava o Osmar Antunes..., o senhor conhecia?*

CLODOALDO: *Esse Osmar Antunes eu devo ter visto ele lá dentro, em um mês eu devo ter visto ele lá dentro umas três ou quatro vezes.*

DEFESA: *Lá dentro, o senhor quer dizer aonde?*

CLODOALDO: *Lá no barraco dos encapuzados.*

DEFESA: *Seu Osmar costumava frequentar o barraco dos encapuzados?*

CLODOALDO: *Sim. Segundo os encapuzados, ele era o ‘**leva e traz**’ do grupo. Ele leva...*

DEFESA: *Entendi.*

CLODOALDO: Ele levava informações dos encapuzado 'pros'..., tipo se, ele mandava, os encapuzado mandava recado, falava ó: Fala pra eles que se eles não desocupar, nós vamo botar fogo no barraco deles, vamo...

DEFESA: Deles quem? Os assentados? Os invasores?

CLODOALDO: Os encapuzados mandava recado pros invasores.

DEFESA: Han.

CLODOALDO: Fala...

DEFESA: O seu Osmar era um invasor também ou era um assentado lá?

CLODOALDO: Na verdade ele era tipo um assen..., ele era um assentado lá, mas na verdade ele era um assentado de fachada, a pedido dos encapuzados, pra ele ficar lá dentro e tal, e, e passar as informações cá pra os encapuzados.

DEFESA: Ah. Então ele levava as informações..., ele pegava lá do grupo dos assentados, os invasores...

CLODOALDO: E...

DEFESA: E trazia as informações pros encapuzados?

CLODOALDO: É. Aí saía como se fosse vir pro Guatá ou pro Machadinho, comentava lá que ia pro Guatá ou pro Machadinho e daí entrava lá dentro dos encapuzados passava as informação e voltava pra lá de novo.

DEFESA: E quando os encapuzados...

CLODOALDO: E trazia de lá pra cá.

DEFESA: Ah. E quando os encapuzados queriam, mandavam informação tipo assustando o pessoal é ele que...

CLODOALDO: Levava.

DEFESA: Levava a informação...

CLODOALDO: Sim. Ele levava...

DEFESA: Ele era o 'leva e traz'?

CLODOALDO: Ele era o 'leva e traz'...

DEFESA: Entendi.

CLODOALDO: O famoso 'leva e traz'.

DEFESA: Entendi. O senhor chegou a conversar algumas vezes com esse Osmar ou assim, bater um papo mais longo ou foi só conversa rápida?

CLODOALDO: Não. Só de vista assim e 'veno' ele 'conversano' com os encapuzado e tal. Sempre que ele chegava lá, ia pros canto conversar e tal, baixinho pa-pa-pa, não convers...

DEFESA: O irmão dele falou aqui que ele teve o problema de uma árvore que caiu na cabeça dele e ele ficou meio, meio desorientado assim, das ideias. Então às vezes ele falava umas besteira, umas coisas assim. O senhor chegou a perceber isso ou não deu tempo de o senhor conversar com ele pra perceber isso?

CLODOALDO: Não. Na verdade eu, na verdade a única coisa que eu ouvi lá dentro, que os encapuzado Sula e Gleiso falaram..., falava, é que ele era um homem muito esperto e era de confiança deles...

DEFESA: *Uhum.*

CLODOALDO: *Pra fazer o ‘leva e traz’.*

DEFESA: *É. Isso eles falavam pro senhor?*

CLODOALDO: *Isso eles falava lá dentro”.*

Outra afirmação de Osmar Antunes, a qual não tem guarida na prova dos autos, é a de que *“Polaco tem interesse na desocupação da área, tendo em vista que pretende extrair madeira [área rica em madeiras nobres] e posteriormente permanecer com a área de terras e vendê-la”.*

As provas abundam no sentido de que Polaco nunca teve pretensão de adquirir terras na região, mas somente áreas de manejo, **regularizadas perante os órgãos ambientais**, uma vez que trabalha no ramo de exportação.

Merece atenção o fato de, na região, existir inúmeros madeireiros, que poderiam ter interesses na área de terras dos assentados, a despeito de haver testemunhos no sentido de que as madeiras lá existentes não eram de boa qualidade, como se vê nos depoimentos de Elianei Gomes da Rocha (fl. 403), e Darlan da Silva de Oliveira (fl. 467/v).

A existência de outras madeireiras, além da GA Madeiras, da qual Polaco é sócio, é confirmada por **Vasconcelos da Fonseca Pinto** [*“tinha muita gente (que tirava madeira dali), inclusive a maioria delas saía sentido Guariba”*]; **Clodoaldo Siqueira Barbosa** [*“tem muitos madeireiros”*]; **Juraci Boa Sorte Pereira** [*“tem mais de dez madeireiras”*]; e, **Joacir Alves** [*“tem 15 madeireiras entre a fazenda (a Comil) e Guatá”*].

Depois, também sobram provas que o recorrente, Polaco, por trabalhar com exportação de madeiras, somente adquiria aquelas provenientes de manejo, cobertas por certificados de regularidade do IBAMA e da SEMA, como se vê nos depoimentos de **Jurandir dos Santos Freire** [*“A empresa trabalha cem por cento na legalidade. As madeiras dele vem tudo de manejo, inclusive ano passado, só do ano passado, eles tinham quatro manejos aprovados lá... A madeira tem toda legalidade, toda ‘emplaquetada’ dos manejos com cadeia de custódia, toda bonitinha”*]; **Sérgio Leone França Ribeiro** [*“eles sempre negociavam manejo assim, legalizado, por isso que o ‘Doca’ trabalhava na empresa, para poder confirmar se essa madeira realmente vinha do manejo, é o papel dele (...) Olha, as madeiras que eu vejo chegando lá, todas elas, são do manejo, só do manejo que ela já vem com aquelas plaquetas de custódia, tudo emplaquetadinha, tudo belezinha. Porque como eu faço tudo, eu sempre estou ajudando os meninos a fazer o manejo da madeira, eu vejo tudinho”*]; **Vasconcelos da Fonseca Pinto** [*“Polaco não tem terras, tem manejo, uns 20km da região do conflito, mais ou menos”*]; **Joacir Alves**, arrendatário da Fazenda Comil, com mais de 100.000ha [*“Nós comercializamos manejo com ele desde 2009 (...) O projeto de manejo ele não são (aprovados) se estiver todo legal, mas então evidentemente ele procurava comprar conosco justamente para ter essa legalidade da situação. Então sempre todos os manejos que foram vendidos para ele, ele nunca teve nenhum tipo de problemas, ele efetua a exploração e sempre ele via todos os critérios, todos os cuidados necessários [...] ‘O Polaco mexe com exportação, e se não tiver cadeia de custódia, que vem através de um projeto de manejo, não se faz exportação, não existe exportação sem manejo legal’, sendo que a cadeia de custódia ‘É o documento que dá origem à madeira do início ao processo final’... e ‘nos últimos cinco anos, sempre Polaco comprou manejo’*]; **Francis**

Garcia, sócio de Polaco na empresa GA Madeiras, no Guatá [“*eu compro manejo da Comil, da Copocentro. Quem quer me vender e faz um manejo bom, eu vou lá, olho, mando olhar e compro... Porque o manejo, cada árvore ela é catalogada, ela tem uma identificação. Então, quando ele carrega lá no mato, é emitido uma nota fiscal, cada madeira, cada tora tem a sua identificação e ele, leva embora pra serraria. Se ele levar alguma coisa que não ‘teja’ dentro do manejo, e a fiscalização parar, vai prender. Então assim, tem que trabalhar certo, não adianta... Tudo legalizado, porque a gente mexe com exportação. Quando ‘cê’ mexe com exportação ou mesmo mercado interno, ‘cê’ tem que ter, é origem... Não adianta é, trabalhar ilegal. Então a gente trabalha em cima de manejo. A madeira quando ela sai do manejo, ela já sai com cadeia de custódia, né. Já sai com a plaquetinha”]; **Dejair Câmara Erbst** [vendeu seu manejo para Polaco, e quem foi conferir foi o Doca]; **Fabiano Thiel** [“fez parcerias de manejo com José Afonso, que revendeu para Polaco, inclusive o do Lote 49, no Taquaruçu, apenas liberado pelo IBAMA em 2017] [...]”²⁶; **Gilberto Luis Vicence**²⁷ [“ele olhava a AUTEX e mandava sempre alguém conferir se realmente era compatível com o documento e se estava tudo certo, aí depois ele fechava o negócio”] [...] “O Doca era o encarregado de olhar as madeiras, inclusive a exploração delas, porque ele precisava de toda a cadeia de custódia, que exige um monte de documentação por causa da exportação” [...] “Polaco é um dos madeireiros mais sérios da região”]; **Clodoaldo Siqueira Barbosa** [“Polaco trabalhava em cima de documentos”]; **Jacir Antunes** [“Polaco negociou a venda com outros proprietários, extraiu madeira sem problema”].*

26 Este manejo, que está no Lote 49 da Gleba Taquaruçu, é composto de 2.400ha, e foi concluído em duas etapas. A primeira, de mil e cem hectares, aproximadamente, foi liberada apenas em junho/2017, após a chacina. Ademais, Polaco somente concluiu o negócio depois que o manejo estava praticamente aprovado.

27 Vendeu manejo para Polaco três anos seguidos e sabe que ele comprou também de outros, como de Claudemir Ferreira. Segundo afirmou, Polaco era criterioso na documentação das madeiras.

Outro indicador importante é o fato de Polaco nunca ter tido atrito de terras ou de madeiras com ninguém na região, especialmente com os assentados, como mostraram as testemunhas e informantes **Jacir Antunes** [*“Polaco nunca invadiu área dos assentados, nem roubou madeira delas*] [...] *nunca teve atrito ou conflito com eles*”]; **Marduqueu dos Santos Mateus** [*“nunca soube de conflitos que Polaco tenha tido com os assentados*”]; **Edson Ricardo Pick**, o Delegado que investigou os crimes [*“não tem registro de nenhuma desavença de Polaco com os moradores de Taquaruçu*”]; **Sérgio Leone França Ribeiro** [*“está há seis anos na empresa GA Madeiras e nunca ouviu falar de nenhum conflito envolvendo a empresa com o pessoal do Taquaruçu*”]; **Vasconcelos da Fonseca Pinto** [*“nunca teve conflito, nem que tenha invadido terras dos assentados, até porque, se tivesse, saberiam rapidinho*”]; **Francis Garcia da Silva** [*“a gente não tinha nenhum atrito com eles, o nosso relacionamento com eles é normal*”]; **Clodoaldo Barbosa Siqueira** [*“nunca teve a conversa de Polaco ter invadido terra dos assentados, furtado madeiras ou botado eles para correr*”]; **Elianei Gomes da Rocha** [*“nunca houve conflito de Polaco com o pessoal da associação*”]; **Heliovan Gomes da Rocha** [*“não tem informação de que Polaco tenha invadido ou tomado terras do pessoal da associação*”]; **Darlan da Silva Oliveira** [*“não é do seu conhecimento a existência de conflito entre Polaco e o pessoal da associação*”].

Um fato chama a atenção. Por que não acusaram também Francis Garcia da Silva, sócio de Polaco na GA Madeiras, que parece administrar mais de perto a empresa no Guatá? Afinal, como o próprio Francis noticiou, o Polaco vai esporadicamente em Guatá, ficando estabelecido em Machadinho do Oeste/RO, como, de resto, confirmaram as testemunhas **Sérgio Leone França Ribeiro** [*“quase eu não via ele (o*

Polaco) *na serraria, era raridade*”] e **Vasconcelos da Fonseca Pinto** [“*eu nunca vi o Polaco lá (na região)*”].

E mais: segundo Francis Garcia, o acusado Polaco “*nunca foi nesse manejo, não sabe nem onde é, ele nunca teve atrito nenhum com o pessoal e nem eu também, que quem ia lá, eu ia lá várias vezes no manejo, então, assim, eu nunca tive problema com ninguém, nem ele*”.

Esse fato intrigou o Ministério Público Estadual, que questionou o informante nestes termos:

MP: Certo. É o senhor que fica lá na serraria?

FRANCIS: É. Eu que fico lá.

MP: O senhor fica a semana toda?

FRANCIS: Ah! Às vezes fica semana, às vezes fica quinze (15) dias, final de semana vem embora.

MP: O Seu Polaco não participa?

FRANCIS: Não. Lá não. Às vezes ele vai lá, mas assim é, esporádico. Ele fica mais aqui.

MP: Certo. Porque que ele tá sendo acusado e não o senhor? Porque o senhor que as pessoas conhecem lá?

FRANCIS: Bom...

MP: Conhecem mais o senhor que ele... Porque assim: é mencionado ele como o autor. Que as pessoas que mataram, mataram a mando dele. É isso né? **Mas quem fica lá é o senhor. Porque não foi o seu nome e sim o seu Polaco?**

FRANCIS: *Eu não sei te dizer, não sei te responder. E também não sei porque que tão acusando o Valdelir e porque que tão acusado o Pedro Ramos, o Doca. Muito menos o Paulo, que é o sobrinho dele. Eu num..., não tem relação um com outro”.*

A isso se soma a circunstância de inexistir qualquer notícia no sentido de Doca ter se reunido ou se encontrado com Polaco, para que este solicitasse dele serviços de “limpeza” da área ocupada pelos assentados. Não há informações sequer se eles se conhecem.

Por que não se acusou o Francis Garcia, que era quem administrava mais de perto a empresa no Guatá? Afinal, era ele quem frequentava o manejo, que fica na região do conflito. Aliás, estive nela um dia antes da chacina, quando foi com Doca e Farofa fixar placas informativas do manejo na área que estavam negociando com Zé Afonso.

Fosse a intenção de a empresa GA Madeiras se apossar das áreas onde estavam os assentados, era mais natural que as maiores suspeitas recaíssem sobre Francis Garcia.

De consignar também que Doca não é funcionário de Polaco, mas da empresa da qual ele é sócio, a GA Madeiras.

Não procedem também as suspeitas de que ele era “guacheba” de Polaco, como afirmou a testemunha **Darlan da Silva Oliveira** [*como eu acabei de te dizer, de vista eu conheço ele (o Doca), porque eu nunca fiquei conversando com ele de perder meio dia, uma hora conversando, mas o que eu sei é guacheba velho, gerente de campo do Marceneiro, primeiro guacheba do Marceneiro, sempre foi isso que todo mundo falava [...]* e que ele faz parte (o Doca) **porque toda a vida falaram**

*que ele faz parte dos encapuzados, e afirmo que ele faz parte dos encapuzados porque o Osmar falou que viu ele com os encapuzados]*²⁸.

Por suas declarações fica claro que seu conhecimento sobre Doca ser guacheba de Polaco é “**por ouvir dizer**”, tanto que nunca teve com ele um dedo de prosa; sabe porque “**todo mundo falava**”. A afirmação de ele pertencer aos “encapuzados” provém da boca de Osmar Antunes, que o teria visto em meio aos homens que, de um pé de Uxi, avistou passar na estrada.

Contra essa afirmação estão os depoimentos e as informações de **Francis Garcia Silva** [*Doca é funcionário registrado da GA Madeiras, e não do Polaco [...]; tudo que ele fazia a gente sabia, porque se eu mandava ele ir no manejo ele ia, quando estava explorando o manejo ele ia lá acompanhar, ver como estava sendo feita a exploração, esse tipo de coisa assim. Ele não tinha costume de sair da madeireira e ir para o mato, para canto nenhum se não fosse a serviço da madeireira [...] ele foi contratado como serviços gerais, ele não fazia serviço de segurança e nem andava armado*]; **Clodoaldo Siqueira Barbosa** [*durante esses três anos que eu vi ele lá no Guatá, a única arma que a gente sempre via ele com ela era um facão na barriga e um canivete no bolso, necessário à profissão [...] lá dentro ele nunca foi guacheba, nem segurança, o serviço era esse (empicador de madeira) [...]; ele não pertencia aos encapuzados*]; **Juraci Boa Sorte Pereira** [*a profissão do Doca era conferir manejo, que eles falam mateiro [...] nunca ouviu falar que Doca fosse guacheba ou segurança do Polaco, que nunca o viu portando arma de fogo, nem que ele faça parte dos encapuzados*]; **Leandro Machado** [*Doca olhava manejo para a empresa, tipo assim, quando uma pessoa tinha um manejo para vender para o Polaco aí ele ia lá olhar, ver se tinha alguma essência e*

28 Heliovan Gomes da Rocha também afirmou: “*não sei a função dele (do Doca); no nosso ponto de vista hoje é guacheba*”.

fornecia para a empresa, era quem fiscalizava se a madeira serviria para aquisição]; **Jurandir dos Santos Freire** [Doca é mateiro, ele que é responsável pelo manejo, pela exploração do manejo]; **Sérgio Leone França Ribeiro** [é mateiro, trabalha no mato, ele que é o que faz aquela parte do manejo, ele que sabe especificamente a qualidade da madeira e onde os madeireiros têm que trabalhar [...]] ele tinha obrigação de ir no manejo e saber se realmente essa madeira era do manejo, para ele chegar na empresa e falar: ‘olha, vocês podem negociar porque a madeira está lá, era assim que funcionava [...]]. Doca não tinha privilégios, ele era igual a nós, se fizesse qualquer coisa de errado ele estava sujeito a ser mandado embora também, que nem nós, tanto que batia ponto, que é a lei da empresa]; **Vasconcelos da Fonseca Pinto** [Doca é mateiro; se o Polaco precisasse comprar um mato, por exemplo, ele era o responsável de ir lá olhar, ver se tinha madeira mesmo ou não, se tinha como sair a madeira, é ele que dava a resposta, se podia sair, se dava para sair ou não [...]]; nunca ouviu falar que Doca fosse guacheba ou segurança de Polaco [...]]; nunca viu Doca andando armado]; **Clodoaldo Barbosa Siqueira** [Doca era empicador de madeira, não era guacheba nem segurança] e; **Juraci Boa Sorte Pereira** [ele confere manejo, que eles falam mateiro [...]]; nunca ouviu dizer que fosse guacheba ou segurança de Polaco].

A última afirmação importante de Osmar Antunes é que “SULA, DOCA e PAULO ameaçavam moradores da região com frequência”. Quanto a ela, o que existe são as informações de **Darlan da Silva Oliveira** [A fama do Sula é que ele é um dos encapuzados-chefes, chefe da turma, é um dos cabeças com Gleison [...]]; Sula e Gleison são respeitados na região do Taquaruçu os que botam terror [...] e que os encapuzados mais famosos são eles, Doquinha e um tal de Neguinho Paraibinha, que dizem não estar mais com eles [...]]; eu fiquei sabendo que poderia ter um suspeito, esse tal de Nego Jura, que eu nem conheço, é

*fofoca que chega na vila [...] eu não sei que cor, que tamanho, que idade, eu não sei porque eu não vi, veio até o meu conhecimento, é o que está no relatório, o conhecimento que eu tinha era esse, era sobre o Gleison, Moisés da GOE, Sula, Doquinha, porque **segundo o que todo mundo fala**, que assim eles são um grupo [...] que não viu nenhum ato criminoso de Doca, **mas todo mundo fala que a equipe dos encapuzados são eles** [...] ele (o Doca) faz parte **porque toda a vida falaram que ele faz parte dos encapuzados, e afirmo que ele faz parte porque Osmar falou que viu ele junto com os encapuzados** [...]; o Doca **toda a vida é falado que ele faz parte dos encapuzados**]; e de **Eliane Gomes da Rocha** [ouviu comentários de que o bando era constituído por Doca, Sula, esse Moises, e esse outro que não falaram o nome para mim].*

Trata-se, como se viu alhures, de testemunha e informante, respectivamente, que sabe dos fatos por comentários, por boatos, rumores, pelo disse me disse, que é deformado de boca em boca, como já observava Manzini ao seu tempo²⁹. A informação que Darlan detém, esta provém certamente de Osmar Antunes, que noticiou ter visto os “encapuzados”; a própria testemunha confirma saber do fato pela língua dele. Ademais, como veremos um pouco mais à frente, o “testemunho de referência” deve ser sempre recebido com redobradas cautelas.

De qualquer forma, a informação de Darlan é aniquilada pelos testemunhos de Clodoaldo Barbosa Siqueira, que foi trabalhar, no começo de 2017 [pouco antes da chacina], na fazenda do Sr. Ednaldo, que tinha adquirido a área do Negão Moisés, tido e havido como um dos integrantes do bando. Lá teve oportunidade de conhecer os “encapuzados”, cujos integrantes, segundo ele, eram Sula, Gleison, Nego

29 Tratado de derecho procesal penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, T. III, p. 255.

Jura e José Carlos, **apenas**. Frequentando o barraco deles, chegou a ver, inclusive, a balaclava que usavam nas operações.

Clodoaldo foi minucioso ao narrar a relação que manteve com os “encapuzados”, apontando até a hierarquia do grupo, que tinha no comando o Gleison, depois o Sula. Por ambos, Clodoaldo soube para quem fizeram a venda da área onde estavam os assentados, os valores que tinham a receber, as dificuldades que estavam tendo para embolsar o restante do preço, quanto tempo atuavam na região [mais de 15 anos], etc. Inclusive, 15 dias antes da chacina, recebeu deles “convite” para participar dela, porque pensavam ser ele jagunço.

Mas o que importa destacar neste momento é que Clodoaldo nunca viu Doca entre eles. Indagado na audiência de instrução criminal, foi enfático em dizer que “*Doca nunca trabalhou para os encapuzados*”. Mais ainda: no dia da chacina, viu Doca em frente ao Supermercado, em Guatá, como veremos em outro tópico desta decisão.

Vasconcelos da Fonseca Pinto, que também conviveu com os “encapuzados” quando prestou serviços a eles em **novembro de 2016**, inclusive dormindo e tomando refeições no valhacouto deles, foi peremptório em afirmar que o bando era constituído por Gleison, Sula, Nego Jura e José Carlos. Em nenhuma das mais de 10 (dez) vezes em que esteve com eles, disse ter visto Doca “andando mais eles” [sic].

Outro depoimento que poderia ter relevância para acusação, **se tivesse sido repetido em juízo**, seria o de Elias Patrício Pereira, conhecido como Joia, que narrou, perante a autoridade policial, que teria sido informado pelo Osmar, por volta de 9h30min, sobre a chacina, que contou-lhe também da participação do Doca, de Paulo de Tal e do vulgo Nego ou Sula. Confirmou ter dito a Osmar que Doca estava com leishmaniose, o que coincidia com uma pessoa do grupo que caminhava

com dificuldades e sem calçados. Outra informação importante é que Doca lhe teria avisado que haveria um atentado na Linha 15, e que quem atacaria seriam os “encapuzados”. Por fim, disse que *“a motivação do crime seria puramente para extrair madeira dessas terras e favorecer, assim, Polaco Marceneiro”*.

Quanto a essas declarações, mais uma vez se coloca em jogo a confiabilidade da testemunha, que é tido na região como um “noiado”, *“sem credibilidade na Vila, também assassino”* (**Vasconcelos Barbosa Siqueira**); *“o povo não acreditava nele”* [...] *era informante, espião, traidor, “um Judas dos dois lados”* que *“no final se arrependeu, um arrependimento que a pessoa de muito mentir, a pessoa perde aquela clareza de acreditar”* [sic] (**Heliovan Gomes da Rocha**); *“me perdoa a palavra, mas tipo uma pessoa noiada, doidão, ele estava preocupado (o Joia) [...]; ele mentia, conversava bastante”* (**Eliane Gomes da Rocha**).

Diante desse quadro de personalidade, há a probabilidade de ter sido o Joia quem complementou o quebra-cabeça de Osmar Antunes, que notou que uma das pessoas do bando não conseguia usar calçados, o que harmonizava com a informação que ele próprio tinha, de Doca estar com leishmaniose.

As testemunhas mostram que Joia, naqueles dias, andava perturbado, muito preocupado, e era o arauto da tragédia que se prenunciava na região, mas ninguém acreditava nele.

Não há dúvidas que Doca e Joia eram amigos, e ele frequentava a casa deste, e que o visitava toda vez que ia ao manejo. Por isso Joia estranhou quando não recebeu a visita do Doca no dia anterior à chacina, quando, em companhia de Francis e Farofa, foram colocar as placas informativas do manejo que a empresa estava adquirindo. E

certamente Doca não passou na sua casa por estar, desta feita, com o seu patrão, e no veículo dele, uma Hilux branca da empresa, cabine simples.

O fato de o Doca não ter passado na casa de Joia foi o bastante para que este o colocasse como um dos autores materiais do crime, como se vê nesta passagem do depoimento de Elianei Gomes da Rocha:

DEFESA: *O senhor disse também que no dia 20 o senhor foi até a vila e lá conversou sobre umas placas com o Joia, e que Joia teria feito a suposição de que Doca estaria envolvido no crime.*

ELIANEI: *Isso mesmo.*

DEFESA: *Então o Joia tinha uma suposição e não tinha uma certeza de que o Doca estivesse envolvido?*

ELIANEI: *É. Ele tinha uma suposição.*

DEFESA: *Ele desconfiava digamos assim?*

ELIANEI: *É. Diz ele que toda vez que o Doca vinha no manejo ele ia lá na casa dele e nesse dia não foi.*

DEFESA: *Então no seu dizer, pelo que o Joia lhe falou, ele desconfiou que o Doca pudesse estar envolvido nas mortes por conta de que não tenha passado na casa dele quando foi colocar as placas no manejo? Só por isso?*

ELIANEI: *Ele falou com certeza, isso saiu da boca dele. Ele falou ‘é certeza que foi ele e foi por isso que ele não veio aqui em casa com medo de me apanhar no meio de rua’.*

Quanto ao Doca ter avisado Joia que ocorreria um atentado na Linha 15, é possível mesmo que ele lhe tenha dado essa notícia, inclusive a de que Sula tinha o costume de degolar pessoas utilizando-se de arma branca e que era portador de várias armas de grosso calibre.

Doca não nega conhecer o Sula e o Gleison, tendo até encontrado com eles em um posto de gasolina, onde ficam. Em certa ocasião, quando abordado, conversou com eles, que lhe avisaram que tinham uma área perto da balsa, a qual teriam vendido³⁰. A testemunha Vasconcelos, que sabia da chacina, também avisou a Doca da matança que ocorreria na Linha 15.

Desse modo, é crível considerar que tenha sido mesmo o Doca quem tenha informado o Joia da tragédia que se anunciava. Contudo, esse fato não o torna autor material ou partícipe dos crimes.

Quanto à motivação do crime, trata-se de mera conjectura do Joia a afirmação de que seria para extração de madeira, “*para favorecer Polaco Marceneiro*”, até porque, como se viu, a empresa da qual é sócio somente trabalha com manejo.

Outro depoimento, **prestado na fase policial**, no Inquérito Complementar n. 95/2017, foi o de XXXXX, que disse ter encontrado com Gleison, em Machadinho do Oeste/RO, quando soube por ele que iriam fazer uma limpeza nas áreas de terras de Taquaruçu do Norte, para que pudesse receber “*o restante da madeira que tinha vendido para o Polaco*”, além de “*algumas parcelas das terras de alguns fazendeiros que deviam e não estavam querendo pagar*”, e que estava esperando Polaco “*lhe passar um valor de, aproximadamente, R\$ 60.000,00 [sessenta mil reais], referente ao pagamento da madeira retirada da área onde ocorreu*

30 Teriam eles dito a Doca naquele momento: “*O homem pagou um pouco de dinheiro e vai pagar o resto para nós, só que a gente tem que limpar a área*”.

a chacina”. Gleison também lhe teria dito que estava esperando “*o Doca melhorar e mostrar onde ficam os acampamentos*”, pois não sabia “*onde os sem-terra estão, e daí quando ele melhorar e mostrar onde fica os posseiros, a gente vai lá fazer a limpeza e qualquer momento você vai ficar sabendo da notícia*” [sic]. Por fim, disse que “*Polaco Marceneiro é proprietário de um manejo legalizado na área de Taquaruçu, porém tal manejo serve para receber toda a madeira fria comprada ilegalmente dos encapuzados*”.

Estes os pontos mais significativos da declaração que prestou no Inquérito Policial Complementar n. 95/2017, onde se tem uma outra linha de investigação, em que o mandante da chacina seria XXXXX, que teria comprado dos “encapuzados” a área onde ela ocorreu, cujo pagamento estava dependendo da desocupação dos assentados.

E aqui entra o interesse da testemunha XXXXX, que também faz sair, porta afora, a confiabilidade das declarações que prestou.

O referido procedimento complementar mostra – e a autoridade policial investigante afirma isso – que XXXXX é amigo íntimo e tem negócios em comum com XXXXX, com quem trocou várias mensagens por WhatsApp, algumas marcando encontro para comer carneiro e para conversar sobre o depoimento que ele iria prestar ao Delegado de Polícia em Colniza, sobre a chacina.

Mas não apenas isso: XXXXX, por suas relações com XXXXX e como dono de serraria em XXXXX (depoimento de XXXXX), passou a figurar como suspeito da chacina, por “*apoiar, intermediar e até participar do Grupo dos ENCAPUZADOS*”, segundo afirmou a autoridade policial quando pediu a prisão preventiva dele, além de busca e apreensão.

O próprio XXXXX não negou conhecer Gleison, que também, segundo ele, usa os codinomes Wellington e Cleiton, o qual já

havia prestado serviços a ele na localidade denominada 180, no Estado do Amazonas, de onde, com seu apoio, saiu fugido por ter “*tocado o terror*” e por ter trocado tiros com a polícia, conflito no qual morreu um de seus homens.

Apenas esses fatos seriam suficientes para pôr em dúvida suas informações, até porque, **como madeireiro na região da chacina**, podia mesmo ter interesses na desocupação da área, como, por igual, outros madeireiros da região.

Ainda que pudéssemos considerá-lo insuspeito, o depoimento que prestou é coberto de incoerência. A começar, porque ele próprio, no primeiro depoimento que prestou à autoridade policial, no Inquérito Complementar n. 95/2017, asseverou que “*todo mundo que mora no Guatá conhece os encapuzados, que Os Encapuzados são ‘Moisés da GOE’, Sargento Teleken, Edson Kasuqui, Nego da 12, Sula, Gleison, Paulo Paulão*” [sic], não fazendo menção ao Doca, que, para ele, “*é a pessoa que cuidava dos matos para Polaco, conhecia muito a região, era a pessoa que tinha contato com o Moisés sobre divisas*”.

XXXXX parece ter dito a verdade quando – no depoimento que prestou em 14/11/2017, perante a autoridade policial –, narrou que Tonhão da 12 lhe disse que os “encapuzados” iriam fazer uma limpeza na área, pedindo a ele que avisasse XXXXX.

À sua vez, Tonhão da 12 confirmou, em seu depoimento, que uma semana antes da chacina soube, por Sula – alcunhado também de Amarelinho –, que iriam limpar a área que os “encapuzados” haviam vendido para XXXXX. Daí, certamente, a razão de ele ter pedido a XXXXX que avisasse XXXXX; e o fez; porém este lhe disse que “*não tinha nada com isso, que não queria saber desse assunto e que iria conversar com Tonho e encerrar o assunto*”.

XXXXX narrou ainda que encontrou com Gleison em Machadinho do Oeste/RO, que lhe assegurou ter vendido madeiras para Polaco e não estava conseguindo receber os R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) referentes àquelas que tinham sido retiradas da área onde ocorreu a chacina.

Não se sustentam as referidas informações. A uma, porque, se os “encapuzados” haviam vendido madeiras a Polaco e este não se interessava pelas terras, de nada lhe servia se elas estavam desocupadas ou não, até pelo fato de que não se tratava de manejo, e ele – segundo a testemunha “Tonhão da 12” –, apenas comprava madeira legalizada, de manejo, portanto. A duas, porque as testemunhas também evidenciam que Polaco sempre foi correto em seus negócios, de modo que, além de não comprar madeira sem origem – uma vez que atua no ramo de exportação –, não deixaria de honrar seus compromissos, muito menos quando os vendedores são pistoleiros. A três, porque, ao contrário do que afirmou XXXXX, Polaco não usaria o manejo da Gleba Taquaruçu para “*receber toda a madeira fria, comprada ilegalmente dos encapuzados*” [sic]. E não o fez porque, ao tempo da chacina, segundo transpira a prova dos autos, o manejo não estava ainda funcionando, pois pendia sua regularização no IBAMA, o que somente ocorreu em junho de 2017, **após a chacina**. Em assim sendo, é totalmente inverossímil a afirmação de que Polaco comprava madeira irregular dos “encapuzados”. A quatro, porque não há uma única prova que aponte que os “encapuzados” estavam retirando madeira na área dos assentados, muito menos que comercializavam madeiras irregulares, visto que seus interesses sempre se concentraram na venda de terras a fazendeiros da região, após desocupá-las à força. A cinco, porque XXXXX se sentia ameaçado de os crimes ser-lhe atribuídos, uma vez que, segundo ele, o advogado de Polaco, Leo Fachin, estava comprando “*depoimentos caluniosos*” para imputar-lhe os crimes e

inocentar seu cliente, o que pôs em evidência seu interesse de manter as suspeitas sobre Polaco, considerado de “extrema periculosidade”.

Esses são os depoimentos mais significativos que foram prestados na fase do inquérito policial, não submetidos, por uma razão ou por outra, ao contraditório, à oralidade e à imediação, que são as condições estabelecidas para a formação de provas no processo penal.

AS PROVAS PRODUZIDAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Superada a etapa de avaliação das informações do inquérito policial, cumpre-nos agora analisar se as provas produzidas na instrução criminal alcançam o *standard* de prova necessário para que se possa lançar, contra os recorrentes, decisão de pronúncia para submetê-los a julgamento pelo Tribunal do Júri.

De pronto, uma importante observação se faz necessária.

Todas as provas da acusação, tomadas sob contraditório, foram produzidas por **testemunhas de referência**, pois nenhuma delas presenciou os fatos, tendo sabido sobre eles por Osmar, que também não foi testemunha *de visu*, como já se mostrou linhas atrás.

Tivesse sido colhido o depoimento de Osmar Antunes em juízo, a prova ainda assim seria indiciária, pois teríamos apenas o fato-base de, no dia da chacina, ter visto um grupo de homens armados caminhando em direção ao local onde ela se deu.

Trata-se, como se vê, de apenas um indício contingente, que, por melhor que seja o critério inferencial utilizado, não

leva, necessariamente, à conclusão de que foram aquelas pessoas que promoveram a chacina.

E o que deve se examinar agora é se as **testemunhas de referência**, as de ouvir dizer, têm o vigor necessário para sustentar o exigente *standard* de provas que a pronúncia requer.

Sobre o tema, permito-me tecer breves considerações sobre a qualidade das provas trazidas por testemunhas de referência, ponderando a credibilidade e confiabilidade que podem merecer no processo penal³¹.

Embora inexistam restrições ao **testemunho de referência**, a prova testemunhal, em sua essência, somente é aquela em que a pessoa teve uma relação imediata, por contato auditivo ou visual, com o acontecimento declarado.

Exatamente pela falta de imediatidade com os fatos, o **testemunho de referência** deve ser avaliado *cum grano salis*, especialmente por não permitir o confronto que permite pôr a exame a realidade deles na audiência oral, o que esgarça, em certa medida, o contraditório³².

É de **referência** exatamente porque reproduz aquilo que ouviu declarar. É testemunha do ato de declaração, não do fato

31 Para a psicologia judiciária, já não é novidade alguma a fragilidade da prova testemunhal, certamente a mais franciscana de todas. Muitos fatores influenciam a testemunha no processo de percepção, interpretação, retenção, codificação, recuperação e evocação do fato observado. Quero com isso dizer que, se o testemunho direto deve ser visto com todas as cautelas, o que falar do testemunho de referência, no qual falta originalidade e podem sobrar sugestionabilidade?

32 No sistema algo-saxão, notadamente no campo penal, a testemunha de referência, “*de segunda mão*” ou de “*ouvir dizer*”, encontra impedimento na regra chamada hearsay rule. E a razão, explica Michele Taruffo, é “*evitar que o júri tenha que estabelecer a eficácia probatória de uma testemunha sem ter condições de valorar diretamente a credibilidade da testemunha original*”, como também “*impedir que sejam obtidos testemunhos a respeito dos quais a contraparte não tem a possibilidade de submeter à verificação a credibilidade da testemunha original, por não ter oportunidade de submetê-la à cross-examination*” (Uma Simples Verdade. O juiz e a construção dos fatos, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 175-176).

declarado; provam o ato onde se deu a manifestação, não o fato criminoso revelado.

Mutatis mutandis, equivalem-se a um ato notarial, que dá fé não do conteúdo declarado, mas do ato de declaração, de seu autor, das condições e data da declaração.

Quem relata o que “ouviu dizer” apenas atesta a fonte e a forma da declaração, mas não o fato criminoso declarado. Bem por isso, fica o acusado impossibilitado de submeter a testemunha a interrogatório sobre os aspectos concretos da declaração feita pela testemunha direta.

O contraditório, nessas condições, não cumpre sua finalidade, diante da impossibilidade de confrontar a testemunha sobre o fato criminoso em si.

Bem por isso, o testemunho de referência, como prova indireta, não presta para, *per se*, firmar nenhuma condenação, devendo sempre ser tomada como prova de apoio, de complementação ou corroboração de outras, de nível direto, ainda que de natureza indiciária.

De fato, embora tenha *status* de prova, o **testemunho de referência** deve, em regra, **complementar** outras, dado que não supre nem substitui a prova direta, salvo se esta, excepcionalmente, não puder ser submetida à imediação ou ao contraditório.

Assim deve ser porque, repito, a testemunha de relato – exatamente por não ter presenciado os fatos – acaba por esgarçar o contraditório, pela ausência de imediação da testemunha com acontecimento penal, uma vez que seu conhecimento deriva da versão que se lhe passou outra pessoa, por *audito proprio* ou *audito alieno*.

O testemunho de relato subtrai da imediação a força do contraditório, do indeclinável direito de a parte prejudicada pelas

declarações submeter o declarante a confronto, testando a veracidade da declaração e a confiança do declarante pela relação de dialeticidade com a prova.

Em tal situação, quebra-se a relação de imediação entre a testemunha e o objeto da percepção, que nunca será próprio, mas da pessoa pela qual tomou conhecimento. Nessas circunstâncias, torna-se impossível contestar a fidedignidade e confiabilidade da declaração por desconhecimento dos fatores que podem retirar ou abalar a fé na percepção do acontecimento³³.

De fato, a psicologia do testemunho põe às claras o quão falível é esse meio de prova. Inúmeros fatores influenciam na percepção, na retenção, no relato de um fato, como a idade, a distância, a iluminação, problemas mentais, condições pessoais momentâneas como a ingestão de álcool ou droga, etc. Esses e outros fatores podem imprestabilizar ou debilitar o valor probatório do testemunho.

E, no testemunho *ex auditu*, retira-se a chance de a parte pôr em teste a veracidade, a credibilidade e a confiança do fato relatado, pela impossibilidade do confronto que a imediação e o contraditório procuram resguardar como condição de validade da prova tomada em juízo.

Isso não significa, porém, que o testemunho de referência não deva ser levado em linha de conta. Absolutamente. Conforme já exposto noutro passo, o seu caráter de prova é **complementar**, sempre de auxílio a outras, com maior vigor probatório.

33 O testemunho de relato ou de ouvir dizer, pela falta de percepção direta com a prova – que impede que a testemunha tenha impressão própria sobre o fato – tolhe a parte de extrair da testemunha fatos relevantes, capazes de anular ou debilitar a força do próprio acontecimento criminoso. E mais: a testemunha de referência sempre carregará consigo um salvo-conduto contra o falso testemunho, especialmente quando não puder precisar a fonte.

Não por outra razão é que, para valoração dela, exige-se a revelação da fonte de referência para possibilitar que a testemunha direta possa ser chamada em juízo³⁴, inadmitindo-se, terminantemente, que seja considerada como provas, informações provindas de rumores, de boatos, e de “disse me disse”.

Não se pode dar valor probatório ao testemunho indireto incapaz de precisar a origem da fonte da informação, quando recebida, *verbi gratia*, de um desconhecido, cuja identificação ou localização seja impossível.

De igual parte, não deve ser admitida testemunha de referência de segundo grau (*audito alieno*), pois, nesse tipo de prova, há de se exigir, *minimum minimorum*, que os fatos declarados provenham diretamente da testemunha presencial.

A testemunha de referência narra aquilo que lhe disseram, e não o que presenciou. Transmite, quando muito, uma percepção sensorial de um terceiro ou do próprio acusado, que não pode ser eficazmente contestada pela impossibilidade de se pôr em debate a realidade dos fatos. Afinal, o que relata é apenas a versão, a percepção ou experiência de outrem. Em sendo assim, transmite apenas o significado linguístico que apreendeu do que lhe chegou aos ouvidos.

Com isso, abrem-se ensanchas à valoração de uma prova que a parte se viu privada de contrastar pela ausência de imediação da testemunha com o fato relatado. Afinal, o que se introduz no processo não é a declaração de quem presenciou o fato, mas de quem ouviu a narrativa dele por terceiro.

34 A Lei Enjuiciamiento Criminal da Espanha (art. 710) é expressa em exigir da testemunha de referência que ela precise a origem da notícia, especificando o nome, o sobrenome ou sinais pelos quais se possa conhecer a pessoa que lhe comunicou. A finalidade é possibilitar o chamamento dela em juízo.

Essa classe de prova, ao fim e ao cabo, conclui por valorar, **mediatamente**, a credibilidade do fato relatado e, **imediatamente**, a informação do terceiro, não submetida à oralidade, à imediação e ao contraditório.

Incorporar ao processo declarações recorrendo a **testemunhos de referência** implica, de um lado, a elisão da garantia constitucional da imediação da prova ao impedir que o juiz, que há de ditar a sentença, presencie a declaração da testemunha, privando-lhe da percepção e captação direta de elementos que podem ser relevantes à valoração de sua credibilidade. De outro, suprime o direito que assiste ao acusado de interrogar a testemunha e submeter a contraditório seu testemunho, que integra o direito ao processo³⁵.

Bem por isso, o testemunho direto deve sempre preferir ao indireto.

Costuma-se dizer que o **testemunho de referência** se presta à condenação “desde que seja corroborado por outras provas”. Contudo, sua natureza é de auxílio, de confirmação, de reforço, de modo que não são as outras provas diretas, especialmente, que o corroboram, mas ele que é corroborativo de outras.

A sentença condenatória assentada em testemunho de referência viola, a um só tempo, dois princípios: o da **imediação** da prova, porque tolhe o juiz do contato direto com a testemunha do fato³⁶; o do **contraditório**, porque impede o acusado de confrontar a testemunha, desautorizando ou diminuindo sua credibilidade.

35 Maria Teresa del Caso Jimenez, La prueba testifical en el proceso penal, Ed. Sepin, 2018, Madri, p. 139.

36 A participação do juiz na produção da prova muito importa ao nosso sistema legal, a ponto de o Código de Processo Penal prestigiar o juiz que conduziu a audiência de instrução e julgamento, vinculando-o à decisão a ser proferida (CPP, art. 399, §2º), por considerá-lo em condições melhores de ditar uma sentença justa.

Portanto, apenas em situações excepcionais pode o testemunho de referência respaldar diretamente uma condenação. Mesmo assim, cuidados hão de ser exigidos, como a origem da notícia e a identificação da pessoa que a transmitiu, a fim de possibilitar a convocação dela em juízo³⁷. Sem essas informações mínimas, o declarado deve ser levado à conta de boato.

Desse modo, põe-se ênfase no caráter supletivo e excepcional desse tipo de prova, tal como tem reconhecido o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, em prestígio ao contraditório, à oralidade e à imediação, exige a preservação do direito de o acusado interrogar as testemunhas de acusação³⁸.

Esse tipo de prova gera mesmo certo tipo de desconfiança: *“Entre as razões dessa desconfiança, destaca-se que a avaliação da prova testemunhal deve ser apoiada na imediação do Tribunal que a percebe, o que permitirá comprovar a veracidade e a credibilidade da testemunha que depõe. No testemunho de referência, esse “elemento fundamental” da avaliação aparece subtraído ao juiz e transmitido, de alguma forma, à testemunha que afirma alguns fatos que não conhece diretamente e que participa o que lhe contaram. A função da avaliação aparece borrada porque, perante o Tribunal, não se apresenta a testemunha direta sobre os fatos que se processam”*, como decidiu o Tribunal Supremo da Espanha (471/2001, de 22 de março)³⁹.

É evidente que essa regra não pode ter valores absolutos, porquanto há situações em que as declarações das testemunhas de referência podem e devem ser tomadas em conta de alta monta, como

37 Para Luis Filipi Pires de Souza, se não for chamada a testemunha-fonte, a valoração da testemunha de ouvir dizer pode converter um conhecimento extra-processual numa prova que não é produzida em audiência (Prova testemunhal, Ed. Almedina, 2016, p. 180).

38 Nesse sentido, Carlos Climent Durán, La prueba penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2. ed., 2005, p. 267-268.

39 Carlos Climent Durán, *ob. cit.* p. 265

quando a testemunha direta já tenha falecido ou desapareceu, impedindo sua convocação em juízo. O princípio do contraditório pode – nessas situações de absoluta impossibilidade de comparecimento a juízo da testemunha –, ser relativizado, ponderado e modulado com os interesses maiores da Justiça, que também tem o compromisso de resguardar a paz da sociedade pela punição dos culpados.

Mas, em havendo possibilidade de convocar a testemunha, é direito do réu confrontá-la direta e imediatamente, pois, apenas desse modo se dá efetividade ao princípio do contraditório, alçado em nível constitucional e assegurado em normas internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2, f) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, e).

Quanto ao depoimento de policiais, há unanimidade na aceitação da prova sem restrições. Contudo, a doutrina mais abalizada recomenda acurado exame na valoração quando o policial declarante interveio diretamente na prisão em flagrante ou na investigação do crime, diante da possibilidade – amplamente explicada pela psicologia – de se deixar guiar pelo viés confirmatório daquilo que ele próprio realizou.

Carlos Climent Durán lembra que pesa sobre essa declaração uma suspeita objetiva de parcialidade, porque se parte da consideração de que o interesse pessoal do funcionário policial, que impulsionou e dirigiu a investigação realizada, pode distorcer sua própria imparcialidade e objetividade, tornando-se preciso uma análise rigorosa e objetiva sobre o conteúdo de sua declaração⁴⁰.

Feita essa breve digressão no respeitante ao testemunho de referência, cabe-nos agora incursionar sobre os depoimentos

40 *Ob. cit.*, p. 257.

das testemunhas da acusação que embalaram a sentença de pronúncia, para verificar se elas têm autoridade para justificá-la.

Começo pela análise da informação prestada por Elianei Gomes da Rocha, que tem como pontos mais significativos, para a acusação, as afirmações de que: 1) tomou conhecimento das pessoas envolvidas na chacina por Osmar; 2) o Joia falava que Polaco Marceneiro era perigoso, e comentou com todo mundo na vila a respeito da participação do Doca; 3) **ouviu comentários** de que os “encapuzados” eram o Doca, o Sula, o Moisés “*e esse outro que não falaram o nome*”; 4) Joia supôs a participação do Doca por ele não ter passado na casa dele no dia anterior, quando lá esteve fixando placas informativas de manejo na área que Polaco negociava com Zé Afonso.

Salta aos olhos que o conhecimento do informante (não foi compromissado) advém de notícias que lhe chegaram por terceiros, entre elas o Osmar. **Nada presenciou**; apenas reproduziu o que lhe contaram.

O também informante, Heliovan Gomes da Rocha, noticiou que: 1) **soube por Osmar** as pessoas que participaram da chacina; 2) Joia lhe disse que no dia da chacina o Doca estaria com um tal de Fião e Magrão, em uma camionete azul, com placas em cima; 3) não sabe se Sula pertence aos “encapuzados”, **mas Joia lhe disse** que na chacina ele participou, “*porque o Joia apontou o nome deles tudinho*” [sic]; 4) **Osmar lhe disse** ter visto o Doca entre os “encapuzados”; 5) viu uma camionete azul no dia dos fatos; 6) **Joia lhe falou** de uma camionete azul, que supostamente teria sido utilizada pelos “encapuzados”.

Além de confusas e contraditórias tais informações, também aqui se trata de **informante de referência**, que nada sabe senão “por ouvir falar”. A camionete azul, por ele aludida, não foi identificada, e

não se sabe se é a do Sr. Joaquim Queiroz, ou do próprio Magrão (Juraci Boa Sorte Pereira) – irmão de Fião (Roberval Boa Sorte Gomes) –, que possui uma camionete 250 **preta**, o qual conversou com Elianei Gomes da Rocha (irmão de Heliovan) no dia da chacina, tendo até acampado na casa dele, quando foi conhecer o manejo que trabalharia na extração de madeiras para o Polaco, na Gleba Taquaruçu.

O depoimento que Magrão prestou em juízo certifica que, diversamente do que Joia relatou a Heliovan, Doca não foi com ele na Gleba Taquaruçu, uma vez que já havia ido no dia anterior, quando fixaram placas na área do manejo. A referida testemunha confirma que no dia da chacina viu Doca e o Francis na serraria entre 8h30 a 9h, quando lá passou para os pegar, com os quais conversou e tomou as explicações que precisava. Em assim sendo, não era o Doca a pessoa que foi vista na região, em uma camionete azul.

À sua vez, o informante Marduqueu afirmou que: 1) no dia seguinte à chacina, viu Doca e Sula em uma camionete azul, que estava no mato e com a sua frente virada para a estrada por onde passou; 2) que **ouviu de terceiros** os nomes de Doca, Sula e Moisés como as pessoas que cometeram os crimes; 3) **Joia lhe comentou** que “*era o Doquinho que tinha feito isso lá*”; 4) sabe da participação do Doca pelo Joia.

No que se refere a tal camionete azul, junto a qual teria o informante avistado Doca e Sula, reporto-me aqui aos argumentos que expendi a respeito da sobredita afirmação, que não guarda verossimilhança com a realidade dos fatos.

Como já salientei, o dito **informante** havia visto o Doca uma única vez, **rapidamente**, segundo ele próprio. Quanto a Sula, disse que o conheceu apenas por fotografia, que lhe mostraram depois da chacina, naturalmente.

Mas não é só: quando indagado se havia alguma coisa na carroceria da camionete azul, respondeu: “*Não cheguei a ver, que ela estava de ré para o mato, e eu passei de moto, já passei meio andando rápido para chamar as autoridades, não deu para reconhecer na hora*”.

Impossível confiar em tal reconhecimento! Nem mesmo conseguiu reconhecer na hora os ocupantes do veículo quando os avistou no mato⁴¹.

No mais, o conhecimento que teve dos fatos, de Doca ter participado da chacina, deu-se **por notícias** de Joia.

A testemunha da acusação mais contundente é, sem nenhuma dúvida, Darlan da Silva Oliveira, que declarou: 1) soube por Osmar que Doca participou da chacina, e que junto com ele estavam Sula, Gleison e Moisés da GOE; 2) o Joia lhe disse que o Doca estava com leishmaniose no dedão do pé e que, ajudando a resgatar os corpos, viu “*dois chinelos de número 39,40, verde, com a bandeira do Brasil*”, que perderam, além de rastros de botina; 3) quem primeiro lhe trouxe a notícia foi o Joia, depois o Osmar; 4) sabe que Doca é o primeiro guacheba de Polaco, pois “*sempre foi isso que todo mundo falava*”; 5) afirma “*que Doca faz parte dos encapuzados porque Osmar falou que viu ele junto com os encapuzados*” [sic].

Também neste depoimento, todo conhecimento da testemunha provém de Osmar e Joia. Uma observação importante é que, ao que tudo indica, Joia foi uma das primeiras pessoas a quem Osmar relatou o fato, o que pode ter provocado o fenômeno psicológico do preenchimento de lacunas quanto a Doca ser o homem que viu passar sem calçado, pois chegou de Joia a informação de ele estar com leishmaniose em um dedo do pé. Digo isso porque Darlan foi incisivo, ao responder à pergunta da defesa,

41 A *contrario sensu*, afirmou que o reconhecimento se deu após a chacina.

que foi o Joia quem primeiro lhe deu a notícia, e só depois chegou Osmar, que lhe confirmou a história. Como já salientei em outra passagem, é provável mesmo que o reconhecimento que Osmar fez do Doca se deu com base na informação do Joia, de o Doca estar com problemas com o uso de calçados em razão da doença que apresentava em um dos seus pés.

Muito interessantes são as induções que a testemunha fez. A primeira, ligando os chinelos (provavelmente um par) encontrados em um dos locais da chacina, com a leishmaniose do Doca, que os teria perdido no episódio. Segunda, a inferência conectando Polaco com o crime. Disse ele: *“eu não vou falar que o Polaco mandou, mas o Doca trabalha para o Polaco, ele é o seu gerente de campo, é o responsável por comprar e achar madeira para ele...”* Logo...

É mais ou menos o raciocínio que a autoridade policial e o Ministério Público fizeram em relação à participação de Polaco nos crimes. A hipótese explicativa foi: se Doca foi visto na cena dos crimes entre os “encapuzados”; se ele é empregado de Polaco, que é madeireiro; se a área cobiçada é rica em madeiras nobres, logo..., provavelmente foi o mandante.

Outra testemunha é o Delegado de Polícia e condutor do caso, Edson Ricardo Pick, que prestou declarações que podem ser assim resumidas: 1) tem certeza que Doca não puxou o gatilho, mas que estava presente na chacina, talvez por medo dos encapuzados, sendo ele quem levou os encapuzados; 2) Polaco tornou-se suspeito (não foi indiciado) por ser *“o único comprador de madeira lá e o interessado nelas”* e porque *“só tinha ele que comprava da área”* [sic]; 3) *“em conversas informais com os moradores de lá, boa parte da madeira já foi extraída pelo Polaco, do local onde ocorreu a chacina”* [sic]; 4) Doca foi indiciado pelo que as testemunhas disseram, pelo “recibo” que foi encontrado com ele por

ocasião de sua prisão, por conhecer a área, saber onde entrar e sair, e pelo machucado no pé.

É de estranhar a afirmação da testemunha no sentido que **“tem certeza”** que Doca não puxou o gatilho, que, no entanto, participou da chacina por medo dos “encapuzados”, por isso – como conhecedor da área –, os conduziu até os assentamentos que precisavam ser **“limpos”**.

Todas as testemunhas auscultadas informam que os “encapuzados” atuam na região há mais de 15 anos, e que o atual grupo está em operação há pelo menos um lustro.

Então, a pergunta que não quer calar é: se os “encapuzados” se julgavam donos da área, se a tinha vendido e precisavam fazer a desocupação dela para receberem o restante do pagamento, por que iriam precisar de alguém que os conduzisse aos locais dos assentamentos? Não sabiam onde ela ficava? Onde estavam os posseiros?

E essa pessoa seria o Doca, que os guiou **por medo**?

Trata-se, data vênia, de suposições, até porque não há prova nenhuma de que Doca tenha posto os pés na área dos assentados. A sua presença na região, segundo relato de todas as testemunhas, era devida ao manejo que Polaco entabulava comprar no Lote 49. É verdade que recebeu da Associação um pedaço de terras situado na Linha 25, mas a chacina se deu na Linha 15.

O Inquérito Complementar n. 95/2017 aponta a suspeita de que os “encapuzados” foram conduzidos ao local da chacina por XXXXX, conhecido por XXXXX. A condução, muito provavelmente, não ocorreu porque os “encapuzados” não conhecessem a área que deveriam limpar, mas porque, sendo extensa, precisava alguém levar o

bando até onde a estrada permitia, como deixou ver a testemunha XXXXX, vulgo XXXXX.

Também afasta das provas dos autos a informação de que Polaco era o único comprador com interesses em madeiras na região. Como já se mostrou, a localidade de Guatá conta com muitas madeiras, sendo mesmo a base econômica da região, daí por que não é crível que apenas ele comprasse madeiras, e o que ditava o preço delas. Nesse aspecto, nenhuma testemunha corrobora o afirmado pela autoridade policial.

Da mesma forma, improcede – pois inexitem provas nesse sentido – a alegação da testemunha de que, “*em conversas informais com os moradores de lá*” [sic], soube que boa parte da madeira do local da chacina já foi extraída pelo Polaco.

A bem da verdade, não há evidência alguma de que alguém, algum dia, tenha derrubado uma única árvore – para comercialização – do local onde ocorreu a chacina. Há informações que os próprios assentados obtiveram autorização do IBAMA para extração de madeiras para consumo próprio, como construção de pontes, por exemplo. Nada mais! Por fim, também não há um único indício de que Polaco adquiria madeiras ilegais. Ao contrário: todas as testemunhas de defesa afiançam que ele atuava dentro da mais absoluta legalidade, não apenas porque, com certa frequência, era inspecionado pelo IBAMA, como também por ter sua atividade madeireira voltada para o mercado estrangeiro, o que o submetia a um rígido controle de fiscalização, inclusive quanto à comprovação da cadeia de custódia. Nesse particular, não tem ele, no seu passado, uma nódoa, um traço duvidoso.

Com respeito ao “recibo” que foi encontrado com o Doca, quando preso, refere-se ele ao valor que pagou para se filiar à

Associação, que lhe deu o direito a um lote de terras na Linha 25, o que foi confirmado pela testemunha Francis Garcia da Silva.

Esse fato, longe de incriminá-lo, acaba por favorecê-lo, pois demonstra que pretendeu adquirir terras de maneira lícita, e não por meio de grilagem. Por ser associado, participaria de crime tão cruéis contra outros associados?

Já no que toca à afirmação de que conhecia a área, que *“sabia onde entrar e sair”*, não é essa a constatação que se faz nos autos. O fato de ele ser **“mateiro”** significa apenas que conhecia madeira e sabia identificar uma área que pudesse resultar em um bom manejo, com ótima lucratividade para a empresa. Nada mais.

No interrogatório que prestou em juízo – que, vale lembrar, é meio de defesa **e de prova** – Doca afirmou que nunca foi na Linha 15, onde se deu a chacina. Contra essa prova, não há contraprova que mostre que Doca tenha estado, algum dia, nos locais dos crimes.

No atinente ao machucado no seu membro inferior, veremos adiante que, no dia dos fatos, Doca já estava completamente curado da leishmaniose que se instalou no dedo de um dos seus pés. O vínculo que a autoridade policial estabeleceu foi o mesmo manifestado por Osmar e Joia: se a premissa maior era que um dos “encapuzados” não estava podendo usar calçados, e a premissa menor a de que Doca estava com leishmaniose, a conclusão foi a de que este era um dos “encapuzados”. Nada mais equivocado. Primeiro porque o fato-base **é falso**. Segundo, porque a relação inferencial, ainda que o fato-fonte fosse verdadeiro, não levaria, inevitavelmente, a uma conclusão verdadeira, mas apenas possível, uma vez que tantas outras pessoas poderiam, **pelos mais variados motivos**, não estar podendo usar calçados naquele dia.

De uma maneira geral, os policiais civis, Ricardo Sanches, Woshington Kester Vieira e Robenilson Ferreira Barros, e o Policial Militar, Hélio Alves Cardoso, relataram: 1) no local do crime encontraram pegadas, uma sandália havaiana, que **supôs** ser do Doca, que tinha uma doença no pé, máxime em razão das informações passadas pelo Osmar, que disse ter visto que uma das pessoas mancava; 2) *“o pessoal falava, comentava, e a informação que eu tive em particular é que o mandante foi o Polaco, e os encapuzados seriam o Doca, o Sula, o Gleison e o Sargento Moisés, essa é a informação que eu tive”*; 3) o Joia também passou bastante informação, e ele confirmava essa mesma história; 4) o Joia falava a mesma coisa, ele veio com a gente, nós o trouxemos, ele falava que o mandante era Polaco Marceneiro, todos falavam na realidade Doca, Sula, Nego Jura, Gleison; 5) soube por Joia e Osmar que Polaco era o mandante; 6) foi a partir de Joia e Osmar que chegaram aos réus; 7) Osmar falou que viu várias pessoas *“e um vinha mais pra atrás e nós achamos pegadas de botina e uma pegada descalça, e o que eu sei é que naquele dia o Doca estava com leishmaniose e aí o Elias [o Joia] chegou para nós e falou assim: ah, foi ele mesmo, porque ele não está podendo andar, ele não está podendo usar calçado fechado; é a principal hipótese que ligou ele aos fatos”* [sic].

As pegadas e a sandália havaiana não provam a participação de Doca nos crimes, pois a polícia civil não teve a preocupação de tirar moldes das pisadas descalças e das botinas que encontraram nas cenas dos crimes, nem fez comparação alguma entre elas e a numeração do calçado que usa o referido acusado.

Lamentavelmente, passados mais de três anos do fatídico episódio, que enlameou a história do Estado de Mato Grosso, não se têm notícias sobre os exames periciais realizados, notadamente nas

armas brancas usadas, que podem identificar os autores da chacina pelas impressões digitais.

As pisadas do homem descalço que Osmar viu não foram comparadas com as da cena dos crimes, valendo destacar que há a probabilidade de elas, assim como a sandália encontrada, serem até de uma das vítimas. Aliás, não se sabe ao certo se o homem que Osmar viu usava sandálias ou se caminhava descalço. Por sinal, detalhes que importavam muito às investigações.

Certo é que tais investigações deixaram muito a desejar. A começar pelo fato de não terem ouvido os quatro sobreviventes, noticiados pelas testemunhas Heliovan e Darlan.

O relato dos mencionados policiais civis mostra apenas que o conhecimento que têm dos fatos encontra sua fonte nas declarações de Osmar e Joia, nada mais, além, claro, de outros “ouvir dizer”. Nenhuma prova concreta foi produzida nas investigações, tendo elas se limitado às débeis e imprecisas declarações de testemunhas, que também nada viram, **mas ouviram dizer.**

É o que relatou o IPC Ricardo Santos: *“o pessoal falava e comentava que o mandante foi Polaco e que os encapuzados eram Doca, o Sula, o Gleison e o Sargento Moisés”*.

É pouco, muito pouco para a pronúncia.

Que base empírica tinha Osmar e Joia para a conclusão de que Polaco foi o mandante do crime? Como já expus linhas atrás, mesmo que Doca tenha tido participação no crime, isso poderia fazer do Polaco suspeito, nada mais que isso. Daí a razão por que, nesse ponto, bem andou o presidente do Inquérito Policial em não vinculá-lo aos crimes.

Polaco foi denunciado porque, simplesmente, é o patrão de quem supostamente foi visto nas proximidades dos locais dos crimes. O resto, foi pura imaginação, suposição, ilação, conjectura, devaneios, opinião e palpite.

A bem da verdade, o processo inferial de incriminação do acusado Polaco não é sequer dedutivo ou indutivo, mas **abduativo**, porque parte de um fato particular [Doca foi visto na cena do crime] para vários outros particulares: (1 - Doca era seu empregado; 2 - a área na qual se fez a “limpeza” tinha madeira; 3 - Polaco é madeireiro), para concluir que foi ele o mandante dos crimes⁴².

Mais adiante iremos ver que as circunstâncias fazem inclinar fortemente as suspeitas para um outro mandante, para outros envolvidos, com a existência de motivação diversa à exploração de madeiras na área.

Um trecho do relato prestado pelo IPC Woshington Kester Vieira reforça a impressão de que Osmar chegou ao nome de Doca após Joia lhe dizer que ele estava com leishmaniose e, por isso, não poderia usar calçado. Quando indagado o que levou a polícia a crer que Doca participou do homicídio, respondeu:

“DEFESA: *Em relação à participação do Doca com o homicídio, o que levou a polícia a crê que o Doca participou do homicídio?*

42 Paulo Tonine (A prova no processo penal italiano, Ed. RT, 2002, p. 56) diz que “o raciocínio de tipo abduativo parte de um fato particular para afirmar a existência de outro fato particular. Nesse caso, o raciocínio se baseia em uma simples ‘observação’ dos fatos, sem requerer necessariamente especial competência científica. Um exemplo clássico: aquele que matou A usava tênis manchado de uma tinta amarela (fato particular); B era a única pessoa naquele dia, naquela situação, que calçava tênis manchado de tinta amarela (fato particular); B matou A (conclusão)”.

WOSHINGTON: *A principal hipótese é porque o Osmar fala que viu, a segunda é porque ele fala que viu quatro pessoas, e a gente achou pegadas de botina e pegadas descalças, e o que ele percebeu naquele dia era que o Doca estava com leishmaniose, daí o Elias chegou para nós e falou assim, ‘ah, foi ele mesmo, foi ele porque ele não está podendo andar com calçado fechado’. Essa foi a principal hipótese que vinculou ele aos fatos”.*

De todo o exposto, exsurge claro que a acusação não cumpriu o ônus probatório de demonstrar a participação de Doca na chacina, muito menos de o Polaco ser dela o mandante.

Na realidade, não se provou o fato-base do indício trazido por Osmar Antunes, de que teria visto o Doca entre os homens que viu passar nas proximidades da chacina, e que julgou serem os “encapuzados”.

É certo que a prova por indícios pode sustentar a condenação. Entretanto, para tal a condição primária é que o fato-base esteja confirmado e que não tenha sido refutado por contraprovas ou contraindícios. Sob essas condições, é que se pode fazer a indução, o processo inferencial entre o fato conhecido e o desconhecido, por critérios racionalmente aceitáveis.

O indício, como fato justificante, há, necessariamente, de estar assentado em fato(s) sobre os qual(ais) não caiba(m) dúvida(s) quanto à existência e veracidade dele(s), o que exclui os rumores, as suspeitas e as conjecturas.

Este, o ponto de partida: é preciso que os fatos sejam certos quanto à sua existência e autênticos quanto à veracidade, e que permitam inspirar alto grau de confiabilidade em tomá-los como referência para, por meio de trabalho mental racional, inferir a hipótese investigada.

Apenas os fatos plenamente esclarecidos e provados podem ser objeto de valoração⁴³. Se o fato indicário não é sólido, robusto e consistente, não presta para enervar a presunção de inocência, de tessitura constitucional.

Depois, o fato-consequência não pode ser fruto de conjecturas ou de ilações, mas resultado de processo inferencial lógico, coerente e racional, que conduza, necessariamente, a uma conclusão única.

Para tanto, imprescindível que os fatos-base sejam lícitos e válidos (no sentido de terem sido produzidos sob as garantias processuais), estejam plenamente comprovados, e que não excluam ou tornem duvidoso o fato-consequência, quando aplicado sobre eles um processo inferencial aceitável pelas regras de vida, por critérios lógicos ou científicos.

A prova indiciária, para poder destruir a presunção de inocência, deve ter potencial força acreditativa no(s) fato(s)-base e no enlace direto e lógico que, por critérios racionais aceitos, se permita realizar com o fato-consequência, e que a conclusão exclua a probabilidade de que os acontecimentos podem ter ocorrido segundo a versão do réu.

Na situação examinada, além de a prova indiciária, por si só, não corroborar a hipótese acusatória, os réus apresentaram provas do álibi do Doca, como veremos a seguir.

43 Carlos Parma e David Mangiafico, *La sentencia penal, entre la prueba e los indicios*, Ed. Ideas, 2014, Lima, p. 147.

O ÁLIBI DE DOCA

Se, de um lado, as provas produzidas pela acusação não se mostram bastantes para a pronúncia dos recorrentes, de outro sobram provas que Doca, não tendo o dom da ubiquidade, não poderia estar no palco dos acontecimentos no dia e na hora em que Osmar o reconheceu como o homem que caminhava descalço e com dificuldades.

A defesa se mostrou diligente em apresentar fortes provas que Doca não participou da chacina, uma vez que, no entardecer do dia 19 de abril, **se encontrava na empresa GA Madeiras**, onde trabalha e tem alojamento.

Contra os indícios da acusação, existem os testemunhos de várias pessoas que certificam que **Doca**, no dia da chacina, permaneceu praticamente o dia todo na referida empresa, ausentando-se apenas por um momento, no período da tarde, quando se deslocou para Guatá para o conserto de um pneu de sua motocicleta, local onde sua presença foi constatada.

Ora, se aplicarmos a regra de que uma pessoa não pode estar ao mesmo tempo em dois lugares – que a física quântica já contesta com base no princípio da “sobreposição” –, a conclusão a que se chega é a de que a pessoa que Osmar avistou não se tratava, em termos absolutos, do acusado Doca.

O álibi, quando comprovado, é prova dedutiva, pois parte do raciocínio geral para o particular, em direção a uma conclusão necessariamente lógica e verdadeira. Assim, se considerarmos, como premissa maior, a lei universal de que duas pessoas não podem estar em dois lugares ao mesmo tempo, e, como premissa menor, o fato comprovado

que Doca estava em Guatá, e não na Gleba Taquaruçu, a conclusão iniludível é a de que não era ele a pessoa que Osmar viu entre os “encapuzados”.

Ao contrário do raciocínio indutivo – que, partindo do particular para o geral, somente se obtém uma hipótese provável, em maior ou menor grau –, no raciocínio dedutivo o resultado será único e invariável, se verdadeiras as premissas.

Importa conhecer, então, se existem provas que Doca, de fato, estava em Guatá e não na Linha 15, no dia e hora dos homicídios.

Comecemos por Fabiano Bolatroni de Miranda, que, tendo uma borracharia em Guatá, se lembra de ter atendido o Doca na parte da tarde, após às 14 horas, quando foi levar a conserto um dos pneus de sua motocicleta:

DEFESA: *O Doca é seu cliente lá?*

FABIANO: *Sim.*

DEFESA: *O senhor ouviu falar da chacina do Taquaruçu do Norte?*

FABIANO: *Sim.*

DEFESA: *O senhor pode informar quando isso ocorreu? Que mês, que dia aconteceu?*

FABIANO: *Olha, o mês eu não, o mês eu não tenho lembrança, porque tanta coisa passa pela cabeça da gente, tanta... mas da chacina eu tenho lembrança, do acontecimento.*

[...]

DEFESA: *O senhor se recorda que nessa época da chacina, o senhor Pedro tava por ali ou não?*

FABIANO: Olha, no dia do acontecido que eu fiquei sabendo que ele foi preso, ele tava na oficina sim... Foi um dia que ficou marcado... Tava ele, e tinha vários clientes, como a gente mexia parte com borracharia e oficina era sempre lotado.

DEFESA: Desculpe, eu não entendi, o senhor estava dizendo que quando ele foi preso o senhor se recordou que no dia que falaram da chacina ele estava na sua borracharia, é isso?

FABIANO: Sim.

DEFESA: E o que ele foi fazer lá, o senhor sabe?

FABIANO: Foi remendar o pneu da moto, na verdade trocar o pneu da moto que estava ruim.

DEFESA: Que moto que era?

FABIANO: Uma 150.

DEFESA: Uma moto 150?

FABIANO: Preta.

DEFESA: Uma moto 150?

FABIANO: É, moto Titan 150 preta.

[...]

DEFESA: O senhor lembra o horário em que o Doca esteve na sua borracharia nesse dia?

FABIANO: O horário, o horário a gente não lembra, o horário.... trabalhando às vezes...

DEFESA: Foi de manhã, à tarde?

FABIANO: À tarde.

DEFESA: À tarde?

FABIANO: À tarde, isso.

DEFESA: À tarde. À tarde o senhor sabe mais ou menos o horário; depois das duas, depois das três?

FABIANO: Mais ou menos esse horário aí, porque...

DEFESA: Que horário?

FABIANO: Horário de umas duas horas. Depois das duas para frente, porque a gente para pro almoço e abre 1 hora. Mais ou menos esse horário.

[...]

DEFESA: O senhor tem alguma dúvida de quem seria o Doca?

FABIANO: Não”.

Faz-se necessário registrar – para confirmação das declarações prestadas por Vasconcelos e Clodoaldo, que também atestam a presença de Doca em Guatá –, os seguintes trechos do depoimento da testemunha Fabiano:

“**DEFESA**: O senhor se recorda que nesse dia o ‘Doca’ tava lá, o seu Vasconcelos tava lá na borracharia?

FABIANO: Também, também estava.

[...]

DEFESA: Ali próximo do Guatá tem um mercado, um supermercado, uma rodoviária, uma antiga rodoviária, é isso?

FABIANO: Tem.

DEFESA: É próximo da borracharia?

FABIANO: Acho que dá uma faixa de trezentos a quatrocentos metros.

DEFESA: É próximo.

FABIANO: É”.

No depoimento que prestou, em vários momentos, a testemunha Fabiano de Miranda foi premida a dar explicações da certeza dela quanto à coincidência da presença do Doca em sua borracharia no horário da chacina. A resposta sempre foi única e invariável: “*Foi um feito histórico, né, ninguém esquece*” [...]; “*É igual eu explico: **foi um fato histórico, ficou marcado na vida de muita gente**, como é um lugar pequeno, foi uma coisa histórica, ninguém esquece*”⁴⁴.

Leandro Machado, empregado da empresa GA Madeiras, que também se aloja nela, afiança que Doca, durante a semana, tomou todas as refeições na serraria, inclusive no dia da chacina, o que exclui a possibilidade de ele ter participado dela:

DEFESA: Pois bem. Nessa semana que ocorreu a chacina, o seu Pedro estava na serraria?

LEANDRO: Sim. Estava.

DEFESA: Desde a segunda-feira ele chegou..., ou não?

⁴⁴ Essas e outras afirmações serão objeto de considerações em outra parte desta decisão.

LEANDRO: Ele chegou lá..., eu não tenho bem certeza, mais de segunda pra terça. Terça de manhã ele já estava na serraria sim.

DEFESA: Tava na serraria?

LEANDRO: Tava.

DEFESA: E permaneceu na serraria durante a semana ou ele chegou, já foi pra algum canto?

LEANDRO: Na terça de manhã, eles saíram. De manhã eu acho que eles foram em algum manejo, que como eu trabalho na carregadeira, eu não fico muito tempo ali por perto assim e meu serviço é mais longe, aí eu passei por perto deles e, vi as placa lá em cima dessa caminhonete e, se põe que eles foram pra algum manejo.

DEFESA: Eles quem?

LEANDRO: O Doca e o França.

DEFESA: França. E eles ficaram muitos dias fora ou voltaram...

LEANDRO: Não, não. À noite eles já tava lá.

DEFESA: Na mesma terça-feira?

LEANDRO: Antes, eu acho lá por umas cinco, seis hora da tarde eles já tava sim.

DEFESA: Então eles saíram terça-feira cedo e no final do dia eles estavam lá?

LEANDRO: Isso. Isso.

DEFESA: E aí na terça. Quarta-feira, seu Doca...

LEANDRO: Permaneceu, almoçou, tomou café com a gente eu...

DEFESA: O senhor viu ele lá?

LEANDRO: Vimo sim.

DEFESA: O senhor sabe, o senhor sabe que é, o senhor tem o compromisso de dizer a verdade.

LEANDRO: Isso.

DEFESA: Ele estava lá na quarta-feira?

LEANDRO: Tava.

DEFESA: Almoçou o senhor viu ele tomando café, almoçando...

LEANDRO: Vi. E na hora do almoço...

DEFESA: E jantou lá?

LEANDRO: Uhum. Na hora do almoço e na hora da janta é a hora que todo mundo se reúne porque tem um horário determinado que é das, das onze e meia (11h30) até uma e das seis e meia até às sete e meia, que é o horário da janta.

DEFESA: No dia dezenove (19)?

LEANDRO: No dia...

DEFESA: No dia vinte (20), acho que foi quinta, vinte e um (21) foi sexta, do mesmo jeito?

LEANDRO: Do mesmo jeito.

DEFESA: Ele ficou muito mais tempo na serraria ou não?

LEANDRO: Não. Aí sexta-feira à tarde ele foi pra Machadinho.

DEFESA: Foi sozinho?

LEANDRO: Foi com um funcionário da empresa. Que a empresa tem uns caminhões que leva madeira pra cidade de Machadinho, foi mais eles.

DEFESA: Então ele permaneceu de terça até sexta?

LEANDRO: Isso.

DEFESA: Sexta ele voltou pra Machadinho d'Oeste. É isso?

LEANDRO: Foi.

De sua vez, Ranigleice Oliveira da Silva, que trabalha na GA Madeira como cozinheira, reforça o álibi do acusado Doca dizendo que no dia da chacina ele estava o tempo todo na serraria, tendo se ausentado dela apenas quando foi à Guatá consertar a motocicleta dele, por volta das “**3 para 4 horas da tarde**”. Disse ainda que ele, no dia da chacina, a ajudou a cortar carne na parte da manhã e à noite jantou no refeitório com os outros funcionários:

DEFESA: Tá. Então só pra deixar bem claro: um dia depois da chacina, Seu Pedro Ramos estava lá na serraria no Guatá e a senhora estava presente lá e viu ele?

RANIGLEICE: Eu vi ele lá.

DEFESA: O dia inteiro lá?

RANIGLEICE: O dia inteiro lá.

DEFESA: Almoçou?

RANIGLEICE: Almoçou.

DEFESA: Tomou café, jantou?

RANIGLEICE: Tomou café, jantou. Nos horários normais que a gente tem na serraria ele tava ‘participano’; no almoço, janta, merenda.

DEFESA: Só pra ficar bem claro, dona Ranigleice...

RANIGLEICE: Sim.

DEFESA: Ah! Esse..., a senhora falou que o Seu Doca teria cortado carne, teria ajudado...

RANIGLEICE: Na cozinha.

DEFESA: E almoçado lá...

RANIGLEICE: Sim.

DEFESA: Na parte da manhã...

RANIGLEICE: Na parte da manhã.

DEFESA: Ele não saiu?

RANIGLEICE: Não saiu.

DEFESA: Isso no dia da chacina?

RANIGLEICE: Da chacina. No dia.

DEFESA: Ele almoçou lá na serraria?

RANIGLEICE: Almoçou sim.

DEFESA: E ele jantou na serraria também?

RANIGLEICE: Jantou na serraria também.

DEFESA: Que horas foi o jantar?

RANIGLEICE: Foi sete horas às oito horas que ‘nóis’..., eu sirvo a janta lá das sete às oito né, nesse horário ele estava...

DEFESA: Tava lá, jantou lá.

RANIGLEICE: Presente com a gente.

DEFESA: Tinha mais funcionários...

RANIGLEICE: Tinha.

DEFESA: Iam todos os funcionários?

RANIGLEICE: Todos os funcionários da firma tava lá presente.

DEFESA: Ele ficou... A senhora falou que ele deu uma saída à tarde. Ele foi até aonde mesmo?

RANIGLEICE: Ele foi na vila. É chamado lá no Guatá né. Que eles fala vila né.

DEFESA: Vila do Guatá.

RANIGLEICE: No Guatá. Ele foi lá arrumar a moto dele, que foi...

DEFESA: E ele ficou fora ali, que a senhora tenha percebido, quando tempo?

RANIGLEICE: Ah! No máximo uma hora, uma hora e meia, no máximo. Que é perto, né.

DEFESA: É. É.

RANIGLEICE: Pertinho.

DEFESA: Tá. Aonde a senhora fica ali na cozinha e aonde o Doca costuma ficar... Bom, deixa eu perguntar antes: ele morava ali...

RANIGLEICE: Não.

DEFESA: Ele era alojado na serraria?

RANIGLEICE: Ele era alojado. Ele era alojado ali.

DEFESA: Na serraria?

RANIGLEICE: Na serraria.

DEFESA: E aonde era o alojamento dele? Da cozinha, a senhora conseguia ver ele por ali...

RANIGLEICE: Consequia.

DEFESA: Se ele tivesse no pátio?

RANIGLEICE: Eu conseguia. Eu brincava até com ele, porque ele lava roupa, né...

DEFESA: Han.

RANIGLEICE: Aí sempre eu ‘tirava’ uma assim com ele lá por causa que ele lavava roupa.

DEFESA: E a senhora ficava cozinhando e olhando pra ele?

RANIGLEICE: Tava cozinhando e via ele. É pertinho.

DEFESA: Da onde a senhora cozinhas ali, da região, conseguia ver onde é o alojamento dele?

RANIGLEICE: Dava. Dá uns trinta (30) metros. É bem pertinho. Dá uns trinta (30) metros do alojamento dele a, a cantina né, na serraria”.

Outro funcionário da empresa GA Madeiras, Jurandir dos Santos Freire, conhecido como Farofa, na audiência de instrução e julgamento protestou, veementemente, pela inocência do Doca e do Polaco. Narrou que foi com Doca e Francis, no dia anterior à chacina, até o manejo, para colocarem algumas placas, e retornaram no fim da tarde. Disse se lembrar do dia da chacina porque seu aniversário foi no dia seguinte a ela, e por isso ***“essa data ficou marcada, pois quando eu lembro do meu aniversário, eu lembro do que aconteceu lá”***. No mais, afirmou:

DEFESA: *O senhor expressamente confirma que, então na quarta-feira, na quinta-feira o senhor tomou café, almoçou...*

JURANDIR: *Exatamente. Exatamente o que eu ‘tô’ falando aqui é a verdade, porque ‘nóis trabaiô’ junto, eu ‘tô’ falando aqui a verdade.*

DEFESA: *Outra coisa: o se..., é, qual que é o horário do café da manhã na serraria, do almoço e do jantar?*

JURANDIR: *O horário do café lá, sai um café puro 6h, aí 7h30 até 8h sai um café com merenda, 11h30min para pra o almoço; atividade da serraria volta 13h de novo. E quando é, de 18h30min às 19h é a janta.*

DEFESA: *Tá. O senhor disse que foi lá no manejo, conhece a região e tudo mais. É possível nesses intervalos, entre o café e o almoço ou entre o horário do almoço e janta, se deslocar até o plano de manejo e voltar?*

JURANDIR: Não é não. Não consegue fazer isso aí não.

DEFESA: (...) lá, resolver alguma coisa e voltar pro almoço?

JURANDIR: Não consegue fazer.

DEFESA: Em razão da distância e do, e do terreno, é isso?

JURANDIR: O terreno lá é muito ruim lá. Quem conhece a região é eu que conheço e é ruim 'memo' a estrada.

Sérgio Leone França Ribeiro, igualmente empregado da GA Madeiras, o qual deu a notícia da chacina a Doca – que se mostrou surpreso –, confirmou que, no dia do acontecido e no dia posterior a ele, Doca estava na empresa, e que tomou refeições com ele, que são os momentos em que todos se reúnem:

DEFESA: (...) eu vou fazer uma outra pergunta: o senhor naquele dia, no dia da chacina, como o senhor disse agora, que ficaram no dia posterior...

SÉRGIO: Uhum. Isso.

DEFESA: Na quinta. Então na quarta-feira. O senhor se recorda de ter tomado café, almoçado e jantado com o seu Pedro Ramos?

SÉRGIO: No dia seguinte?

DEFESA: De seu Pedro Ramos estar lá cantina...

SÉRGIO: Sim.

DEFESA: Se ele almoçou?

SÉRGIO: Sim.

DEFESA: Se ele jantou?

SÉRGIO: Vi sim. Estava conosco lá.

DEFESA: 'Cê' viu ele então?

SÉRGIO: Sim, com certeza.

DEFESA: No almoço e à tarde?

SÉRGIO: E à tarde.

DEFESA: No dia seguinte ou na...

MP: No dia seguinte que ele falou.

DEFESA: No dia...

SÉRGIO: Uhum.

DEFESA: No dia da chacina?

MP: No dia chacina...

SÉRGIO: Não! No dia também ele também ele tava conosco sim. No acontecido.

DEFESA: No dia seguinte o senhor disse que ele (...) lá.

SÉRGIO: Isso. Aí quando...

DEFESA: Eu disse no dia anterior, do dia chacina.

SÉRGIO: No dia da chacina?

DEFESA: É.

SÉRGIO: Sim, tava. E no dia seguinte que eu fiquei, que surgiu a fofoca, foi até eu comentei pra ele. Ele tava dentro do quarto dele.

DEFESA: Certo. Perfeito. Então no dia da chacina...

SÉRGIO: Isso.

DEFESA: Ele tomou café...

SÉRGIO: Isso. Realmente.

DEFESA: (...) lá na serraria?

SÉRGIO: É. Quando a gente tá fazendo um pouquinho de hora é, das seis e meia até às sete e no horário normal seis hora quem quiser jantar, já tá disponível a janta.

DEFESA: Então é entre seis e sete horas a janta?

SÉRGIO: Isso. Seis e..., e o mais tardar até sete hora.

[...]

DEFESA: Mas na hora do café da manhã, do almoço e da janta, todo mundo se juntava ali na cantina, é isso?

SÉRGIO: Todo mundo se juntava aham, na cantina. Todos da serraria...

[...]

SÉRGIO: Tem o café da manhã sete e meia, o almoço onze e meia e quando for seis e meia pra sete horas a janta. Então todos nesse horário a gente se encontra, todo mundo, é geral.

DEFESA: Todo mundo (...). É geral (...).

SÉRGIO: Porque passou das sete e meia, oito, aí fecha a cantina, aí não tem mais...

DEFESA: Encerrou.

SÉRGIO: É isso.

DEFESA: Tá. E o senhor disse que no dia da chacina o senhor viu o seu Doca no café da manhã, tomou café da manhã com ele, o senhor tem certeza que ele estava ali?

SÉRGIO: Com certeza. Tava assim.

DEFESA: No almoço também?

SÉRGIO: Sim.

DEFESA: E na janta também? ...

SÉRGIO: Isso.

DEFESA: Nesse dia que antecederam fatos.

SÉRGIO: Aham.

DEFESA: Quer dizer (...), no dia dos fatos?

SÉRGIO: (O depoente responde positivamente, fazendo gestos com a cabeça).

DEFESA: Porque os senhores ficaram sabendo da chacina só no dia seguinte?

SÉRGIO: Sim.

DEFESA: Só quero que fique bem claro isso. É isso que o senhor tá dizendo?

SÉRGIO: É. Isso. Desse jeito aí porque ele foi uma semana antes pra lá, mas é assim: ele foi, ficou conosco lá e no

dia seguinte assim, no dia ele tava conosco sim, que ele ficou das, acho que de terça-feira pra frente ‘co nós’...

DEFESA: *Uhum.*

SÉRGIO: *Um dia antes eu vi o Doca e depois também do dia do acontecido, que, isso aqui eu ‘tô’ repetindo falar aqui: o comentário do, do acontecido foi até eu que comentei pra ele.*

DEFESA: *Uhum.*

SÉRGIO: *Assim, na sede no dia seguinte.*

DEFESA: *Mas no dia anterior, com certeza ele tava...*

SÉRGIO: *Com certeza ele tava conosco.*

DEFESA: *Nesses três: café, almoço e janta ele tava lá...*

SÉRGIO: *Sim.*

DEFESA: *Inclusive jantou com o senhor...*

SÉRGIO: *Isso. Aham.*

DEFESA: *E tudo certinho. É isso?*

SÉRGIO: *Com certeza.*

Indagado sobre a possibilidade de Doca ter ido ao local da chacina e retornado entre os intervalos das refeições, respondeu:

“DEFESA: *Aí eu pergunto, se você puder informar: daria tempo de ele ir pra esse lugar onde houve o ocorrido, essa tragédia aí, de oito horas até meio dia, daria pra ir lá e voltar? Aqui?*

SÉRGIO: Não.

DEFESA: Daria tempo?

SÉRGIO: Dá não.

DEFESA: Pela distância que (...) ...

SÉRGIO: É muito longe e a estrada é ‘atolero’.

DEFESA: Não daria tempo né?

SÉRGIO: Não. Não dá tempo não.

DEFESA: A tarde (...), de repente o almoço, é viajando esse período que se teria, que a pessoa tem de uma meia hora pra almoçar, até a janta que é pra ser em volta das dezenove horas, daria tempo de ir e voltar também?

SÉRGIO: Dá não.

[...]

SÉRGIO: (...) cento e trinta (130), cento e quarenta (140) quilômetros, não dá não”.

Vasconcelos da Fonseca Pinto, uma das testemunha-chave do processo, além de ter excluído o Doca como integrante dos “encapuzados”, também encontrou com ele em Guatá na borracharia do Fabiano, na parte da tarde do dia da chacina:

DEFESA: O senhor, na semana ali, o senhor teve contato com o Doca? O senhor viu o Seu Pedro Ramos na semana da chacina naquela região do Guatá? É, ou melhor; o

senhor frequentava, o senhor, o senhor costumava ir na..., aqui na Guatá?

VASCONCELOS: Costumava.

DEFESA: O senhor costumava ir ali no...

VASCONCELOS: Eu costumava ir ali.

DEFESA: O senhor, nessa semana que aconteceu a chacina, o senhor viu o Seu Pedro por ali?

VASCONCELOS: É..., na quarta-feira, dia 19 é, eu tenho um trator e, (...), e meu pneu fu, do trator furou. Então eu vim consertar nessa quarta-feira. E nessa quarta-feira, média de umas quatro horas eu vi o Doca. Até tive conversando com ele.

DEFESA: Mas o senhor estava aonde? Lá na, na (...)?

VASCONCELOS: Na Vila Guatá.

DEFESA: Ah! Na Vila Guatá?

VASCONCELOS: Na Vila Guatá. Lá na borracharia do Fabiano.

DEFESA: Então, no dia da chacina...

VASCONCELOS: No dia, no dia, quarta-feira, 19. No dia que eles falam que aconteceu a chacina.

DEFESA: Que horário que o senhor viu o Doca?

VASCONCELOS: Era mais ou menos umas 16 horas.

DEFESA: Mais ou menos 16 horas?

VASCONCELOS: Isso.

DEFESA: O senhor está..., o senhor encontrou o Doca então no Guatá?

VASCONCELOS: *É. Mas até então, não sabia de nada.*

DEFESA: *Não. Até sim: ninguém sabia que tinha acontecido. O senhor tomou conhecimento uns dois ou três dias (...)?*

VASCONCELOS: *Foi. Foi.*

DEFESA: *Perfeito. Como o senhor tem cliente na região, o senhor sabe me dizer aproximadamente ali da, da Vila Guatá até lá no Taquaruçu, mais ou menos a distância disso?*

VASCONCELOS: *Média de uns cento e vinte quilômetros mais ou menos.*

DEFESA: *Cento e vinte?*

VASCONCELOS: *É. Por aí. Mais ou menos sabe? Não é muito...*

DEFESA: *Sim. Aproximado.*

VASCONCELOS: *Aproximado.*

DEFESA: *A época, assim no mês de abril, é na época das águas?*

VASCONCELOS: *Sim.*

DEFESA: *A estrada deve ser mais difícil, o acesso.*

VASCONCELOS: *Muito difícil.*

DEFESA: *O senhor tem noção mais ou menos; é claro que o senhor não vai saber exatamente; é, pra trafegar ali, do Guatá até na Taquaruçu, mais ou menos quantas horas de caminho?*

VASCONCELOS: *No mínimo oito horas, só pra chegar.*

DEFESA: *Umas oito horas (...)?”*

Quando perguntado à testemunha se tendo visto Doca na borracharia do Fabiano, por volta das 16h do dia da chacina, era possível ele estar na Gleba Taquaruçu às 17h 30, respondeu:

“DEFESA: *Considerando a distância do Guatá até onde aconteceu a chacina; o senhor conhece bem a região, e sempre circulava por ali, até por esses trabalhos que o senhor fazia; seria possível alguém que estivesse, a hora que o senhor viu o Doca no Guatá, por volta de quatro horas da tarde, dezesseis horas..., o Seu Osmar disse que viu as pessoas passando lá; supostamente poderiam ter cometido a chacina, então de dezessete a dezessete e trinta, naquele mesmo dia da, da quarta-feira; seria possível alguém que estivesse no Guatá, que nem o caso do Doca, ele iria lá no local da chacina e voltar ainda à tarde ou a tempo de chegar na serraria ali do, do, do Polaco ali no Guatá, pra janta?*

VASCONCELOS: **Impossível.**

DEFESA: *Por que que o senhor diz que é impossível?*

VASCONCELOS: *Impossível porque, nesse mês de abril é, nós temo nessa na, aqui nessa região de Mato Grosso e Rondônia, nós temo muita chuva e aí, a estrada fica toda bagunçada, toda alagada, ‘cê’ chega a ponte não tá no lugar, pinguela, geralmente não são ponte, são pinguelas, as pinguelas*

tá rodada, rodou não tem como passar; então é impossível, não tem como. Não tem.

DEFESA: Até pelo tempo que levaria pra ir e voltar seria impossível?

VASCONCELOS: Não, não. No mínimo a pessoa pra chegar nesse local ele gastaria em média de, de sete e oito horas.

DEFESA: Só pra ir e, pra voltar?

VASCONCELOS: Não, pra voltar num...

DEFESA: Então como o senhor viu ali...

VASCONCELOS: Mesmo assim. Pra ir e voltar não dava tempo.

DEFESA: A partir do momento que o senhor viu ele naquela tarde ali, o senhor teve certeza, na sua concepção pessoal, de que não..., quando o senhor soube que ele foi acusado, que, que ele não podia ter estado lá...

VASCONCELOS: Sim. Sim quando eu...

DEFESA: Nesse (...)?

VASCONCELOS: Quando eu soube que ele..., eu falei: não tem cabimento. Não faz sentido, não faz..., não tem lógica.

DEFESA: E o senhor tem certeza...

VASCONCELOS: Eu...

DEFESA: Que era o Doca que o senhor viu ali, o senhor falou que até conversou com ele?

VASCONCELOS: Sim.

DEFESA: Ali em frente à borracharia?

VASCONCELOS: Em frente à borracharia.

DEFESA: Então o senhor não tem dúvida que o senhor falou com o Doca ali?

VASCONCELOS: Não doutor. Eu, eu não, eu não tenho dúvida e tem uma: se fosse só eu que tivesse visto ele nesse dia e nesse horário...

DEFESA: Hum.

VASCONCELOS: Eu ia pensar, por exemplo assim: porque eu tenho muitos problemas na vida, financeira né, então...

DEFESA: Hum.

VASCONCELOS: É, eu poderia pensar assim: é, eu tô equivocado, talvez eu vi num dia, na terça e tô pensando que vi na quarta, ou então eu vi na quinta, tô pensando que..., entendeu?...

DEFESA: Uhum.

VASCONCELOS: Mas não. Eu vi ele nesse dia, conversei com ele e outras pessoas também viram ele e confirmou junto comigo. Então! Se fosse só eu que tivesse visto ele, eu ia falar: não. Eu estou equivocado...

DEFESA: Uhum.

VASCONCELOS: Entendeu? E...

DEFESA: Ficaria pelo menos na dúvida?

VASCONCELOS: (...) na dúvida.

DEFESA: *E nesse caso o senhor não tem dúvida nenhuma?*

VASCONCELOS: *E foi bem no dia que também consertei o pneu. E eu sei que eu consertei nesse dia. Eu tenho certeza absoluta realmente que eu vi o Doca na quarta-feira, dia 19 lá no Guatá, na (...)...*

DEFESA: *Na parte da tarde, é isso?*

VASCONCELOS: *Isso. Na parte da...*

DEFESA: *Por volta de dezesseis horas?*

VASCONCELOS: *Isso ”.*

Clodoaldo Siqueira Barbosa também asseverou, em juízo, ter visto Doca em Guatá na tarde em que ocorreu a chacina, arrefecendo, com isso, a acusação que pesa contra este:

“DEFESA: *Da, da morte, das mortes. A chacina aconteceu num dia, o senhor ficou sabendo no outro dia?*

CLODOALDO: *Fiquei ‘sabeno’ um dia após.*

DEFESA: *Tá. E aí o senhor, lembra que o senhor viu o Doca à tarde na serraria...*

CLODOALDO: *Não. Eu vi o Doca à tarde de quatro.*

DEFESA: *Ah, na serraria não.*

CLODOALDO: *De quatro e meia pra cinco hora, de frente o supermercado...*

DEFESA: *Ah, não na serraria, no mercado...*

CLODOALDO: De uma mulher que é dono da rodoviária.

DEFESA: Lá em, no Guatá?

CLODOALDO: No Guatá.

DEFESA: Do Guatá até a serraria tem uma certa distância? Essa serraria do, do Marceneiro?

CLODOALDO: Do Guatá até a serraria do Marceneiro tem a faixa do, de uns doze quilômetro por aí. E lá do Guatá, lá onde aconteceu a chacina, tem quase cento e trinta quilômetros.

DEFESA: Ah. Entendi. Então, ah tá. O senhor não viu ele na serraria, o Doca?...

CLODOALDO: Não. Eu...

DEFESA: Que eu não entendi direito o que o senhor falou aí.

CLODOALDO: Eu vi ele lá no Guatá.

DEFESA: O senhor viu o Doca no Guatá no dia, no dia que aconteceu a chacina, entre quatro e meia e cinco horas?

CLODOALDO: Sim.

DEFESA: Na frente do mercado?

CLODOALDO: Na frente do mercado.

DEFESA: Tá. Então tá bom. Até condiz com o que, com que uma outra testemunha falou aí. O Osmar fala, o seu Osmar Antunes diz que o fato teria acontecido no final da tarde, de uma quarta-feira, dia 19 de abril, por volta de dezessete (17) e dezessete e trinta (17h30). Desse horário que o senhor viu o

Doca no Guatá, considerando o horário que o Osmar fala que os fatos se deram lá, na Linha 15, seria humanamente possível o Doca estar ali, ter ido lá e ter voltado?

CLODOALDO: *Só se fosse numa aeronave. Porque de carro não tem possibilidade disso acontecer.*

DEFESA: *Por causa da distância?*

CLODOALDO: *Por causa da distância.*

DEFESA: *E as estradas ali eram muito ruins?*

CLODOALDO: *E as estrada muito ruim. Ali, dali lá vai gastar umas quatro horas, se ele saísse de lá, daquele horário que eu vi ele ali, quatro e meia pra cinco hora, ele ia chegar lá, lá ‘pas’ nove hora da noite, sete e meia, nove hora da noite chegar lá...*

DEFESA: *Só voltar no outro dia de manhã (...)?*

CLODOALDO: *E voltar no outro dia de manhã.*

DEFESA: *Então, tecnicamente impossível de (...)?*

CLODOALDO: *Não. Impossível”.*

Outra testemunha, Francis Garcia da Silva, sócio de Polaco, confirma que Doca foi de Machadinho do Oeste para Guatá na segunda-feira da semana do crime. Disse que foi com ele e o Farofa, na terça-feira pela manhã, no manejo da Gleba Taquaruçu fixar umas placas, retornando para a serraria no fim do dia. Afirmou também que Doca estava nas dependências da empresa na quarta-feira pela manhã, umas 9 às 9h30min, que foi quando a testemunha retornou para Machadinho. Informou ainda que outros funcionários lhe disseram que no dia da chacina

Doca *“ficou na madeireira, almoçou na madeireira. Na parte da tarde ele esteve na Vila e à noite ele retornou para a madeireira, à tardezinha, estava de volta na madeireira, pousou na madeireira, no outro dia ele estava lá de novo, que os funcionários comprovam que ele estava lá”*.

Juraci Boa Sorte Pereira, que presta serviços de extração de madeiras para o Polaco, endossa a caudal afirmação de ter visto Doca e o Francis no dia da chacina, quando lá esteve antes de seguir para a Gleba Taquaruçu, onde iria conhecer o manejo em que trabalharia. Disse ainda que um dia depois da chacina se encontrou com Doca em Guatá, por volta das 13 horas.

Todos esses testemunhos constituem contraprova que aniquila a tese acusatória de que Doca estava no palco dos horrendos acontecimentos. Contra os fracos indícios de ser ele a pessoa que caminhava descalço e com dificuldades, percebido por Osmar Antunes, se postam as robustas declarações de nada menos do que **nove** testemunhas, que confirmam o álibi da defesa.

Outro fato importante se soma ao álibi comprovado do acusado Doca.

A LEISHMANIOSE

Já se viu em profusão que a incriminação do Doca decorre da afirmação de Osmar tê-lo visto em meio às pessoas que ele julgou serem os “encapuzados”, como sendo a que caminhava com dificuldades e sem calçados, que, por isso, era o último homem do préstito. Fundando-se nas informações de Joia de que Doca estava com leishmaniose em um dedo dos pés, e por isso *“não conseguia usar*

calçados fechados”, nasceu a teoria de que o homem avistado por Osmar era mesmo o Doca.

Não se nega o fato de que Doca teve leishmaniose em um dos pés; todavia, ao tempo da chacina, **já estava completamente curado dela**.

As provas mostram que Doca, durante o período que chamam de “piracema”, quando não se extrai madeira – que ocorre na época das águas –, foi para Machadinho do Oeste/RO, onde foi atendido pela Dra. Edna Simões Turcato, no Centro de Saúde Diferenciado que ela clinicava, a qual constatou, após exame laboratorial, ser ele portador de Leishmaniose Tegumentar Americana, CID – 10 B55.1, cujo atendimento se deu em 22-3-2017.

No dia seguinte, iniciou-se o tratamento por meio de antibióticos em comprimidos [Doxicilina] e 20 [vinte] injeções de Glucantime, em sistema endovenoso, que foram aplicadas em dias consecutivos. Terminado o tratamento, Doca se apresentou à referida profissional em 17-4-2017, na parte da manhã, e dela recebeu alta, pois a ferida, proveniente da leishmaniose, **já estava completamente curada**. O laudo expedido por ela, bem como seu testemunho em juízo, comprova esse fato.

No mesmo dia, no período da tarde, foi para Guatá junto com seu empregador Francis, conforme relato deste no depoimento que prestou. No dia seguinte [18-4-2017], juntamente com Farofa, foram até o manejo fixar algumas placas. Nessa ocasião, Francis disse que Doca *“já estava bom, já estava usando calçado, tudo (...) quando ele foi para lá comigo já estava sarado o pé dele, inclusive a gente foi no manejo, ele foi calçado de bota”*.

Fabiano Bolatroni de Miranda, o borracheiro de Guatá que viu Doca no dia da chacina, recorda-se que ele chegou como uma **pessoa normal, que não mancava e nem reclamava de dor.**

Ranigleice Oliveira da Silva, a cozinheira da serraria, disse que *“ele já estava bem sarado do pé dele, a leishmaniose dele já estava bem boa no pé mesmo, não estava mancando mais, ele estava usando calçado”*.

Jurandir dos Santos Freire, conhecido por Farofa, relatou que, quando começou a trabalhar na empresa, em 8-2-2017, Doca estava com o pé doente, que, no entanto, havia feito tratamento em Machadinho do Oeste/RO, e quando voltou *“ele já estava bem sarado do pé dele, a leishmaniose já estava bem boa no pé mesmo, não estava mancando mais, estava usando calçado”*.

Sérgio Leone, companheiro de empresa, afirmou que *“cansou de ver Doca tomando injeção no Posto, em Machadinho”*, contudo, quando ele voltou para Guatá, já estava com o pé curado, tanto que ele chegou *“a tirar a botina do pé dele para me mostrar como estava [...] estava sarado o pé dele, só estava assim, a pele sensível, mas usando a botina normalmente”*.

Como se vê, Doca já estava completamente restabelecido da leishmaniose, a ponto de, no dia da chacina, já estar usando calçado fechado, circunstância esta que o distancia ainda mais da condição de ser um dos “encapuzados” vistos por Osmar.

Quando foi preso, em 1º-5-2017, e submetido a exame de corpo de delito, **nenhuma lesão foi constatada.**

Bem, se não era o Doca a pessoa que andava sem calçado e com dificuldades próximo à cena do crime, quem pode ser o homem visto por Osmar?

As circunstâncias apontam fortemente no sentido de ser José Carlos, que Vasconcelos e Clodoaldo – pessoas que tiveram contato direto com os “encapuzados” –, afirmam que tinha um problema no pé, que o impossibilitava de usar calçados.

Clodoaldo, quando indagado quem estava presente quando foi convidado a participar da chacina, respondeu afirmando:

*“**MP**: E quando ele convidou o senhor, quem tava junto...*

***CLODOALDO**: Quando ele...*

***MP**: Com ele?*

***CLODOALDO**: Na época que ele convidou eu, que tava junto; tava ele, tava esse Zé Carlos da ferida no pé...*

***MP**: Uhum.*

***CLODOALDO**: Tava esse Zé Carlos que tem a ferida no pé que até tava andando de chinelo, não podia nem calçar sapato lá dentro que ele tava com uma ferida muito feia no pé, tava esse Negão, que só tem apelido de Negão lá dentro e tava o Sula, esses pessoa que tava.*

E mais a frente complementou:

DEFESA: O senhor mencionou que, um dos Encapuzados de nome Zé Carlos, o Zé Carlos, Zé Carlos...

CLODOALDO: Zé Carlos.

DEFESA: E mencionou no seu, no seu, na sua resposta que ele tinha uma ferida no pé, é, usava chinelo...

CLODOALDO: É.

DEFESA: O senhor sabe me dizer se, se ele não tinha como usar sapato e o chinelo, só o chinelo que ele podia usar?

CLODOALDO: Não. Naqueles dias ali era só, porque a ferida dele tava feia no pé dele e ele não podia usar calçado, era só chinelo”.

Vasconcelos também notou o problema de José Carlos e o confirmou em juízo:

DEFESA: Por um acaso, dessa turma aí dos encapuzados, tinha alguém que tinha algum problema na perna ou no pé? Que andava com dificuldade, ou arrastando (...)?

VASCONCELOS: Doutor, doutor, tinha um senhor que tava sempre lá, chamado Zé Carlos, que tinha sofrido um acidente de moto e tava mancando.

DEFESA: Esse, esse...

VASCONCELOS: Torceu o pé, né.

DEFESA: Ele usava, calçado normal, botina, sapato ou era só...

VASCONCELOS: Não, não. Ele, no momento que ele, que ele tava machucado, ele sempre tava de sandália.

DEFESA: Sempre tava de sandália?

VASCONCELOS: Sempre tava de sandália.

DEFESA: E (...)?

VASCONCELOS: Ele tava com o pé bem, bem machucado. Torceu o pé”.

Todas essas provas indicam uma **altíssima probabilidade** de não ter sido o Doca o último homem do cortejo que Osmar percebeu andar sem calçados e com dificuldades.

Acrescente a isso a observação de Farofa no sentido de que “*não tem condições de pessoa trabalhar no mato descalço ou de chinelo, principalmente na época das águas. Se você pisar em um poço de água com lama, o chinelo fica ali, ela não para no pé da gente*”.

A realidade é que não é possível mesmo uma pessoa usar chinelos no mato se não estiver acostumada ou de certa forma adaptada. E se há alguém que pudesse já estar adaptado ao uso de chinelo no mato, provavelmente essa pessoa seria José Carlos, até porque Vasconcelos, **em novembro de 2016** – portanto cinco meses antes dos crimes –, já havia percebido nele o problema, que pareceu-lhe permanente, decorrente de um acidente de moto, como afirmou.

Uma pessoa sem adaptação, como era o caso do Doca, que ficou tratando em Machadinho do Oeste/RO, não era possível percorrer os 8 ou 9 quilômetros de distância entre a primeira morte e a última, como afirmaram o Delegado de Polícia, Edson Ricardo Pick, e a testemunha Darlan, que, segundo esta, seriam percorridos em 4 horas.

ASPECTOS DA PSICOLOGIA FORENSE DO TESTEMUNHO

As testemunhas que estiveram em juízo, notadamente as que receberam os relatos dos acontecimentos do próprio Osmar Antunes, afirmaram que este, quando avistou os “encapuzados”, estava em cima de um pé de Uxi, à espera de animais silvestres.

Darlam da Silva Oliveira, que teve contato direto com Osmar, logo depois da chacina, informou que ele estava caçando no anoitecer, sentado em um pé de Uxi, quando viu os “encapuzados” a uma distância de 8 a 10 metros, os quais “andavam depressa”. Os irmãos, Elianei Gomes da Rocha e Helovem Gomes da Rocha, contaram também que souberam por Osmar que ele estava caçando, e que estava “em cima de uma árvore”, em um pé de uxi.

Estas foram as condições em que Osmar fez o reconhecimento do Doca, que se deu, muito provavelmente, *a posteriori*, quando associou a informação do Joia com a pessoa que andava com dificuldades e sem calçado. De notar que Osmar não foi instado a dar nenhuma característica das pessoas observadas, como altura, cor da pele, compleição física, tipos de cabelo, trajes que usavam, etc. A identificação se deu pela particularidade do problema que a pessoa apresentava para caminhar, e não pela fisionomia dela.

Em estando Osmar em um pé de Uxi, provavelmente sob um girau, o ângulo de visão de quem passava pela estrada deveria ser em torno de 90°, o que, por si só, impedia o observador de um reconhecimento fidedigno, circunstância que foi agravada por outras três condições: estava escurecendo, andavam “depressa”, e pela distância entre ele e os “encapuzados”, estimada entre 8 a 10 metros, sem contar outros fatores, como o nível de estresse, cansaço, etc.

A psicologia jurídica elucida que são muitas as variáveis que podem afetar a qualidade de um testemunho, indo desde a percepção do acontecimento até a evocação dele. Muitos fatores podem prejudicar a fidelidade do relato com a realidade, como as condições de iluminação, o tempo de observação, concentração, o campo de visão da testemunha, a distância dela com o fato, o stress, a fadiga, a emoção, o efeito “foco na arma”, a capacidade de observação dela, da sua aptidão para recordar, etc.

Pelo que se conhece do caso, Osmar Antunes estava em cima de uma árvore, no cair da noite, a uma distância aproximada de 10 metros dos homens que passaram pela estrada, que andavam (ou corriam) rapidamente.

Ora, pelas condições de observação, é possível inferir que o reconhecimento do Doca não se verificou pela fisionomia dele, máxime diante da evidência de que nem mesmo o conhecia. As circunstâncias indicam que o reconhecimento se deu quando associou a informação do Joia com a sua observação de um dos homens estar com problemas em um dos pés, que o impossibilitava de usar calçado e caminhar normalmente.

Além de já estar escurecendo^{45 46}, a distância ⁴⁷ e a rapidez com que os homens passaram⁴⁸ certamente foram fatores que

45 As condições de iluminação são um elemento muito importante que tem que se ter em conta para entender a percepção possível de uma testemunha. Com a escuridão, nossa percepção visual perde agudeza para discriminar os contornos e as cores, de tal modo que tendemos a ver menos, mais confuso e em branco e preto. Nessas condições, a codificação de muitos detalhes relevantes do acontecimento (aparência física dos delinquentes, tipo de cor da roupa que trajavam, cor de veículos, etc.), fica seriamente diminuída. (Javier de La Fuente – La memoria de los testigos, Ed. UOC, Barcelona, 2015, p. 65)

46 Assim, pois, nos delitos cometidos em condições de baixa iluminação, nossa agudeza visual é menor e vemos em branco e preto, o que implica uma clara diminuição da capacidade de descrever o acontecimento e reconhecer a uma pessoa. Na maioria dos casos nos quais uma testemunha de um delito cometido na escuridão descreve a cor da roupa dos agressores, se trata de uma ilusão. (Antônio L. Manzanero, Memoria de testigos, *ob. cit.*, p. 25)

47 As experiências mostram que “de um a cinco metros, o observador geralmente acerta a distância; ao contrário, distâncias maiores geralmente são reproduzidas como menores, e as menores como maiores. Se uma pessoa diz, por

dificultaram o reconhecimento, sem falar, evidentemente, no estresse^{49 50} e no efeito “foco na arma”⁵¹. Afinal, desde logo, julgou que aqueles disparos de arma de fogo foram feitos pelos “encapuzados”.

A psicologia revela que, em tais situações, é muito comum a vítima, quando não as testemunhas, centrar seu foco de visão na arma, e não na pessoa que a carrega. Por isso Osmar não teve dúvidas em reconhecer os calibres das armas que estavam usando. Isso pode ter atrapalhado o reconhecimento, para o qual teve brevíssimos momentos, visto que os homens **estavam com pressa**.

E é normal a testemunha, quando não a vítima, prestar atenção em que mais lhe chama atenção, deixando em segundo plano outros detalhes, como a identificação do(s) criminoso(s).⁵²

O tempo de exposição⁵³ é outro fator importantíssimo. Se a testemunha teve apenas alguns segundos de observação⁵⁴, por certo

exemplo, que pode identificar o autor porque ele viu o acontecimento a uma distância de uns vinte metros, a tendência é que essa distância seja superior”. (Javier Sánchez-Vera Gomes-Trelles, ob cit., p. 64)

48 “Em geral, estes eventos, que acontecem de forma rápida, geralmente são percebidos entrecortados, porém mais tarde, uma vez que tudo aconteceu e já de maneira inconsciente, todas as subpartes são ordenadas de modo tal que venham a constituir um todo com sentido, e é aí que podem surgir distorções graves”. (Javier Sánchez. ob. cit., p. 65)

49 “Os estudos sugerem que, em situações de medo, excitação ou stress extremos (...) o funcionamento da memória é menos preciso e detalhado”. (Elizabeth Loftus e Katherine Kecham, Juicio a la memoria, testigos presenciales y falsos culpables. Ed. Alba, 2010, p. 137)

50 Em situação de muito estresse há o risco de até se interromper o processo de codificação, impedindo a reiteração e levando a um processo de esquecimento. Nesse sentido, José Ibañez Peinado, Psicologia e investigación criminal: el testimonio, Ed. Dykinson, S e L, 2009, p. 100.

51 “Pesquisas demonstram que, quando há ameaças por uma arma, as pessoas tendem a possuir uma lembrança muito precisa do artefato, mas vaga e muito pouco precisa acerca dos outros elementos do episódio, máxime do rosto da pessoa que apontava a arma. Disso resulta que o testemunho relativo à arma reveste-se de elevada confiabilidade, enquanto o depoimento global sobre o acontecido merece escasso crédito” (Márcia de Moura Irigonhê, Reconhecimento pessoal e falsas memórias, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 56). No mesmo sentido Javier de La Fuente (ob. cit., p. 109); Giuliana Mazzoni (Se puede creer a un testigo?, Ed. Trotta, 2010, p. 35-36); e Javier Sanches-Vera Gomes-Trelles (ob. cit., p. 65), entre outros.

52 “A experiência nos ensina que quando a atenção se focaliza sobre uma zona do campo visual ou auditivo, se codifica muito bem o que acontece no interior dessa zona, enquanto, o que acontece ao redor, se percebe de modo pouco claro, ou talvez ele se perca, tanto se trate de estímulos visuais como auditivos. É o que acontece, por exemplo, quando alguém se concentra no estudo. Pode ser que a concentração seja tal que não existe nada ao redor: não se ouve a música, nem os ruídos, nem se notam as luzes. Isto acontece porque toda a capacidade de atenção está concentrada em um só ponto e não fica capacidade suficiente residual da atenção para considerar o resto das coisas”. (Giuliana Mazzoni, ob. cit., p. 34)

que a qualidade do reconhecimento não foi mesmo das melhores, que decaí tanto mais quanto for o número de pessoas observadas⁵⁵.

Assim, na ótica da psicologia, importa analisar quanto pode ser confiável o relato de Osmar, que reconheceu o Doca entre as pessoas que julgou serem os “encapuzados”.

A referida ciência nos patenteia, há mais de um século, que as lembranças de acontecimentos depende de uma série de fatores, que vão da percepção⁵⁶ deles, da forma de armazenamento, da codificação e da evocação, todos em constante processo de modificação.

A recordação nunca é cópia fiel daquilo que foi observado. Como lembra Antônio L. Manzanero, “a memória humana é um sistema dinâmico e, portanto, em contínua transformação. Tanto que qualquer semelhança de algumas de nossas memórias com a realidade é pura coincidência”⁵⁷.

Não sendo ela estática, mas essencialmente dinâmica⁵⁸, a verdade que a Justiça busca conhecer por meio da prova oral pode estar em constante mutação, pois, como observam Elizabeth Loftus e Katherine Hetehan, “a verdade e a realidade não são fatos objetivos, mas realidades

53 “*Quanto mais tempo estamos expostos a um acontecimento, melhor o recordaremos*”. (Helena Soleto Muñoz, Ed. Tirant Lo Blanc, 2009, p. 62)

54 “*Quanto menos tempo se tem para perceber e assimilar a informação, menor será a capacidade das testemunhas para descrever o evento de maneira completa e precisa*”. (Antônio L. Manzanero, *ob. cit.*, p.31)

55 O número de personagens no acontecimento também provoca um déficit no reconhecimento. Diz José Ibanez, que “*quanto mais aumenta o número de indivíduos que participam de um fato, mais diminui a precisão em suas descrições devido a uma sobrecarga perceptual*” (*ob. cit.*, p. 121). Javier de La Fuente, igualmente, enfatiza que “*diferentes investigações demonstraram que quanto maior é o número de pessoas a identificar, menor é a probabilidade de identificações corretas*” (*ob. cit.*, p. 209).

56 Uma boa percepção dependeria de muitos fatores, todos a ter em conta cuidadosamente: a luz que havia no momento do fato (diurna, início ou final do crepúsculo, noturna), a rapidez com que se produziu, o número de participantes, as distâncias entre eles, as condições atmosféricas, o estado físico e psíquico da testemunha, etc., igualmente, de outros aspectos subjetivos, como a capacidade de observação do sujeito, sua aptidão para recordar e ordenar dados, suas habilidades para concentração e autocrítica da própria destreza para recordar, etc. (Javier Sánchez, *ob. cit.*, p. 47)

57 Memória de testigos, Ed. Pirâmide, 2010, Madri, p. 65.

58 Cristina de Gesu, Prova penal e falsas memórias, Ed. Livraria do Advogado, 2. Ed., 2014, p. 112.

subjetivas e interpretativas. Interpretamos o passado, nós corrigimos, acrescentamos detalhes, eliminamos expressões discordantes ou inquietantes, varremos, limpamos o pó e ordenamos as coisas. Desse modo, a representação do passado cobra uma realidade viva e cambiante; não é fixa e imutável, nem preservado em pedra, mas é uma coisa que se transforma, se expande, se encolhe e expande novamente como uma ameba: é capaz de nos fazer rir, chorar e apertar os punhos e possui um poder tremendo que pode chegar a nos convencer de coisas que jamais existiram⁵⁹.

Diversamente do que popularmente se pensa, nossa memória não é ativada como se fosse um arquivo de computador, em que, uma vez acessada a informação, esta se apresenta tal como foi armazenada.

A transformação já ocorre na fase da percepção, pois o observador sempre tem que **interpretar**⁶⁰ o acontecimento antes de armazená-lo⁶¹. Na interpretação já se dá a desconformidade com a realidade⁶². E o armazenamento se faz de forma fragmentada, disperso entre os neurônios que se ligam em rede pela sinapse⁶³. No momento de evocação da lembrança, os fragmentos se unem e se reorganizam como um todo coerente⁶⁴.

59 *Ob. cit.*, p. 49.

60 Na interpretação já entram os vieses e a heurística do próprio intérprete. Ninguém vê as coisas ou os fatos da mesma maneira. Cada um dá a sua significação a eles.

61 *“O cérebro processa estímulos visuais, dando-lhes significados e interpretando-os”*. (Robert J. Sternberg e Karin Stenberg, Psicologia cognitiva, Ed. Ceugage Learning Edições Ltda., 7. ed., p. 70)

62 *“Dar uma interpretação àquilo que se presencia é um mecanismo que se ativa automaticamente, mesmo se não estivermos conscientes do que está acontecendo e sem que exista tampouco consciência alguma ao fato que, de uma maneira ou de outra, estamos interpretando. A interpretação dos eventos desempenha um papel primordial na modificação do conteúdo incorporado na memória. Em consequência, até o conteúdo da recordação e seu relato posterior, no momento que se queira recuperar a memória, serão modificados em relação ao evento original”* (Giuliana Mazzoni, *Se puede creer a un testigo?* Ed. Trotta, 2010, p. 44)

63 As memórias são feitas por células nervosas (neurônios), armazenam-se em rede de memórias e são evocadas pelas mesmas redes nervosas ou por outras. (Ivan Izquierdo, *Memória*, Ed. Artmed, 2. ed., 2018, p. 4)

64 Uma memória só se forma quando é solicitada. Em seu estado inativo, não é detectável. Portanto, não é possível separar o ato de recuperação e a própria memória. Assim, fragmentos de uma única lembrança estão armazenados

A memória, dizem os especialistas, é um processo sempre reconstrutivo, e não recuperativo⁶⁵. Não raras vezes, informações novas, provenientes de fontes externas, como uma simples conversa, uma notícia de jornal, etc., interfere nas recordações, modificando ou acrescentando algo novo ao acontecimento, especialmente quando há lacunas a serem preenchidas, seja pela não percepção de detalhe, ou porque a informação foi deletada ou agastada pela ação do tempo⁶⁶.

Por conta disso, a evocação de uma lembrança não é nunca reprodução original do fato acontecido. Como já dito acima, o observador, já em sua percepção, passa a interpretá-lo segundo seus próprios conhecimentos, sua maneira de ser, de agir e pensar.

O próprio modo de a pessoa ver o mundo, do conhecimento que tem sobre certas coisas ou acontecimentos, dá a ela um significado interpretativo singular na codificação da situação observada.

Depois, recebe estímulos exteriores que acabam por modificar aquilo que viu ou ouviu, surgindo nova versão, nem sempre coincidente com a realidade.

A memorização de um fato requer certo período de tempo. Enquanto não consolidada⁶⁷, mais suscetível fica o observador a influências externas, principalmente dos aspectos periféricos do fato observado, quase sempre não captados em razão de a atenção estar toda

em diferentes redes de neurônios espalhados por todo o cérebro. Todos os fragmentos são reunidos a partir do momento em que evocamos essa lembrança. (Gustavo Noronha de Ávila, Ed. Lumen Juris, 2013, p. 84)

65 *“Hoje os resultados de numerosos trabalhos sobre a recuperação indicam, de modo bastante unânime, que o ato de recuperar recordações da memória não é um ato do tipo passivo em que reativa uma imagem, uma clara fotografia de um acontecimento, mas é um ato em que diversas informações são reativadas, corrigidas e reorganizadas para que elas criem um evento mental que poderia ser chamado de lembranças”*. (Giuliana Mazzoni, *ob. cit.*, p. 58-59)

66 Há o que se chama de interferência retroativa, que *“ocorre quando o conhecimento adquirido recentemente impede a recordação de conhecimentos antigos”*. (Robert J. Sternberg e Karin Sternberg, *ob. cit.*, p. 210)

67 *“Uma previsão central da teoria da consolidação é que memórias recentemente formadas, ainda em consolidação, são especialmente vulneráveis à interferência e ao esquecimento”*. (Michael W. Eysenck Mark T. Keane, *Falsas memórias*, Ed. Artmed, 7. Ed., 2017, p. 255)

voltada para o fato central⁶⁸. E como a recordação reclama um processo de construção, as peças vão se montando como um quebra-cabeça⁶⁹ para que, ao fim e ao cabo, se tenha uma coerência lógica no relato⁷⁰.

No calor ainda dos acontecimentos, é mais fácil o observador recusar informações que contrariem as que recebeu em seu processo de percepção; porém, fica suscetível a todas aquelas que sejam coerentes e congruentes com o acontecimento, como se passou na situação dos autos, em que a provável informação do Joia de que Doca estava com problemas no pé, em razão da leishmaniose, compatibilizou-se com a observação de Osmar de que um dos homens tinha dificuldades para caminhar.

Osmar pode ter observado apenas que um dos homens, por caminhar com dificuldade – e até por isso ser o último da fila indiana –, haveria de estar com um problema nos pés. E quando Joia lhe disse que o Doca estava com leishmaniose, as dúvidas sobre a identidade podem ter se dissipado⁷¹.

68 “Diversas pesquisas sobre funcionamento da memória têm mostrado que, ao vivenciar uma situação, as pessoas focam apenas alguns aspectos do evento. Logo, não armazenam na memória todas as partes (informações) dessa situação. Assim, ao tentar recordar as informações sobre o fato que realmente estão registradas, é impossível lembrar de todos os detalhes que ocorreram. Consequentemente, o indivíduo pode acrescentar novas informações às lembranças, ou seja, falsas memórias (FM)”. (Leandro da Fonte Feix e Giovanni Kuckarta Pergher, *Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias*, in *Falsas memórias*, ob. cit., p. 209)

69 Como apenas recordamos fatos que tenham “uma certa lógica interna – de tal modo que situações caóticas não podem ser lembradas com correção – o próprio observador “completa” o que percebeu até dar-lhe uma construção lógica que o ajude a retê-lo. E particularmente isso pode ocorrer quando, no interrogatório, uma determinada pergunta faz surgir ao suspeito a existência de uma lacuna que tentará preencher aventurando uma resposta aleatória ou baseada em sua dedução lógica, não no que percebeu”. (Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, ob. cit., p. 61)

70 Quando recordamos, mergulhamos em uma região misteriosa do cérebro a partir da qual extraímos fragmentos do passado, peças irregulares de um quebra-cabeça que compomos e encaixamos, adaptando e readaptando até que formem um conjunto com sentido. O produto final, a memória que parece tão clara e nítida em nossa mente, contém parte da realidade e parte da ficção. É uma reconstrução distorcida e retorcida da realidade. (Elizabeth Loftus e Katherine Ketcham, ob. cit., p. 111)

71 Criar memórias falsas é relativamente fácil, mesmo em pessoas sem problemas psicológicos específicos. Tais memórias podem ser incutidas por meio de estímulos comuns e desprovidos de emocionalidade. (Robert J. Sternberg e Kari Sternberg, ob. cit., p. 223)

A introdução dessa mensagem enviou o que a psicologia chama de falsas memórias. Nessas situações, a testemunha acredita, piamente, naquilo que narra. Elizabeth Loftus e Katherine Ketcham lembram que “a testemunha que aponta com o dedo um acusado inocente não é um mentiroso: crê de verdade naquilo que declara”⁷².

Assim, pouca importância tem a **sinceridade** que a testemunha apresenta, que, muitas vezes, é confundida como prova de que ela disse a verdade⁷³.

A falsa memória não se confunde com a mentira. A primeira acomete a testemunha honesta; já a segunda, é peculiar ao caráter desonesto da pessoa que presta depoimentos.

Como a memória é um processo reconstrutivo, em constante movimento, é possível que a testemunha honesta seja traída por informações falsas que venham agregar as recordações da experiência vivida. Esse fenômeno é ignorado pela imensa maioria dos operadores do direito, que cobram, até sob ameaças de processo-crime, a fidelidade do testemunho prestado em juízo com o realizado perante a autoridade policial, sabe-se lá tomado em que condições.

Esfalso-me em dizer que as circunstâncias indicam mesmo que a afirmação⁷⁴ de Osmar ter visto o Doca nas proximidades dos locais da chacina pode ter nascido da informação sugestiva de Joia, que lhe

72 Juicio a la Memoria, Testigos presenciales y falsos culpables, Ed. Albar, 2010, p. 39.

73 “É errado acreditar que uma avaliação racional consistira apenas em avaliar a sinceridade ou não do suspeito, quando o correto é, além disso, analisar a memória, ou seja, a possibilidade de uma falsa recordação, mesmo que seja uma testemunha honesta. Além disso, um desejo plausível de colaborar pode até ser contraproducente: o chamado para reconhecer buscará identificar o que quer que seja. E esse erro é muito mais difícil de detectar que a própria mentira, pois ao suspeito falta a consciência do seu equívoco, então tenderá a manter sua verdade, com toda a veemência de quem está convencido de estar colaborando nobre e eficazmente com a Administração da Justiça”. (Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Reconocimientos en rueda y reudas masivas de ADN, Ed. Trotta, 2019, p. 47)

74 “Falar já é sugerir; afirmar é sugerir mais, repetir a afirmação com ardor, é levar a seu máximo a ação sugestiva”. (Gustave Le Bon, ob. cit., p. 154)

contou que aquele estava com um problema no pé que o impossibilitava usar calçados.

Este é um fenômeno que ocorre com muito mais frequência do que se pensa.

E parece mesmo que Osmar Antunes é pessoa facilmente sugestionável, como deixou ver seu irmão, Jacir Antunes, quando inquirido em juízo. Indagado sobre a confiabilidade de seus relatos, informou essa testemunha que Osmar é do tipo que, **em informação de segundo**, incorpora aquilo que lhe dizem, como destaquei na transcrição de trecho do seu depoimento.

Por experiências de Elizabeth Loftus, sabe-se que as perguntas sugestivas – que é apenas uma das formas de a testemunha incorporar em seu relato informações falsas –, levam pelo menos 25% das pessoas perguntadas a aceitar a sugestão, atribuindo a ela a mesma confiança que mostram em suas respostas verdadeiras, não contaminadas⁷⁵.

A aludida neurocientista americana comprovou que a simples mudança de um verbo ou de um artigo, de indefinido para o definido, é suficiente para infundir informações falsas na testemunha⁷⁶.

Um experimento bastante mencionado é o da colisão entre dois veículos, em que a Elisabeth Loftus apresentou *slides* aos participantes mostrando que o acidente aconteceu porque um dos motoristas desrespeitou a placa de “parada obrigatória”. Após a apresentação, a pretexto de perguntar qual a cor de um dos veículos,

75 Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Ed. Trotta, 2016, Madri, p. 34.

76 *Ob. cit.*, p. 74, Javier de La Fuente (*ob. cit.*, p. 79); Giuliana Mazzoni, *Se puede creer a un testigo* (p. 75).

introduziu a sugestão de uma placa de “preferência”, que, mais tarde, foi aceita como verdade pelos participantes⁷⁷.

Desse modo, as informações enganosas podem ser introduzidas ativa ou passivamente, através de uma pergunta, de uma notícia e até de uma conversa amena entre amigos ou de uma conversa familiar.

Margarita Diges observa que um erro passivo se produz pelo debilitamento da memória, quando sujeita ao esquecimento, e pela confusão gradual das imagens, e consiste em equívocos sobre os próprios acontecimentos e suas circunstâncias, que os desconfigura total ou parcialmente. Quando a deformação é ativa, o sujeito que recorda acrescenta ou inventa algo, e quando estamos reconstruindo o acontecimento, preenchemos lacunas, supomos como poderia ser produzido, mas o fazemos com base em nosso conhecimento atual, com a imaginação atual⁷⁸

Manzanero também alerta que não é necessário que se publiquem as informações sobre os acontecimentos para que a memória seja alterada, pois qualquer informação que chegue à testemunha depois do acontecimento terá o mesmo efeito, seja qual for a fonte⁷⁹.

Qualquer estímulo, mesmo aqueles provenientes de uma simples conversa coloquial, pode ser bastante para provocar alterações na memória⁸⁰.

77 Giuliana Mazzoni, *Se puede creer a un testigo* (p. 74); Priscila Goergen Brust et al., in *Falsas memórias*, Ed. Armed, 2010, p. 45).

78 *Ob. cit.*, p. 109.

79 *Memoria de testigos*, p. 69.

80 Ler uma descrição do evento a que assistiu, provoca modificações na memória, se essa descrição contém uma informação não veraz; uma discussão relativa ao acontecido em um outro evento, leva a uma modificação da memória se a discussão contém elementos não verdadeiros, e assim sucessivamente. (Giuliana Mazzoni, *Se puede creer a un testigo?*, p. 75)

Márcia de Moura Irigonzê, em lição sobre ao tema, lembra que não somente as informações explicitamente sugeridas, mas também as mais sutis e não intencionadas formas de comunicação, verbal ou não verbal, por parte de terceiros, afeta a memória das testemunhas⁸¹.

As falsas memórias representam a aceitação de informações inverídicas passadas ao observador de um fato que as incorpora como parte da realidade vivida. Elas podem ocorrer de forma accidental ou deliberada. Uma pergunta sugestiva é o quanto basta para provocar alterações na memória.

O processo de aceitação da informação falsa encontra ambiente receptivo tanto mais quanto for o nível de confiança da testemunha para com o terceiro, com a autoridade deste, o menor grau intelectual daquele, além, claro, da compatibilidade e plausibilidade das informações passadas com o acontecimento relatado. Em tais condições, o processo inconsciente de aceitação ocorre naturalmente.

Discute-se se as informações falsas sobrepõem as verdadeiras ou se elas acabam coexistindo.

Para Manzanero, a nova informação reconstruirá ou alterará a memória original, dando origem a uma memória mesclada entre a informação original e a informação enganosa⁸². Por sua vez, Giuliana Mazzoni afirma que diversos estudos mostraram que ambas as situações são possíveis e que, algumas vezes, a informação original foi completamente cancelada por outra falsa, enquanto que, em outras, as duas informações coexistiram⁸³.

81 Reconhecimento pessoal e falsas memorias, repensando a prova penal, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 80.

82 Memoria de testigos, p. 70.

83 Se puede creer a un testigo?, p. 77.

De qualquer forma, a introdução de uma informação falsa, como provavelmente ocorreu no caso em exame, altera todo o conteúdo relevante da informação em relação aos recorrentes, que se viram incriminados por uma falsa percepção de Osmar Antunes, que, fiando-se nas informações de Joia, criou a imagem mental de o Doca ser a pessoa que viu caminhando com dificuldades, e descalço, nas imediações da chacina.

Osmar, na reconstrução da memória, certamente adicionou a informação que obteve de Joia. Sendo pobre sua informação – dificultada que foi pela baixa iluminação, pela distância, pelo pouco tempo de duração do acontecimento –, não houve dificuldade alguma de incorporá-la e relatá-la à autoridade policial, no desejo de contribuir com as investigações, como normalmente ocorre.⁸⁴

Situação similar à examinada neste recurso é trazida por Manzanero sobre o caso do assassinato de um gravador de joias em março de 1984. O assassino fugiu com o carro da vítima e o abandonou mais tarde com as chaves. Ele foi descrito pela vítima como um jovem com o rosto marcado por varíola. Mais tarde, um mendigo disse ter visto nas imediações do crime uma pessoa com o rosto marcado de varíola, que foi reconhecido como Mariano, morador de Vallecas, após apresentar-lhe uma fotografia. Depois, outras sete testemunhas, entre elas os familiares da vítima, também o reconheceram pela mesma fotografia. Submetido a processo de reconhecimento, ninguém teve dúvidas quanto a ser ele o autor do crime, embora Mariano tenha apresentado um álibi, comprovado por seus amigos, que disseram terem estado com ele em um cinema quando os fatos aconteceram. E mais: as impressões digitais encontradas no veículo

⁸⁴ É o que se chama de efeito *compliance*, que “pode ser descrito na psicologia do testemunho como a tendência a dizer o que o outro quer ouvir”(…). Uma pessoa que quer agradar diz o que crê que o outro quer ouvir, e capta os pequenos sinais que o outro lhe envia para fazê-lo entender o que espera de sua resposta” (Guiliana Mazzoni, *Se puede creer a un testigo?*, p. 76). É um fenômeno que ocorre amiúde, especialmente perante a autoridade policial, que quer desvendar o crime oculto. A autoridade do cargo e a confiabilidade nela muito contribuem para o efeito *compliance*.

não coincidiam com as de Mariano. Mesmo assim, foi-lhe imputado o crime e recolhido à prisão. Incomodado com a situação, o juiz da instrução solicitou à polícia que continuasse as investigações. Uma impressão digital do polegar esquerdo encontrada na carteira da vítima, que o assassino deixou vazia no carro com o qual fugiu da cena do crime, permitiu à polícia identificar o autor 84 dias depois, o qual tinha uma extensa ficha policial. O suspeito reconheceu os fatos e Mariano foi absolvido do crime que não cometeu, tendo sido acusado devido às errôneas identificações realizadas pelas testemunhas⁸⁵.

Insisto em dizer que, no caso destes autos, Doca foi reconhecido pelo problema que tinha no pé. Ainda pelo prisma da psicologia judiciária, merece consideração a informação de Marduqueu, que afirmou ter reconhecido, no dia seguinte à chacina, Doca e Joia juntos em uma camionete azul que estava dentro do mato, com a frente virada para a estrada.

Segundo o referido informante, ele viu Doca uma única vez, e Sula apenas por fotografia, que lhe apresentou a autoridade policial após os crimes. Ora, como pode ele ter reconhecido ambos se não conhecia um deles e outro apenas o tinha visto de longe, quando uma vez o notou conversando com Joia⁸⁶?

Essa situação é conhecida na psicologia como “**transferência-inconsciente**”, que, segundo Elizabeth Loftus, é uma expressão que refere a uma recordação errônea ou quando confundimos

85 Memória de testigos, p. 110.

86 Os experimentos mostram que nas situações em que a vítima ou a testemunha conhece o autor do fato criminoso, a identificação é facilitada pela **familiaridade**. Manzanero afirma que não é “o mesmo identificar uma pessoa que vimos unicamente durante uns instantes (por exemplo, em um assalto que durou um escasso minuto), do que a de uma pessoa com quem estivemos durante certo tempo (por exemplo, para a vítima de um sequestro que durou meses). A familiaridade da pessoa que devemos identificar é um dos fatores que mais influem no rendimento dos sujeitos em prova de reconhecimento de pessoas, até o ponto de que alguns autores afirmam que rostos não familiares não se processam como um rosto” (Psicologia del testimonio, p. 156).

uma pessoa vista em uma situação com outra a quem vimos em situação diferente. O exemplo clássico é a do empregado ferroviário que foi assaltado e que, quando chamado a reconhecer o assaltante, o identificou como um marinheiro que, por sorte, tinha um álibi irrefutável. O que sucedeu foi que ele havia comprado bilhete ferroviário com a vítima em três ocasiões. Por isso, quando do reconhecimento, o marinheiro pareceu-lhe familiar, o que levou à confusão⁸⁷.

A literatura especializada cita também o caso de Donald Thomson, que trabalha com memórias de testemunhas e que foi reconhecido por fotografia e preso sob a acusação de ter praticado um assalto ocorrido na casa da vítima. Comprovou-se que, no dia e horário do assalto, ele estava se apresentando em um programa de televisão, e a vítima assistindo o programa. O que houve foi a transferência inconsciente da imagem de Donald Thomson para a vítima, quando fez o reconhecimento⁸⁸.

Outro caso bastante relatado é o do taxista que foi vítima de um roubo por dois assaltantes. Ferido e estando a se recuperar no hospital, o investigador do caso lhe mostrou duas fotografias de suspeitos, que, na ocasião, não reconheceu. Já recuperado e chamado a fazer o reconhecimento dos suspeitos, identificou os dois homens da fotografia. Quando lhe perguntaram quanto a seu grau de certeza, respondeu: “*eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos*”. Meses depois, os verdadeiros assaltantes foram presos em uma cidade vizinha e, quando interrogados, confessaram o crime⁸⁹.

87 Elizabeth Loftus e Katherine Ketcham, *ob. cit.*, p. 135.

88 Antônio L. Manzanero, *Memoria de testigos*.

89 Carmem Beatriz Neufeld *et al.*, in *Falsas memórias*, *ob. cit.*, p. 22; Cristina de Gesu (Prova penal e falsas memórias, *ob. cit.*, p. 156) e Márcia de Moura Iriagonhê (*ob. cit.*, p. 88).

Em todas essas situações o reconhecimento se deu pela familiaridade com o suspeito, que a vítima ou a testemunha estabeleceu fora da cena do crime.

O que há, em casos tais, é a sensação do *déjà vu*, no qual a vítima ou a testemunha, quando em contato com uma percepção nova, a transfere, inconscientemente, para a situação passada, a qual vivenciou.

Pelo risco de haver essa contaminação é que os especialistas recomendam não mostrar fotografias às vítimas ou testemunhas antes do reconhecimento pessoal; não fazer um segundo reconhecimento, pondo pessoas que já estiveram no primeiro, e até na orientação legal de separação da(s) testemunha(s) e/ou vítima(s) que fará(ão) o reconhecimento. (CPP, art. 228)

Por essa mesma razão, é inócuo o reconhecimento que, muitas vezes, se faz em audiências de instrução e julgamento, sem nenhum cuidado, quando se pede à vítima que reconheça o réu nela, quando já o fez na polícia. Nessa situação, ocorre o “efeito compromisso”, que condiciona e conduz a vítima a manter o reconhecimento já efetuado anteriormente. Que dizer então quando o reconhecimento é realizado estando o réu algemado? São práticas que devem ser expurgadas do cotidiano forense.

Fator importante também é a fonte de onde origina a informação enganosa. Se a testemunha confere créditos ou autoridade a quem se lhe as passa, se a informação transmitida não desperta suspeitas de ser falsa, ou se se estabelece ou já existe uma relação de confiança entre ela e o comunicador, a sugestionabilidade dificilmente encontra resistência.

Estudos realizados evidenciam que alguns grupos são mais influenciáveis a sugestões, como são as crianças, especialmente as de

baixa idade, os idosos, os indivíduos pessimistas, os depressivos, os estressados e os com menor QI⁹⁰.

Já salientei que a informação enganosa comporta mais aceitação quando ela não contradiz a informação original, quando seja com ela compatível e coerente, e haja lacunas a serem preenchidas.

No mais das vezes, não conseguindo a testemunha perceber o fato observado na sua integralidade – pela impossibilidade mesmo de se concentrar em vários pontos do acontecimento – a informação nova – e inverídica – é aceita e passa a integrar o acervo da memória dela, incorporando-a definitiva e irreversivelmente, algumas vezes.

A situação dos autos indica que Osmar, quando sua memória de longo prazo ainda estava em processo de consolidação⁹¹, obteve a informação do Joia de que Doca estava enfrentando um problema com leishmaniose, característica que o encaixava com a do último homem da procissão, que percebeu andar com dificuldades e sem calçados, fato que gerou aquilo que se conhece por **falso positivo**.

Já salientamos que a memória, sendo por natureza maleável, é muito mais suscetível à informação enganosa quando as informações originais se encontram em processo de consolidação; por isso são facilmente aceitas quanto mais fraco for o sinal ou representação da **percepção**; sendo esta momentânea e efêmera pelo contato visual fugaz, obtida em condições adversas de iluminação e distância, como foi o contato de Osmar, a sugestão enganosa do Joia, apesar de considerado um “língua sem pelos”, encontrou terra úbere nas informações daquele.

90 Gustavo Noronha (*ob. cit.*, p. 117-125)

91 Segundo os especialistas, o processo de consolidação da memória de longo prazo varia de algumas horas a três dias.

Nesse ambiente, a exposição a uma informação nova chega a ser catastrófica em termo de fidedignidade do relato da testemunha. Se uma simples pergunta sugestiva, mesmo desinteressada, é o bastante para retirar o selo de autenticidade das declarações, uma afirmação – como foi a do Joia em relação à Doca – tende a ser integrada, com muita facilidade, às impressões originais, e a fazer parte da memória da testemunha.

É comum mesmo que uma testemunha receba, após o evento, informações novas, de outras testemunhas, de noticiários jornalísticos, de especuladores, boateiros, etc., que acabam por comprometer a originalidade de seu relato, acrescentando situação não acontecida ou modificando a original.

Outro fenômeno da psicologia judiciária, verificado neste processo, foi o relato das testemunhas de defesa que confirmaram, com muita precisão, o álibi do Doca, o que incomodou o membro do Ministério Público que acompanhou os depoimentos.

De fato, não é comum nem normal a testemunha informar data de certo acontecimento, especialmente quando passado muito tempo dele. Mas no caso não foi à toa que as testemunhas, Fabiano Telatoni de Miranda, Leandro Machado, Ranigleice Oliveira Silva, Jurandir do Santos Leite (o Farofa), Sérgio Leone, entre outros, afirmaram, com convicção, que o Doca, no dia da chacina, estava em Guatá, distante dos locais dos crimes cerca de 120 km, de onde demoraria 4 a 5 horas, pelo menos, para chegar ao palco dos acontecimentos, em face das condições da estrada, piorada no período das chuvas.

A chacina foi um acontecimento inesperado e extraordinário a todos eles, especialmente porque uma pessoa conhecida,

do convívio deles, foi logo depois acusada e presa quando estava nas dependências da empresa onde trabalham.

E foi exatamente esse evento **extraordinário** que fixou a memória delas, a ponto de alguns terem externado, com ótimo desempenho, a acareação que foi levada a termo, entre Marduqueu dos Santos Mateus, Ranigleice Oliveira da Silva e Leandro Machado.

Sucedem que a psicologia enfatiza que eventos **extraordinários** resistem ao tempo e a influências⁹², fazendo com que as pessoas se lembrem deles de uma forma mais nítida do que as lembranças recolhidas no cotidiano.

A esse fenômeno se dá o nome de *Flashbulb Memories*, “que se produz em pessoa que experimenta um acontecimento traumático de interesse pessoal ou jornalístico, que geralmente provoca uma recordação vívida do próprio fato emocionalmente espantoso, ou também das circunstâncias sobre as quais o fato desfavorável foi presenciado ou conhecido, como lugar, o tempo, atividade que desenvolvia, roupa do sujeito, etc.”.⁹³

Por essa razão nos lembramos do dia do atentado das torres gêmeas de Nova Iorque (World Trade Center), da morte de Ayrton Senna, do nascimento de nosso primeiro filho, de nosso casamento, etc. São momentos que chamamos de “inesquecíveis”, tal o grau de emotividade e intensidade com que vivemos essas situações. O significado que se dá a esses eventos extraordinários, como foi a chacina do Taguarucu para as pessoas da região, os mantém sempre vivos e precisos nas lembranças, inclusive nos detalhes, para quem os experimentou.

92 Michael W. Eysenck, *ob. cit.*, p. 309.

93 Apud, José Ibañez Peinado, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Ed. Dykson, S.L., 2009, p. 114-115.

Brown e Kulik, que estudaram esse fenômeno psicológico, perceberam que, diante dele, as pessoas davam informações sobre ao menos seis categorias, que consideraram típicas: a) onde estavam; b) que estavam fazendo; c) quem lhe disse ou como soube; d) os sentimentos de outras pessoas; e) os sentimentos emocionais próprios e; f) as consequências ou sequelas (relevância pessoal).⁹⁴

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a testemunha Sérgio Leone, que, quando reafirmou que Doca “*estava conosco*” (na empresa) no dia da chacina, acrescentou ter certeza da data do fato porque “*foi uma tragédia*”.

E também aconteceu com a testemunha Jurandir dos Santos Leite (o Farofa), que, além do acontecimento extraordinário da chacina, disse ter se lembrado de ter visto o Doca no dia em que ela ocorreu porque “*seu aniversário foi no dia 20, e por isso marcou a data*”.

Por último, uma observação necessária. Em crimes cometidos sob violência ou grave ameaça, no momento deles o que menos importa à vítima é reconhecer o agressor, pois normalmente sua atenção se volta às ações ou ao objeto que lhe ameaça a vida ou a sua integridade física.

É erro comum supor que a vítima, pelo contato direto e imediato que estabelece com o agressor nos crimes com violência, tem melhores condições de reconhecê-lo do que as testemunhas, espectadoras do evento⁹⁵.

⁹⁴ José Ibañez Peinado, *ob. cit.*, p. 115.

⁹⁵ A crença popular considera que a vítima, dado que geralmente tem contato mais direto com o autor, estará em melhores condições de identificação, mas os experimentos empíricos demonstram que isto não tem por que ser assim necessariamente; as análises demonstram uma superioridade da identificação das testemunhas sobre as vítimas, provavelmente devido às testemunhas terem menores níveis de estresse, o que permite maior concentração. (Javier Sanches, *ob. cit.*, p. 48)

Sendo limitado o campo de visão, a tendência é centrar o foco naquilo que mais chama a atenção, deixando em planos secundários outras circunstâncias ou aquilo que se processa como detalhes, de efeitos secundários ou de menor importância.

Desse modo, diante de uma grande quantidade de informações e de estímulos que se nos apresenta, tendemos a selecionar aquilo que nos parece mais relevante, desprezando muitas outras, as quais nos passam despercebidas. Isso expõe a pecadora intolerância dos operadores do direito quando buscam detalhes que a testemunha não pode fornecer, simplesmente porque não as captou ou não as armazenou na memória.

Osmar Antunes, no instante em que avistou o que supôs serem os “encapuzados” – o que certamente lhe provocou alto nível de estresse, pelos disparos que ouviu e pela fama de violentos que o bando tinha na região – certamente não conseguiu processar a fisionomia de todos. Quanto ao Doca, a única descrição que fez foi de estar andando com dificuldade, sem calçados. Reconheceu que eram quatro pessoas e que estavam armados com artefatos bélicos de grosso calibre.

Se estavam com pressa – como relataram as testemunhas terem ouvido do Osmar –, o tempo de observação deste foi muito curto, insuficiente para que pudesse identificar e satisfatoriamente descrever as pessoas que passaram quando estava em um pé de Uxi.

O foco de visão deve ter se concentrado naquilo que considerou mais importante. Por isso descreveu o Doca apenas com uma pessoa que andava com dificuldades.

Manzanero diz que, na medida em que há grande quantidade de informação, o sujeito somente conseguirá observar algumas poucas de forma profunda, ou mais, mas de maneira superficial. Quanto

mais agressores tem o delito, e mais espectadores, mais difícil resulta à testemunha descrevê-los e identificá-los, incrementando-se as falsas identificações e a probabilidade de confundir um agressor com um espectador. Não poderemos atender a tudo, e a profundidade do processamento de informações afeta diretamente o que mais tarde poderemos lembrar (maior profundidade, maior recordação). Por outro lado, nem toda informação que se apresenta a um sujeito é chamativa. Isto é, em meio à informação que há no entorno, haverá coisas que chame mais atenção que outras. O que mais chama nossa atenção monopolizará novos recursos atencionais e se processará melhor em detrimento do resto da informação.

O referido autor completa a lição com este precioso exemplo, muito apropriado ao caso sub examine: *“acontece que, às vezes, às testemunhas lhe chamam atenção detalhe específico da aparência do agressor, por exemplo, uma tatuagem. Este detalhe marcante impedirá um correto processamento da cara em seu conjunto. A tatuagem se recordará muito bem; porém, a tarefa que lhe pedirá posteriormente nas diligências de reconhecimento não será identificar uma tatuagem, mas uma pessoa completa. Se a testemunha apenas recorda esse detalhe e se lhe é apresentada uma pessoa estranha que compartilha essa mesma característica com o autor dos fatos, haverá uma alta probabilidade de ser erroneamente apontada, sobretudo se ele for o único componente da linha de reconhecimento que tiver essa característica”*⁹⁶.

Tudo isso se presta a nos mostrar os cuidados que se deve ter quanto ao reconhecimento de pessoas, cujo método, em no nosso sistema penal (CPP, art. 229), tem sido fonte de inesgotáveis injustiças.

96 Memória de testigos, Ed. Pirâmide, 2010, p. 131-132.

É tempo e hora de mudar o entendimento de que as exigências do artigo 226 do CPP devem ser vistas apenas como recomendação, cujo descumprimento não gera nulidades. A psicologia judiciária há muito tem nos mostrado que, tratando-se de reconhecimento de pessoas, todo cuidado é pouco.

NOVOS SUSPEITOS

A despeito de tudo quanto se viu, à insuficiência de prova e ao álibi comprovado de que Doca não participou da chacina se somam ainda as contundentes suspeitas de os crimes ter outro mandante, outros motivos e novos personagens.

Valendo-se de uma denúncia anônima protocolizada na Diretoria-Geral da Polícia Judiciária Civil de Mato Grosso, em 20-7-2017, surgiu o Inquérito Complementar n. 95/2017, que apura o envolvimento **de outras pessoas** nos homicídios acontecidos na Linha 15 da Gleba Taquaruçu, em 19-4-2017.

Segundo relatório da autoridade policial, a referida denúncia apontou que a área foi vendida a um empresário que, tendo realizado parte do pagamento, condicionou o cumprimento do restante das prestações à desocupação dos assentados.

Como se trata de investigação que ficou indevidamente paralisada por quase 3 (três) anos, e apenas agora retomada – segundo informações obtidas –, não convém, nesta decisão, descer a detalhes do que até agora foi apurado, sob pena de comprometer as diligências que estão por ser realizadas.

Importa ressaltar, apenas, que os indícios existentes contra os novos atores dos bárbaros crimes são muito mais significativos do que os existentes contra os recorrentes.

E tanto o são que o próprio Ministério Público anuiu ao pedido da autoridade investigante de prisão preventiva de alguns dos novos suspeitos e de busca e apreensão de tantos outros, quando fez anotar que **“há provas seguras** que 4 (quatro) dos suspeitos têm envolvimento com os crimes que ocorreram no dia 19-4-2017, no Taquaruçu”.

É importante enfatizar que o órgão acusador, no decorrer da instrução criminal e diante das novas informações colhidas no Inquérito Complementar n. 95/2017, reconheceu a existência de fortes evidências que assinalam que os crimes ocorreram para atender a interesse de outra pessoa, que, tendo comprado a área e pago parte do preço, condicionava o pagamento do restante à desocupação dela, onde as vítimas estavam assentadas.

Ora, se as investigações posteriores indicam novo mandante, novos motivos e outros personagens, diversos e sem conexão nenhuma com os recorrentes, que protestam por sua inocência, é no mínimo imprudente e temerário submetê-los aos azares do julgamento pelo Tribunal do Júri.

De fato, a análise das provas coligidas no Inquérito Complementar registra fortíssimos indícios de que foi XXXXX quem comprou a área dos “encapuzados” e estava a condicionar o pagamento do restante do preço à desocupação dela.

Na medida em que se exponenciaram fortes indícios contra outros personagens, debilitou-se ainda mais os já raquíticos indícios contra os recorrentes.

Mas a pergunta que resta fazer agora é se, não obstante os fraquíssimos indícios existentes, o Tribunal do Júri é quem deve determinar a sorte deles? Tem aplicação o princípio chamado *in dubio pro societate*? Afinal, qual o *standard* de prova exigível para a pronúncia?

Sobre essas questões, faço as considerações que seguem.

OS STANDARDS DE PROVAS

Os *standards* de prova são modelos de constatação ou de verificação de fatos no processo, no nível e exigência que a lei considera como necessária e suficiente para aceitar como demonstrada uma ou mais proposições, segundo o grau de probabilidade que a decisão reclama.

Trata-se de técnica estabelecida como regra de decisão para que se possa admitir provada determinada hipótese, para os fins e consequências pretendidas por quem tem o ônus de demonstrar suas afirmações.

Em todas as áreas de conhecimento humano, incluindo as ciências naturais, as provas clínicas em medicina, as matemáticas, os estudos epidemiológicos, etc., o investigador trabalha com parâmetros que possa informar-lhe quando se pode considerar algo como provado⁹⁷.

No campo do direito, os *standards* se prestam a orientar o juiz e as partes informando-lhes o grau de corroboração que as provas devem atingir para que um enunciado fático possa ser considerado provado. As partes devem saber, de antemão, quais esforços devem empreender para alcançar a suficiência probatória exigida. Por isso, Jordi

97 Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 124.

Ferrer Beltrán destaca como crucial a importância de definir, com clareza, todos os *standards* de prova que devem orientar as decisões proferidas no processo, uma vez que “*sem eles não se pode pretender uma valoração racional da prova, nem um controle da valoração realizada*”⁹⁸.

Conhecendo a parte seu ônus probatório e o *standard* de prova que o juiz exigirá para considerar provado o enunciado fático afirmado –, de acordo com critérios objetivos –, pode ela controlar o avalado na decisão, diminuindo-se os riscos do solipsismo judicial.

Daí a importância de extrair da legislação quais os graus de constatação que as decisões tomadas no processo exigem para que um fato possa ser tido por provado.

Larry Laudan chega a dizer que nenhum procedimento penal que mereça seu nome pode ter lugar na ausência de um *standard* de prova. O dito *standard* serve como regra de decisão para que o julgador dos fatos alcance o veredicto do caso. Sem um *standard* de prova, o veredicto mesmo não estará justificado e qualquer declaração de culpabilidade será injusta, a menos que se possa mostrar que as provas apresentadas contra o acusado satisfazem o *standard* probatório preestabelecido⁹⁹.

A título de registro histórico, segundo Jordi Nieva Fenoll, os juristas anglo-saxões do século XVIII e XIX, ante a impossibilidade de instruir os jurados sobre o nível de prova a se observar nos julgamentos, criaram os chamados *standards*, que nada mais são do que frases ou expressões elegantes para esclarecer a um leigo qual é a sua missão¹⁰⁰.

98 La valoración racional de la prueba. Ed. Marcial Pons, 2007, p. 152.

99 Estándares de prueba y prueba científica. La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal. Ed. Marcial Pons, 2013, p. 121.

100 La valoración de la prueba, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 90.

De fato, nos países com tradição no sistema *common law*, os jurados, chamados a decidir inclusive as causas de natureza civil, normalmente são orientados pelo juiz togado a respeito do grau de certeza que devem obter para considerar um fato provado.

Os *standards* probatórios têm sido pouco estudados, e menos ainda observado, no direito brasileiro, especialmente na área penal, o que tem servido para encorpar as estatísticas de erros judiciários.

Tivessem, os juízes, parâmetros sobre o grau de suficiência probatória que deve servir a determinada decisão, teríamos menos condenação do que a realidade mostra. A verdade é que as decisões, principalmente na área penal, são tomadas sob o *standard* da “**preponderância das provas**”, do “**mais provável que não**”, o que é um disparatado absurdo.

O estabelecimento de *standards* probatórios não é uma questão epistemológica¹⁰¹, mas fruto de decisão ética e política¹⁰². O fundamental, dizem os epistemólogos, é saber qual o grau de erros que uma sociedade esteja disposta a tolerar diante da importância aos seus valores e interesses. São os custos sociais e individuais que se pesam.

Quando se protege o réu de condenações injustas, é a sociedade que é protegida. Nosso sistema considera que a liberdade, como direito fundamental do homem e valor supremo da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer acima de outros valores ou interesses da sociedade. Naturalmente que, em sendo assim, manifesta ele preferência de

101 “Efetivamente, a decisão sobre o nível de suficiência probatória não é em absoluta epistemológica. A epistemologia nos pode ajudar a delinear um *standard* de prova que reflète corretamente o nível de suficiência probatória que se tenha decidido adotar, mas não nos diz nada sobre o nível dele. Essa é uma decisão política” (Jordi Ferrer Beltrán. *ob. cit.*, p. 32-33).

102 Especialmente em matéria penal, a lei não delega ao juiz a tarefa de fazer a distribuição dos erros judiciais no processo, a critério de suas escolhas pessoais. O ordenamento jurídico não lhe dá carta branca para assumir os riscos de uma condenação falsa (falso positivo), que transcende sua convicção particular acerca do fato criminoso, pois são os valores, os interesses e as preferências sociais que contam na hora de decidir. A distribuição de erros é questão afeta à política social, que só o Estado pode definir.

que mais vale a pena correr riscos de absolver um culpado (falso negativo) do que condenar um inocente (falso positivo). É verdade que, à medida que cresce o *standard*, diminui-se o número de falsos positivos, ainda que aumente o de falsos negativos.

Por conseguinte, a definição de um *standard* probatório, sendo de caráter ético-político, obedece à importância que se dá ao direito ou ao interesse afetado por uma decisão errônea, de acordo com a proteção que gozam dentro do ordenamento jurídico. Quanto mais relevante for o direito ou interesse, mais rigoroso será o *standard* probatório.

Todavia, o nível de prova exigido vai além da natureza dos bens envolvidos, dependendo também do grau de afetação da decisão sobre eles. Evidentemente que o nível de exigência de uma busca e apreensão domiciliar não pode ser o mesmo de uma prisão preventiva ou de uma condenação. Do mesmo modo, o *standard* de prova de uma ação indenizatória decorrente de um homicídio não pode ter o mesmo peso da decisão que condena o causador do dano a cumprimento de pena.

No direito nacional, inexistem em nossos códigos parâmetros claros e precisos quanto à definição do grau de confirmação que as provas precisam alcançar para que determinado fato seja considerado verdadeiro¹⁰³. Apesar disso, há indicativos de quais níveis de suficiência probatória o provimento jurisdicional exige, variando de acordo com a natureza do processo, como também dos interesses e valores imateriais em discussão.

Não é tarefa fácil definir *standards* de prova, nem compreendê-los dentro do ordenamento jurídico, que, por vezes, se

103 A circunstância de as nossas leis não definirem o grau de suficiência probatória para que esta ou aquela decisão seja tomada no processo, não significa que nosso sistema não seja *standarizado*. Cabe ao intérprete extrair dos textos legais o nível de exigência probatória das decisões que o juiz toma no processo.

encontram subentendidos nos princípios e valores constitucionais. Outras vezes, é a própria lei que dá os parâmetros deles. Pode-se dizer mesmo que de toda decisão a ser tomada no processo subjaz um *standard* de prova a ser cumprido, inferindo-se eles de expressões como: “*indícios veementes de proveniência ilícita dos bens*” (CPP, art. 126); “*quando houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*” (CPP, art. 312); “*se convencido (o juiz) da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou de participação* (CPP, art. 413); “*quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado* (art. 1º, III, da Lei n. 7.960/1989); *havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos e valores do investigado ou acusado* (art. 4º, da Lei n. 9.613/1998); *se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa* (art. 2, §5º, da Lei n. 12.850/2013), etc.

O LIVRE CONVENCIMENTO, A MOTIVAÇÃO E OS STANDARDS DE PROVAS

O sistema da livre apreciação da prova nasceu por oposição ao sistema da prova legal ou taxada. Mas a liberdade que se dá ao juiz no campo da valoração da prova é parametrizada por princípios e regras que limitam ou coíbem o solipsismo judicial, primo-irmão do arbítrio¹⁰⁴.

104 Marina Gascón Abellán defende que “*a prova judicial, enquanto atividade judicial encaminhada a averiguar a verdade dos fatos relevantes para a causa, não é uma atividade “livre”, senão que se desenvolve por meio de um sistema mais ou menos rigoroso de regras e canais institucionais que frequentemente limitam e outros impedem claramente a consideração desse objetivo*” (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In Hechos y razonamiento probatorio. Coordinadora: Carmen Vásquez, Ed. Del Sur, 2018, p. 65).

A liberdade na apreciação da prova, consagrada no art. 155 do CPP, é controlada pela exigência de motivação das decisões, que permite verificar se foram observados princípios e regras atinentes à validade e eficácia da prova, como também se se deu a elas valoração racional e lógica, que autorizem a conclusão.

Para o direito, mais importante que a convicção do juiz são os argumentos que ele utiliza para externá-la, pois são eles que permitem verificar se suas razões internas¹⁰⁵, à vista das provas possíveis de serem consideradas, foram confirmadas e podem ser aceitas como válidas e justificantes quando submetidas a um processo mental racional, capaz de rejeitar as hipóteses contrárias ou de superá-las.

A motivação é que permite a verificação do cumprimento ou não do *standard* de prova estabelecido para a decisão, pois apenas desse modo é possível avaliar “os dados empíricos valorizados como evidência, as inferências feitas a partir deles e os critérios que foram utilizados para obter deles a conclusão de que consistem os fatos comprovados”¹⁰⁶.

Se é verdade que, de um lado, cumpre à lei conferir discricionariedade (controlada, diga-se de passagem) ao juiz na apreciação das provas, de outro é ela também quem reclama dele a exposição das razões de suas escolhas, pois é a motivação que permite aferir outra exigência legal, a de **suficiência probatória**, para que um enunciado fático possa, às finalidades do direito, ser considerado provado.

105 “A livre valoração da prova é livre apenas no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado dessa valoração. A operação consistente em julgar o apoio empírico que um conjunto de elementos do processo aporta em uma hipótese está sujeita aos critérios gerais da lógica e da racionalidade” (Jordi Ferrer Beltrán, *Estándares de prueba y prueba científica. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. *ob. cit.*, p. 26). No mesmo sentido Michele Taruffo, *Una simples verdad*, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 188-189.

106 Perfecto Andrés Ibáñez, apud Raúl F. Cardenas Rioseco e outros, *La motivación de los hechos en la sentencia penal*, Ed. Porruá, 1. ed., 2016, p. 287).

É o *standard* de prova que autoriza o juiz a considerar provado determinado enunciado fático, com vista a condenar ou absolver, circunstância que o aparta de suas crenças pessoais, daquilo que sua intuição lhe inspira e sua consciência recomenda fazer.

Não se trata, pois, da confiança que o juiz possa ter na hipótese de inocência ou de culpabilidade, **mas de estabelecer quando essa confiança pode ser considerada justificada para condenar ou absolver**¹⁰⁷.

Para a condenação, não basta que o juiz esteja convencido de o réu ser culpado do crime, em razão de as provas justificarem a aceitação da hipótese acusatória. É preciso ir além de sua crença e analisar o grau de suficiência probatória no processo, medindo se a acusação cumpriu o *standard* exigido para derrubar a presunção de inocência. É o *standard* de prova, definido pela natureza da decisão a ser proferida, que dirá ao juiz quando um fato pode ser considerado provado, para os fins que se pretende¹⁰⁸.

VALORAÇÃO

É insuficiente que o juiz tenha convicção de que determinado fato aconteceu, que pode até provir de provas que não podem ser consideradas, como as ilícitas e as do inquérito policial, ou até do conhecimento privado que teve dele. Ao direito importa a convicção do juiz. Contudo, se as provas existentes nos autos não emprestam apoio a ela,

107 Nesse sentido, Larry Laudan, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estndar-0/>

108 Diz Larry Laudan que um *standard* de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma hipótese; ao contrário, é o *standard* de prova que indica quando a confiança subjetiva está justificada. (*Idem*, p. 105)

se não é possível justificá-la racionalmente, se ela confronta abertamente com outras, opoentes à hipótese, o juiz deve procurar outra alternativa de decisão, formar outra convicção, que se justifique no conjunto probatório. Convicção não se explica; se justifica, dizem os epistemólogos da prova.

Em certa medida, não é errôneo afirmar que a convicção do juiz, para as finalidades da lei, somente tem importância se ela estiver autorizada nas provas dos autos, naturalmente aquelas que possam ser validamente consideradas.

Para Jordi Ferrer Beltrán, a livre apreciação da prova não deve ser vista dentro da concepção **persuasiva**, mas da **racionalista**, que apenas concebe a decisão quando ela, a despeito das crenças ou preconceitos do juiz, puder ser corroborada e justificada na prova dos autos¹⁰⁹.

Ao referido autor espanhol, para se considerar provada a hipótese da culpabilidade, devem dar-se conjuntamente as seguintes condições: 1) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas; 2) devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*¹¹⁰.

Nessa linha de ideias, uma hipótese acusatória, para que possa ser considerada provada, deve se submeter aos testes de **confirmação e refutação**¹¹¹.

109 La valoración racional de la prueba, *ob. cit.*, p. 65.

110 *Ob. cit.*, p. 147.

111 *Ob. cit.*, p. 200.

A hipótese é **confirmada** quando existe um nexo causal lógico entre ela e a(s) prova(s), o qual faz com que a existência desta(s) constitua razão para aceitar a primeira¹¹².

O grau de confirmação de uma hipótese depende do nível de apoio que ela tem na prova dos autos, da conexão¹¹³ que se possa estabelecer entre uma e outra.

Na análise das provas, o que importa é o peso corroborativo que possam dar à hipótese, pois *“quanto mais reforcem as provas P, o julgador dos fatos terá confiança que P é verdadeiro”*, o que faz com *“que o grau de crença do julgador dos fatos se torne uma questão distinta e claramente secundária, sendo o peso das provas o principal”*¹¹⁴.

Somente se põem em teste de refutação os enunciados que encontram confirmação no acervo probatório do processo. Uma hipótese não confirmada, pelo baixo apoio empírico que recebe, tem-se, simplesmente, como não provada, o que obstaculiza o contrateste da refutação.

A **confirmação** depende: 1) do grau do apoio que as provas oferecem a ela, que podem ser positivas, negativas, favoráveis, desfavoráveis ou neutras; 2) de quão seguras são as razões com independência da afirmação em questão; 3) de quão inclusivas são as provas¹¹⁵.

112 Marina Gascón Abellán. Prueba y verdad en el derecho, p. 51.

113 “Estabelecer uma conexão é ver que os elementos estão vinculados como causa e efeito, ou como condição, ou como causa eficiente e necessária, ou simplesmente como necessária, mas não eficiente, ou talvez como fatores simultâneos, talvez como condições de desenvolvimento, etc.” (Rodrigo Rivera Morales, La prueba: un análisis racional y práctico, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 111).

114 Susan Haack, Estándares de prueba y prueba científica. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, p. 71).

115 Susan Haack. Probabilismo jurídico: una disensión epistemológica (https://www.academia.edu/18648315/El_probabilismo_juridical_una_disension_epistemologica_2014_) e Estándares de prueba y prueba científica, p. 79.

Uma vez confirmada, a hipótese acusatória deve ser submetida ao teste da **refutação** com a hipótese de inocência. Desse modo, não basta que o juiz opte pelas provas que apenas confirmem a sua convicção. Não se trata de escolhas, de preferências que possam ser manifestadas. É preciso rivalizar as hipóteses que estejam apoiadas em provas confirmadas no processo.

O provimento jurisdicional final não se resume a uma manifestação de preferência que o juiz pode fazer entre as provas disponíveis no processo, mas das que nele preponderam após a submissão delas a exames críticos e racionais de umas **e** outras e de umas **com** as outras, primeiro individualmente e depois em seu conjunto.

Tem razão a parte quando, por meio de embargos de declaração, denunciam omissão na decisão que desconsidera as provas que, no entender dela, dão apoio à teoria defendida na causa. As provas da acusação devem ser confrontadas com as da defesa. Dessa análise não pode o juiz fugir, não apenas por não cumprir o contraditório, como também porque a certeza não é obtida senão por meio da acareação entre provas contrárias, que é o único método que permite verificar a preponderância de uma hipótese sobre a outra, e no nível exigido pela lei.

Se o *standard* representa o nível de constatação probatória de uma certa hipótese defendida no processo, o teste de refutação é a única maneira de medi-lo, pois não se pode dizer que **H** está provado simplesmente porque está confirmado nos autos. A **confirmação** é o primeiro passo que se dá rumo à certeza, que somente é obtida quando se caminha em direção à **refutação**, e as provas, da acusação e da defesa, são colocadas em contraste em si.

Desse modo, a corroboração de uma hipótese não depende somente da fé e da convicção que o juiz empresta a certas provas,

mas principalmente da confirmação delas e de quanto umas se sobrepujam em relação às outras quando postas em confronto¹¹⁶.

Nessa linha de intelecção, padece de grave omissão a sentença que considera apenas as provas que favoreçam uma das partes, desprezando outras que concorram com elas e avalizem a hipótese contrária.

Dessa conclusão exsurge o equívoco, comum na práxis, em considerar que “*o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenham encontrado motivo suficiente para fundar a decisão nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder, um a um, todos os seus argumentos*”

A teoria acusatória será tomada por verdadeira se, além de abonada por provas com peso e eficácia acreditativa, sobressaia no teste da refutação, que é a prova de fogo a que deve ser submetida para que possa ser considerada provada e, pois, verdadeira para fins de condenação.

O enfrentamento dos argumentos e provas da defesa integra o direito ao contraditório, que, na sua vertente de ouvir e de ser ouvido, obriga o juiz a considerar tudo quanto se mostre **pertinente e relevante** à desconstrução da hipótese acusatória. Entretanto, o que se percebe na prática – **por motivos mais que compreensíveis** – é a consideração, na sentença, somente daquilo que o juiz estima como pertinente e necessário à solução do caso¹¹⁷.

116 Para Jordi Ferrer Beltrán, a formulação de um *standard* de prova com que se queira cumprir essa função deve, em primeiro lugar, evitar vincular a prova com crenças, convicções ou dúvidas do juiz acerca dos fatos. O grau de corroboração de uma hipótese não depende da posse de determinadas crenças por parte do juiz, mas das previsões verdadeiras que se possam formular a partir da hipótese e das dificuldades para dar conta das mesmas previsões a partir de hipóteses rivais. Em segundo lugar, a formulação de um *standard* deve ser suficientemente precisa para fazer possível o controle intersubjetivo da sua aplicação. (La valoración racional de la prueba, p. 146)

117 A justiça que hoje se faz em massa, o número insuficiente de juízes em relação às demandas, o pelourinho que o CNJ submete os magistrados deste país, sempre em busca da eficiência em números, dentre outros motivos, tornam impossível cumprir o espírito da lei.

O juízo de certeza, que autoriza a condenação, somente é obtido se a teoria do caso é submetida ao teste da refutação, que se faz à vista das provas e argumentos que o réu apresenta, de modo que não satisfaz o dever de motivação a consideração de provas que apenas confirmem a acusação.

Desde que a alegação e a prova da defesa tenham conexão com a imputação – e seja potencialmente capaz de arredá-la, minimizá-la ou neutralizá-la –, é dever do juiz tomá-las em consideração, ainda que já esteja convencido da culpabilidade do réu, pois, de toda sorte, a este, à sociedade, e às instâncias superiores interessa conhecer as razões pelas quais o juiz considerou estas e aquelas provas e argumentos, para análise crítica e objetiva da decisão. Desprezar essa avaliação significa, em certa medida, ocultar as razões da decisão na íntima convicção, o que é de todo inconcebível em juízes togados.

É de Ferrajoli a lição de que *“ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova. Com efeito, se a verificação de uma hipótese é impossível, dado que sua verdade não pode ser demonstrada, senão apenas confirmada, é, ao contrário, possível sua refutação por modus tollens, segundo o esquema (f). Enquanto nenhuma prova ou confirmação é suficiente para justificar a livre convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis*

A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser explicitadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas. Evidentemente, nem sequer as contraprovas, ao serem somente prováveis, garantem a falsidade objetiva da hipótese incompatível com elas. Mas uma só delas, se é aceita como verdadeira, é suficiente para excluir a decisão do juiz sobre a verdade da hipótese e para embasar, conforme o critério da coerência, a decisão sobre sua falsidade. A livre convicção, em consequência, conquanto possa justificar as provas (necessárias, mas não suficientes para justificar a condenação), não pode superar as contraprovas (suficientes, mas não necessárias para justificar a absolvição) ”¹¹⁸.

Assim, para que uma hipótese seja considerada verdadeira não basta que ela receba confirmação nos autos, mas também que não seja desmentida ou debilitada por contraprovas que contestem o fato afirmado ou prova outro com ele incompatível ou neutralizante.

Marina Gascón Abellán é categórica quando afirma que “*não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese; é necessário, além disso, que permitam excluir hipóteses alternativas. Muito simplesmente, cada razão para duvidar da aplicabilidade da regra geral ao caso concreto tem que ser excluída*”¹¹⁹.

Considerando que, no processo penal, a carga probatória é toda de quem faz a acusação, é dele a responsabilidade em demonstrar os fatos nos quais sustenta a pretensão punitiva; se eles, simplesmente, não se confirmam nas provas trazidas à colação, a hipótese acusatória é tida por não provada e o réu absolvido.

118 Direito e razão, 4. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144.

119 Los hechos en el derecho, *ob. cit.*, p. 156.

De fato, antes de se pôr em análise as provas da defesa, impõe-se verificar se o Ministério Público se desincumbiu de seu ônus de provar a existência de um crime e de seu provável autor. Apenas quando confirmada em provas sérias a teoria acusatória, se passa à análise das provas e contraprovas do réu, de modo que se o órgão acusador sucumbe em seu ônus probatório, as provas da defesa se tornam irrelevantes. Se o fato criminoso não se confirma, ou não se confirma a autoria ou a participação imputada, a valoração não passa para a fase de **refutação**¹²⁰.

Entretanto, se a teoria do crime tem respaldo nas provas produzidas, deve ela ser submetida ao teste da refutação, no exame dos contrários, isto porque, *“é possível que, embora preliminarmente se tenha considerado confirmada a tese acusatória, haja provas que a refutem. Por exemplo, uma vez considerado, no momento da confirmação, comprovada a autoria delitiva, num segundo momento, haja provas que demonstrem o álibi invocado pela defesa. Nesse caso, novamente, não será preciso passar a momento sucessivo”*¹²¹.

É nesse sentido que se diz que é defeso ao juiz optar apenas pelas provas que confirmem seu entendimento (quicá estabelecido no início da ação penal), sem submetê-las a testes com as contrárias, produzidas exatamente para hostilizá-las, infirmá-las ou neutralizá-las. À medida que se excluem as hipóteses contrárias, aumenta a probabilidade de o fato afirmado na denúncia ser verdadeiro, e vice-versa¹²².

120 “O juízo de aceitabilidade de uma hipótese é um juízo sobre sua confirmação e não refutação. De maneira que se a hipótese não é confirmada pelas provas disponíveis, deve ser abandonada. Mas se é confirmada, deve se submeter ainda à refutação, examinando os possíveis fatos que invalidariam ou fariam menos provável a hipótese”. (Rodrigo Rivera Morales, *ob. cit.*, p. 344)

121 Gustavo Badaró, *ob. cit.* p. 201.

122 Na valoração da prova, o juiz deve avaliar as provas e as contraprovas, submetendo-as a um exame atomístico e posteriormente holístico; vale dizer, considerar cada prova isoladamente num primeiro instante, e depois valorar todas elas em conjunto, segundo a tese e a antítese, para extrair uma conclusão lógica racional que propenda à aceitação da hipótese mais favorável. Nessa tarefa, não pode se deixar seduzir pelas primeiras provas; é imprescindível fazer o confronto, submetendo-as a teste de confirmação e de falsificação com as contraprovas. Se a

Alguns autores, como Ferrajoli¹²³, Badaró¹²⁴, Michele Taruffo¹²⁵ e Marina Gascón Abellán¹²⁶, admitem uma terceira fase na comprovação da hipótese acusatória. Consideram eles que, tendo ela sido confirmada na primeira fase e não refutada na segunda, há necessidade de fazer um juízo comparativo entre as provas positivas e negativas, divergentes ou contraditórias entre si. Nesse instante da valoração, a situação é resolvida pelo critério da **preponderância**, sondando qual, à luz das regras de lógica, das máximas de experiência ou critérios científicos, se apresenta com maior probabilidade indutiva.

Creio ser desnecessária essa etapa no processo penal, pois, como salientamos alhures, nele há um *standard* de prova exigente que deve ser cumprido para que o réu seja condenado. Pode acontecer que a hipótese acusatória, ao final das duas etapas, esteja confirmada, não, porém, em grau suficiente para afastar dúvidas razoáveis.

Para a condenação não basta a simples preponderância da hipótese acusatória sobre a da defesa. É imprescindível que o apoio e o grau de confirmação que as provas emprestem a ela sejam de tal ordem que afastem qualquer dúvida razoável de que o réu possa ser inocente ou, como anota Susan Haack – em citação à Russel – que “*as provas apresentadas tornam as proposições em questão acreditáveis no grau exigido, ou, em meu vocabulário epistemológico, se as provas apresentadas apoiam as preposições no grau exigido*”¹²⁷.

O que se conta não é unicamente quem produziu mais e melhores provas, nem qual, na competição entre as hipóteses, se apresenta

hipótese acusatória não é confirmada, não há necessidade sequer de perscrutar as provas apresentadas pela defesa. Se validada, deve ser acareada (no sentido comum) com as que a contestam, se também atestadas.

123 *Ob. cit.*, p. 144.

124 *Ob. cit.*, p. 200.

125 A prova, Ed. Marcial Pons, 2014, p. 139.

126 Prueba y verdad en el derecho, p. 55.

127 Estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 75.

como a mais provável, pois é crucial também verificar, na metáfora de Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa¹²⁸, se a acusação ultrapassou o sarrafo no salto com varas.

Com efeito, “*não é suficiente que uma parte produza melhores provas que a outra; senão é necessário que a parte que tem o ônus da prova produza provas **suficientemente boas para avalizar a conclusão no grau exigido***”¹²⁹.

Ao contrário do campo cível, no processo penal a causa não é resolvida porque a prova se inclinou mais para um lado do que para o outro. A condenação de alguém, que traz consigo o reconhecimento de ser presumidamente inocente, exige um *standard* de prova que vá muito além da **preponderância prevalecente** (*mais provável que não*).

Depois, se não há preponderância entre as hipóteses em conflito, sinal existe que impera a dúvida. E dúvida, no processo penal, se resolve com a absolvição (*in dubio pro reo*).

Essa é a escorreita posição de Marina Gascón Abellán, segundo a qual se nenhuma das hipóteses em lição resulte suficientemente provada em detrimento da outra, ou que, sendo a probabilidade de uma delas superior à da outra, essa probabilidade siga sem ser suficiente, segundo os *standards* institucionalmente exigidos (por exemplo, enquanto que nos processos civis geralmente basta uma probabilidade preponderante, nos processos penais geralmente se exige um resultado **além de qualquer dúvida razoável**). A necessidade que tem o juiz de resolver, apesar desse resultado estéril, é então coberta pelo reconhecimento (implícito ou explícito) de regras legais de decisão que indicam, em cada caso, em favor de qual hipótese há de se orientar a solução. O *in dubio pro reo* no processo

128 Para entender *standards* probatórios a partir do salto com varas, Conjur, 20-3-2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>

129 Susan Haack. *ob. cit.*, p. 81.

penal e, em geral, as regras sobre o ônus da prova constituem exemplos das mesmas¹³⁰.

A punição penal somente se revela legítima quando é manejada em **juízo de certeza**¹³¹, considerando-se como tal aquele que atinja níveis elevadíssimos de probabilidade de o crime ter ocorrido, de o réu ser o seu autor ou partícipe, e de não militar em favor dele nenhuma causa que exclua sua responsabilidade penal.

Cumpra adiantar que a certeza que o juiz procura nas provas é apenas um juízo de probabilidade, sendo insuficiente a mera possibilidade lógica de ser ou não ser, em grau equivalente. Em matéria penal, a probabilidade, para alcançar foros de certeza, deve atender um *standard* de probabilidade bastante elevado, em grau que permita afastar dúvidas razoáveis.

No processo-crime, o réu pode trabalhar apenas no sentido de criar **dúvidas razoáveis**¹³² no espírito do juiz, o que torna seu *standard* de prova menos exigente. Se alega legítima defesa, por exemplo, para a absolvição não é preciso que a excludente seja plenamente comprovada, sendo bastante **fundada dúvida** de que possa ter agido sob o pálio dela, como, aliás, expressa o art. 386, VI, do CPP.

Se a hipótese de culpabilidade não se sobrepõe, no grau exigido para a condenação, à hipótese de inocência, o que existe é a dúvida,

130 Prueba y verdad en el derecho, p. 56.

131 “Pode-se afirmar que a certeza sobre um fato existe quando com os meios de provas disponíveis expressam que aquele fato não pode ser de outra maneira como afirma nosso juízo; nossa mente adverte a necessidade de assentir àquele determinado juízo, nossa mente percebe o nexo causal que tem lugar entre as rédeas que formam o juízo indicado com fundamento nos resultados de prova e a reprodução da realidade”. (Rodrigo Rivera Morales, *ob. cit.*, p. 120)

132 O *standard* de prova “além da dúvida razoável” tem origem na teologia cristã pré-moderna e sua finalidade não era proteger o acusado de condenações falsas, mas a alma dos jurados dela, porque se acreditava, nesse tempo, que o destino de quem julgava estaria também em jogo em cada processo, porque condenar um inocente era considerado, na antiga tradição cristã, potencialmente como pecado capital. (Raúl Carnevali Rodrigues e Ignacio Castilho Val. El estándar de convicción en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente, disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122011000200005)

que pode ser maior ou menor, a depender do nível empírico de provas que dão suporte às proposições argumentativas.

Não é preciso que a contra-hipótese, apresentada pela defesa, seja mais provável que a hipótese afirmada na denúncia. Mesmo sendo inferior, se subsistem dúvidas que possam ser consideradas **razoáveis**, ou, noutras palavras, que não se consiga desprezá-las racionalmente – e, portanto, admitidas em maior ou menor grau de probabilidade –, a única solução cabível é a absolvição.

Importante reconhecer, entretanto, que a dúvida que autoriza a absolvição, com base no *in dubio pro reo*, não pode ser um estado mental puramente subjetivo, desarrazoado, desprovido de confirmação mínima nas provas disponíveis, mas aquela fundada em evidências bastantes que autorizem acreditar que a inocência é alternativa racionalmente aceitável.

Assim, a “dúvida” que autoriza a absolvição não é puramente subjetiva, mas essencialmente objetiva, visto que depende do nível de corroboração que a hipótese acusatória alcançou no processo, após submissão dela aos testes de confirmação e refutação. Não obstante possa estar demonstrada satisfatoriamente nas provas dos autos, se estas permitirem a convivência dela com a hipótese de inocência – que racionalmente não pode ser taxada de irrazoável – o que existe é uma dúvida objetiva, pois é a existência da probabilidade de o réu ser inocente que impede a acusação de cumprir o *standard* que atende o juízo de certeza, o único que franqueia a condenação.

Nesse ponto, duas observações importantes se fazem necessárias: a primeira é que o *standard* de prova para a defesa não tem o

mesmo grau de exigência da acusação¹³³; a segunda, que nosso sistema não é infenso à “dúvida razoável”, expressão que singulariza o mais alto *standard* norte-americano¹³⁴ (*beyond any reasonable doubt*), como anotam Aury Lopes Júnior e Alexandre de Moraes da Rosa.

Quanto à primeira questão, é preciso desmitificar a ideia de que o *standard* de prova da defesa, na demonstração de suas alegações, tenha a mesma estatura probatória da acusação.

Gozando o réu de abrigo constitucional na presunção de inocência, é sempre da acusação o ônus de destruir, **além de qualquer dúvida razoável**, a sobredita presunção, o que, por si só, já exige um *standard* acima da **preponderância prevalecente** (“*mais provável que não*”).

Como já afirmamos noutra passagem, a defesa, que não precisa provar nada, pode se limitar à criação de dúvida racionalmente razoável¹³⁵. É da acusação o ônus de trabalhar no sentido de que as provas que venha a apresentar tenham aptidão e vigor para afastar, **em nível de probabilidade elevadíssima**, as proposições da defesa, que não carecem ser provadas em grau que suplante a hipótese acusatória, sendo bastante que não possam elas ser inteiramente vencidas pelo prisma da lógica-racional.

Em consequência, não tem base legal o entendimento que exige da defesa um *standard* probatório que superponha, em termos de

133 Nesse sentido Gustavo Badaró (*ob. cit.*, p. 258 e 260) e Jordi Ferrer Beltrán (La valoración racional de la prueba, *ob. cit.*, p. 152).

134 Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal, Conjur, 26-7-2019, disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>

135 Para o acusado é suficiente produzir no interior do processo uma dúvida razoável em torno da verossimilhança da acusação. Significa, em última análise, que a defesa deve ter como objetivo mínimo gerar uma dúvida razoável que debilite a hipótese acusatória, que pode ser feita por dois modos: em primeiro lugar, limitando-se a atacar a credibilidade das provas da acusação ou, em segundo lugar, apresentando provas de inocência. (Mônica Maria Bustamante Rúa, La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano, disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000100004&script=sci_abstract&tlng=es)

probabilidade, a hipótese acusatória, sendo bastante que ela consiga o rebaixamento desta, tornando-a insuficiente para a condenação¹³⁶.

No que toca à segunda questão, embora o significado de **dúvida razoável** seja *bastante incerto* e a sua definição *tudo menos clara*¹³⁷ – a ponto de “*alguns circuitos federais nos Estados Unidos aconselharem os juízes a não tentar defini-la e deixar que o júri atinja o seu significado*”¹³⁸ –, creio que a expressão pode ser reputada como critério objetivo se abstrairmos da questão puramente psicológica e vier a considerá-la epistemologicamente, segundo o grau de aval que as provas possam ministrar na corroboração do enunciado fático¹³⁹.

Desse modo, “dúvida razoável” não se vincula unicamente ao aspecto psicológico do juiz, da crença ou convicção que possa ter sobre determinada proposição fática do processo, mas principalmente da caução que ela recebe na prova dos autos, quando submetida à confirmação e refutação.

De fato, como agudamente observa Gustavo Badaró, o equívoco na posição que defende o *standard* probatório na fórmula “além da dúvida razoável”, está na concepção “*de que ela se destina a gerar uma crença no julgador*”¹⁴⁰.

O eminente professor das arcadas – partindo de uma concepção racionalista de que a decisão deve se fundar num método de

136 Jordi Ferrer Beltrán (La valoración racional de la prueba, p. 152) e Gustavo Badaró (*ob. cit.*, p. 258 e 260) defendem que o *standard* da defesa é menor.

137 Michel Taruffo, Una simples verdad, *ob. cit.*, p. 253.

138 Susan Haack, Estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 70).

139 Essa a posição de Susan Haack: “É certo que a linguagem na qual se expressam os standards de prova é parcialmente psicológica: pelo menos falar de “ônus de persuasão” parece subjetivo, sugerindo que a tarefa do advogado é simplesmente persuadir, induzir um certo estado mental no júri; e ‘convencimento’ também parece como uma questão psicológica. Porém, a linguagem dos standards de prova é também em parte epistemológica: ‘razoável’ em ‘além de toda dúvida razoável’, ‘clara’ em ‘clara e convincente’, parecem questões objetivas, dado que aparentemente se referem à qualidade das provas apresentadas. E o aspecto epistemológico, na minha opinião é crucial” (*ob. cit.*, p. 70-71).

140 *Ob. cit.*, p. 253.

corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida, e não na crença do julgador – assevera que o que importa é se a proposição fática está suficientemente corroborada e não falsificada por hipóteses contrárias ou diversas, para ser tida por provada. Logo, o processo de valoração serve para verificar se as hipóteses fáticas que constituem o *thema probandum* estão ou não confirmadas pelas provas, e não para gerar uma crença no julgador.

E arremata dizendo: “o que deve ser valorado é o grau de confirmação – e, conjuntamente, de não refutação – que o standard exige para que a hipótese seja considerada provada e não como um grau de crença do julgador. Assim, o problema principal não é quanto o juiz está convencido ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito. O que o standard de prova deve definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática para lhe dar corroboração”¹⁴¹.

No processo de valoração, o juiz deve ponderar as provas e as contraprovas, submetendo-as a um exame atomístico e posteriormente holístico¹⁴², de modo a considerar cada prova isoladamente num primeiro instante, e depois todas em seu conjunto, segundo a tese e a antítese, buscando extrair uma conclusão lógico-racional que propenda à aceitação da hipótese mais provável.

Embora já tenha dito, insisto na posição de que a valoração de provas não é uma questão apenas de preferência entre escolhas possíveis, mas essencialmente de um processo de análise crítica e racional delas em face das proposições apresentadas, considerando, na interrelação entre ambas, as regras de lógica, critérios científicos ou

141 *Ob. cit.*, p. 253-254.

142 Nesse sentido Jordi Ferrer Beltrán (*ob. cit.*, p. 125); e Michele Taruffo (*ob. cit.*, p. 139).

máximas de experiência, para verificar, ao final, a que apresenta maior probabilidade indutiva e se esta atende o *standard* fixado para a decisão.

Consequentemente, a liberdade que o juiz goza não é inteiramente subjetiva, mas também objetiva, pois lhe cumpre demonstrar, na motivação, que seu raciocínio inferencial conclusivo tem explicação em elementos probatórios concretos submetidos a testes de confirmação e refutação, que justificam a hipótese acolhida.

Há dois modelos de valoração racional da prova. O primeiro – escorado no teorema de Bayes, nominado de baysiano ou pascaliano –, é verificável em termos de probabilidade matemática¹⁴³ ou estatística, de frequência relativa a determinada classe de eventos, a que pertence¹⁴⁴. O segundo, assentado no teorema de L. J. Cohen, nominado de baconiano, é baseado em esquema de confirmação, onde a hipótese, para se considerar verdadeira, depende do grau de apoio que lhe prestam as provas que se conectam a ela através de regras causais¹⁴⁵.

Não goza de muita aceitação o método bayesiano, pela série de implicações difíceis de resolver em situações concretas, especialmente as complexas. Por outro lado, embora não tenha a precisão

143 “A probabilidade matemática se desenvolveu fundamentalmente a partir dos estudos dos jogos de azar e foi aplicada pela primeira vez a outros tipos de caso por parte de PASCAL”. (Jordi Ferrer Beltrán, *ob. cit.*, p. 121)

144 Susan Haack cita o caso *People v. Collins*, referente a um crime de roubo de uma idosa que foi atacada em um beco para roubar sua carteira. “A vítima descreveu o ladrão como uma mulher jovem de um peso aproximado de 64 kg, e cabelo loiro penteado com rabo de cavalo; e outra testemunha ocular falou que tinha visto uma mulher loira fugindo no beco e subindo a um carro amarelo dirigido por um homem de raça negra com bigode e barba. Janet e Malcolm Collins foram acusados do delito. Janet era loira e Malcolm era negro; e dirigiam um antigo carro amarelo. Porém, a vítima não pode identificar positivamente a Janet; e a identificação que a outra testemunha ocular fez de Malcolm era inconsistente. Então, para reforçar uma acusação que não era muito forte, a acusação apresentou primeiro a um professor de matemática para testemunhar – sobre a base de um argumento puramente probabilístico baseado não em dados estatísticos, mas em uma mera acusação – que dada ‘a regra do produto’, as probabilidades de que nas redondezas existisse outro casal parecido (uma mulher loira, um homem negro com barba, dirigindo um carro amarelo) eram astronômicas: uma em 12 milhões; e depois falou ao júri que estes números inventados eram estimativas ‘baixas’ e que eram a ‘prova matemática’ de que os Collins eram culpados. Como era previsível, o júri condenou o casal”. (Probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 90/91)

145 Marina Gascón Abellán, *Hechos y razonamiento probatorio. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, p. 68-70.

dos números, o método baconiano, baseado na **probabilidade indutiva ou lógica**, tem sua força na persistência de uma hipótese quando submetida a testes de confirmação e refutação.

Segundo anota Marina Gascón Abellán, a probabilidade, no método indutivo ou lógico, se mede “*não em termos de frequência relativa, mas de graus de ciência, apoio indutivo ou grau de confirmação de uma hipótese a respeito de uma informação*”. E arremata a autora espanhola: “*na probabilidade indutiva ou lógica, ao invés de indicar numericamente o grau de probabilidade que deve alcançar a hipótese sobre um fato, deverá indicar, com a maior clareza possível, quando está justificado aceitar dita **H** como verdadeira; é dizer, quais são os critérios (não numéricos) que estabelecem quando se conseguiu a prova. Bem, uma vez que a probabilidade lógica ou indutiva de uma **H** é equivalente ao seu grau de confirmação pelas provas disponíveis, pode-se dizer que uma hipótese pode ser aceita como verdadeira se não foi refutada pelas provas e tiver sido confirmada por ela em grau suficiente*”¹⁴⁶.

Desse modo, a probabilidade baconiana descansa não em números certos e precisos, mas em termos de probabilidade mais ou menos aproximativos, que, não obstante não possam ser medidos, podem ser comparados ou graduados¹⁴⁷, fundando-se no nível de confirmação que a hipótese receba na prova dos autos.

A valoração da prova, para aferição do cumprimento do *standard* probatório estabelecido para a decisão, se dá por meio da confirmação que a hipótese receba na prova dos autos e na resistência que

¹⁴⁶ Ob. cit., p. 70.

¹⁴⁷ “O fato de que a probabilidade indutiva de tipo baconiano não admita o cálculo matemático não implica que não se pode graduar e comparar o nível de suporte indutivo com que conta cada hipótese. O grau de corroboração ou de suporte indutivo das distintas hipóteses em conflito pode comparar-se, o que permite fazer uma ordenação das hipóteses, mas não se pode quantificar numericamente a probabilidade de cada uma delas (coisa bastante intuitiva para um jurista)”. (Jordi Ferrer Beltrán, La valoración de la prueba, p. 122). No mesmo sentido Gustavo Badaró (ob. cit., p. 220)

tenha ela encontrado, quando confrontada com as outras provas que sustentam a hipótese adversa, também submetida aos mesmos testes.

O grau de **confirmação** depende de algumas variáveis, como o fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expresso pelas generalizações (regularidades ou máximas de experiência) usadas; a qualidade epistemológica das provas que a confirmam; o número de passos inferenciais que compõem a cadeia de confirmação e; a quantidade e a variedade de provas ou confirmações¹⁴⁸.

A **refutação**, que se entrelaça com o contraditório, com a possibilidade de pôr em duelo os contrários, é, como anota Marina Gascón Abellán, “*la prueba de fuego*”, para poder aceitar determinada proposição fática¹⁴⁹.

De notar que apenas os fatos confirmados podem ser submetidos ao teste de refutação, de modo que se a hipótese não recebe apoio algum nas provas, não há por que submetê-la ao duelo da confrontação. Pode-se dizer que há uma relação de prejudicialidade entre a confirmação e a refutação.

Pode suceder que, ao fim do teste de refutação, ambas as hipóteses, da acusação e da defesa, não permitam uma deliberação segura a respeito de qual delas é a mais provável.

Diante desse dilema, dois critérios se apresentam para resolvê-lo: critério da **simplicidade**, segundo o qual entre duas hipóteses igualmente sustentadas por todos os elementos de prova, deve-se eleger a mais simples; e o critério da **coerência narrativa**, de acordo com o qual uma hipótese aumenta em face de outras se se prova que, além de estar corroborada por múltiplos dados probatórios e de não ter sido refutada por

148 Marina Gascón Abellán, *ob. cit.*, p. 160.

149 Idem, p. 164.

nenhum, é a que melhor explica os fatos. Seria, assim, o relato mais acreditável da história, de acordo com os princípios explicativos do atuar racional, intencional e motivacional do homem¹⁵⁰.

Particularmente, creio que os referidos critérios são inaplicáveis no processo penal, em que o réu goza do privilégio da dúvida, que sempre e sempre há de favorecê-lo.

É possível que depois do longo caminho do processo as hipóteses, a da acusação e a da defesa, resultem confirmadas. Nessa situação, se entre elas houver relação de prejudicialidade e se uma não for suficiente para rejeitar a outra, o que haverá é um estado de dúvidas. E dúvida, no processo penal, resolve-se em favor do réu.

Pode acontecer, entretanto, que entre as hipóteses não haja relação de prejudicialidade, como na situação em que, provada a autoria e a materialidade do crime, o réu esteja amparado pela legítima defesa. As hipóteses, ambas confirmadas, são independentes entre si, de modo que não se submetem ao teste de refutação entre uma e outra, apenas ao de confirmação¹⁵¹.

Em suma, não sendo possível a reconstrução histórica dos fatos, a verdade no processo nunca será obtida em termos absolutos, como, quixotescamente e obstinadamente perseguem os juízos Indiana Jones da “verdade real”. Pertencendo ao passado o fato que se busca conhecer, a verdade será sempre aproximativa, probalística, no sentido de verificar quando se justifica aceitar uma hipótese como verdadeira, de acordo com o *standard* estabelecido para a decisão.

150 *Idem*, p. 165-166.

151 Nesse contexto, o confronto não será entre as hipóteses, mas entre as provas que confirmam e as que refutam as hipóteses.

A admissão de uma hipótese acusatória depende, inicialmente, da quantidade, qualidade, segurança e variedade das provas, da coerência interna entre elas e da conexão que elas possam estabelecer com a situação que buscam demonstrar, além de outros fatores referidos por Marina Gascón Abellán, já mencionados acima. Depende também do exame de não refutação com as provas contrárias ou com as que emprestem apoio a uma hipótese que rivalize com a do órgão acusador.

Entretanto, a valoração das provas não é suficiente para se impor uma condenação, sendo apenas a segunda etapa da decisão. Demais de admitido como verdadeiro o fato afirmado na denúncia, é dever do juiz analisar se as provas foram bastantes e suficientes para atender ao *standard* fixado, não qualquer um, mas aquele que corresponda e se equivalha ao do “além de qualquer dúvida razoável”, que não é outro senão o da **altíssima probabilidade**, preconizado por Gustavo Badaró.

Uma última colocação se faz necessária quanto a este tópico.

O livre convencimento probatório não é receita que a lei ministra ao juiz para que decida de acordo com suas idiossincrasias, seus vieses e heurísticas, como se não devesse nada a ninguém, senão à sua própria consciência. A tarefa quase divina de julgar seus semelhantes há de ser exercida com muita responsabilidade¹⁵², e não pode se contentar com a mera exigência que se faz ao juiz de dar motivação à sua escolha, pois até ao absurdo nunca faltam explicações.

152 “Se o homem, ao castigar, cumpre uma missão augusta e quase divina, para que sua ação resulte sensata e adequada, deve inclinar-se até a verdade com a maior prudência e firmeza que o homem é capaz, com o que exige o estado de certeza; de outro modo, o chamado a castigar se pareceria a um bêbado que, vacilante e inseguro, agitará em suas mãos uma arma temível”. (Pietro Ellero, De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia criminal, Ed. Olejnik, 2016, p. 26-27)

A motivação transcende a explicação de determinada escolha que se faça no processo. As opções que o juiz realiza não de encontrar justificação racional nas provas idôneas – e somente nelas – sorvidas no procedimento, que apenas as regras de lógica, os critérios científicos ou as máximas de experiência conseguem justificar.

Isso, entretanto, não é o bastante, especialmente no processo penal, em que a presunção de inocência precisa ser vencida para que uma pena, de qualquer natureza ou medida, seja imposta ao réu. É por ela e em nome dela (presunção de inocência) que se deve impor um nível diferenciado de comprovação da hipótese acusatória para que esta seja aceita como verdade no processo.

Antes de o juiz perguntar se há provas da inocência do réu, ou se há dúvidas quanto à culpabilidade dele, deve verificar se a hipótese acusatória tem respaldo nos autos, se quem acusa conseguiu alcançar o grau de constatação necessário para que possa ela ser aceita como provada, para fins de condenação.

Desse modo, toda sanção penal deve ser precedida do exame crítico que o juiz há de fazer a respeito da prova da culpabilidade e do nível de comprovação que ela obteve no processo. Em determinando a lei, explícita ou implicitamente, o *standard* probatório necessário para imposição de uma condenação, estabelece, *ipso facto*, o grau de suficiência probatória que a acusação deve atingir para que a presunção de inocência seja vencida.

Nesse diapasão, a absolvição não é opção que se dá ao juiz tão somente quando imbuído de **certeza** da inocência ou quando impregnado de **dúvidas** sobre a culpabilidade¹⁵³. Se a responsabilidade do

153 Não podemos olvidar que a certeza que se busca no processo penal é sobre a culpa do acusado, e não da inocência dele, que não precisa ser provada, visto que se presume.

réu é constatada no processo, mas não no grau exigido para impor uma sanção penal, a carta de inocência deve ser expedida na sentença.

A ordem jurídica não se satisfaz com a circunstância de o órgão acusador ter logrado êxito em provar o fato imputado na denúncia. É imperioso e indeclinável medir a suficiência probatória alcançada, verificando se o *standard* estabelecido para a condenação foi superado.

E aqui afasto a ideia de que o não cumprimento do *standard* probatório estabelecido para a decisão importa em estado de dúvidas, de modo que a situação se resolveria com base no *in dubio pro reo*.

Certeza e dúvida no processo são estados psicológicos do juiz diante de uma controvérsia a ser resolvida, que, sempre e sempre, deve estar autorizada nas provas existentes, racionalmente consideradas. Estou a defender que o não cumprimento do *standard* probatório não significa, necessariamente, que a situação seja de dúvidas para o juiz. A questão não é subjetiva, mas objetiva; é de verificação do grau de apoio probatório que a teoria acusatória alcançou no processo.

OS STANDARDS PROBATÓRIOS E SEUS DIFERENTES NÍVEIS

Já deixamos ver que, no processo penal, é insuficiente que a hipótese acusatória, ao fim da instrução criminal, se apresente mais provável que a hipótese de inocência.

Diversamente do que ocorre na maioria das causas cíveis, não se trata de proclamar, na sentença, quem mais e melhores provas produziu no processo.

Por gozar o réu da **presunção de inocência**¹⁵⁴, é intuitivo exigir que o *standard* de prova para a condenação seja maior que a simples preponderância das provas da acusação sobre as da defesa.

E qual a razão dessa exigência?

Larry Laudan provoca perguntando por que temos de estabelecer o limite em um ponto maior da preponderância das provas (>50%)? Afinal, diz ele, se a hipótese tem mais da metade da probabilidade, o proverbial homem razoável deveria aceitá-la como uma hipótese provavelmente verdadeira. Ele próprio responde afirmando que estabelecemos um limite mais alto do ponto médio somente quando acreditamos que uma das classes de erro que se podem cometer é mais custosa – pelo que nos interessa que se evite com maior assiduidade – que a outra. E conclui dizendo: *“no contexto do direito processual penal, quando estabelecemos um limite de prova em um ponto maior ao da preponderância das provas, estamos dizendo que estamos tentando dar ao acusado o benefício da dúvida, por que pensamos que condenar erroneamente o inocente é pior que absolver erroneamente o culpado. Neste sentido, se depois de haver observado e escutado todas as provas no juízo oral, o jurado pensa que o acusado é provavelmente culpado, mas, em vista disso, ele considera que alguns dos elementos do caso da acusação não são todos convincentes, então está obrigado a dar o benefício da dúvida ao acusado e, portanto, a absolvê-lo”*¹⁵⁵.

154 A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que *“toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa sejam asseguradas”* (art. 11º, 1). O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos também dispõe que *“qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”* (art. 14,2). O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) igualmente prescreve que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocente enquanto não se comprove sua culpa”* (art. 8,2).

155 Verdad, error y proceso penal, *ob. cit.*, p. 105.

Em assim sendo, não basta que as provas da acusação tenham maior grau de confirmação do que as da defesa, pois há um estado de inocência que precisa ser superado, não em qualquer nível, mas em grau que afaste a probabilidade de erro na decisão.

A **probabilidade prevalecente** (*mais provável que não*) não é compatível com o sistema de proteção que a Constituição Federal confere ao acusado no processo-crime, de presunção de inocência.

A prova, para que a condenação seja justa, deve ser unívoca, no sentido de ela não permitir estabelecer a probabilidade de que as coisas possam ter acontecido segundo a versão do réu. Para que a hipótese acusatória prevaleça, mister que a hipótese de inocência seja afastada **inteiramente**, sem deixar espaços a dúvida, que sempre favorece o acusado.

Apenas quando os fatos estabelecidos na denúncia enjeitar qualquer hipótese razoável de inocência, deve-se condenar. Contudo, quando elas possibilitarem duas interpretações razoáveis, uma que aponte a culpabilidade e outra a inocência, deve-se preferir a que aponte a inocência.

E não se pode mesmo contentar com um *standard* probatório do tipo “*mais provável que não*” (51%). A hipótese de culpabilidade deve se distanciar bastante da hipótese de inocência, e não apenas ser aproximativa dela. Se ambas se avizinham, o que há é um estado de dúvida. E dúvida, no processo penal – não me canso em bradar –, se resolve em favor do réu.

Importante tecer breves considerações sobre o princípio da presunção de inocência e o de sua vertente, *in dubio pro reo*, e suas relações com o *standard* de prova.

Os *standards* de prova têm íntima relação com o princípio da presunção de inocência¹⁵⁶, não, porém, com o *in dubio pro reo*, que antecedeu aquele.

No sistema inquisitivo do *antigo régime*, a inocência ou a culpabilidade não eram as duas conclusões a que podia o juiz chegar após a valoração das provas. Em situações de dúvida, o caso era resolvido pela declaração de **semiculpabilidade**, que consistia em condenação a uma pena mais leve a que corresponderia o delito¹⁵⁷.

Apenas mais tarde é que a dúvida passou a ser considerada em favor do réu como norma de caráter moral, sem forças imperativas e sem apoio normativo algum até a Declaração Francesa de 1789. Tratava-se apenas de um conselho dirigido ao julgador¹⁵⁸.

O *in dubio pro reo*, embora tenha precedido o princípio da presunção de inocência, é considerado hoje como “projeção ou manifestação da presunção de inocência”¹⁵⁹.

Conquanto haja quem entenda que o *in dubio pro reo* já está compreendido na presunção de inocência¹⁶⁰, e que deve ser abandonada referida parêmia, a mim me parece claro que ambas, como

156 O objetivo maior da presunção de inocência é livrar o réu de qualquer ônus probatório que o obrigue a provar a sua condição de inocente, e impedir que se possa instituir contra ele qualquer presunção de culpabilidade.

157 Mercedes Fernandes López, *Prueba y presunción de inocência*, Ed. Instel, 1. ed., 2005, Madri, p. 163.

158 *Idem*, p. 164-165.

159 Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, Ed. Lumen Juris, 2010, p. 367.

160 Para Larry Laudan, um *standard* de prova exigente dispensa o *in dubio pro reo*, a presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova, porque todos já estão nele incorporados ou compreendidos (Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar, *ob. cit.*, p. 112). Assim também Michele Taruffo, para quem a exigência de um *standard* probatório maior no processo penal para a condenação, de alta ou altíssima probabilidade, não decorre do princípio da não culpabilidade, mas da escolha política, embora não exclua as justificações jurídicas de garantias processuais do imputado. Para esse jurista italiano, é a adoção de um *standard* elevado que dá força e valor à presunção de não culpabilidade, na medida em que o critério de prova além de toda dúvida razoável implica que é particularmente difícil vencer a presunção e condenar o imputado (Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, p. 1.306-1.307, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>

regras de juízo, não se confundem, e podem ser bem distinguidas quando relacionadas ao *standard* de prova exigido no processo penal.

O *in dubio pro reo* é regra de juízo que se utiliza quando as provas da acusação, a despeito de terem sido confirmadas e não refutadas, venham a permitir um estado de dúvida racionalmente aceitável, que não pode ser dirimido pelo juiz sem risco de (grave) erro em condenar alguém que pode ser inocente.

A presunção de inocência resolve as situações de insuficiência probatória, controlando e medindo o que pode o juiz considerar como bastante e necessário para proclamar a culpabilidade de quem se apresente no processo como réu. O *in dubio pro reo* é regra de aconselhamento do juiz quando, depois de valoradas e sopesadas as provas, as dúvidas – que hão de ser objetivamente razoáveis – não podem ser dissipadas, por subsistir, após todos os esforços empreendidos, a probabilidade de o acusado ser inocente.

Enquanto a presunção de inocência mostra sua eficácia quando existe falta absoluta de provas ou quando as praticadas não reúnem as garantias processuais, o princípio do *in dubio pro reo* apenas entra em jogo se, depois de valoradas as provas obtidas e praticadas com observância daquelas garantias, restam dúvidas ao julgador sobre o cometimento do delito ou sobre a participação que neste pode ter o acusado¹⁶¹.

Em situação de dúvida, por questões éticas, filosóficas e políticas, considera a lei que é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, pois como enumera Larry Laudan, “*é muito mais prudente absolver duas pessoas que sejam culpadas que ditar uma sentença condenatória a uma pessoa virtuosa ou inocente (Voltaire); é*

161 Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, 1. ed., 2018, p. 301.

*melhor que dez pessoas culpadas se livrem do castigo a que um inocente o sofra (William Backtune); É melhor que cem pessoas culpadas se livrem que uma pessoa inocente sofra (Benjamin Franklin); É melhor absolver mil pessoas culpadas que condenar à morte um só inocente (Moses Maimonides)*¹⁶².

Já a presunção de inocência pressupõe que o acusador – nos ombros do qual recai o ônus de provar, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade penal do réu – não conseguiu atingir o nível probatório que a lei exige para considerar comprovada a hipótese inculpatória. Ou seja: a presunção de inocência é critério que o juiz usa para decidir quando o órgão da persecução penal não desempenhou satisfatoriamente o ônus de provar, fora de quaisquer dúvidas razoáveis, a culpabilidade do réu.

Em resumo: a **presunção de inocência** resolve as situações de insuficiência probatória; o *in dubio pro reo* as que, cumprindo a contento o *standard* exigido, a prova da acusação não supera as dúvidas que deixam as provas da defesa.

Desse modo, não creio que a insuficiência probatória deva ser resolvida pelo *in dubio pro reo*, como a muitos parece. Se o órgão acusador não cumpre seu ônus de demonstrar todos os elementos constitutivos do crime, bem assim a inexistência de fatos impeditivos, a questão não é de **dúvidas**, mas de descumprimento de um dever de provar, que leva à absolvição. Quando a acusação não desempenha a contento o ônus probatório que lhe cabe, a presunção de inocência não é afetada.

Tomando como parâmetro a escala de 0 a 1, adotada pela doutrina, em que 0 representa ausência de confirmação; 0,5 traduz confirmação fraca e 1 confirmação forte, e considerando que o *standard*

162 Verdad, error y proceso penal, p. 103.

para a condenação se situa em algo maior ($>$) que 0,9, o fato não se considerará provado se, por exemplo, alcançar um grau de confirmação de 0,65.

Nessas circunstâncias, embora a acusação tenha obtido certo êxito na confirmação da teoria desenvolvida na denúncia, foram elas insuficientes para desvirtuar a presunção de inocência.

Essa situação é resolvida com base na presunção de inocência, e não no *in dubio pro reo*, que pressupõe sempre a existência de uma dúvida a ser considerada diante de duas explicações que, concorrentes entre si, atingiram o grau de suficiência probatória para serem consideradas verdadeiras.

Ambos têm como critério objetivo comum a exigência de cumprimento do *standard* probatório para a condenação. A presunção de inocência resolve as situações em que a acusação não cumpriu satisfatoriamente seu ônus probatório; o *in dubio pro reo* as que, tendo cumprido, encontra resistência nas provas do réu, as quais não consegue superar. É bem verdade que, neste último, o critério determinante é puramente subjetivo, pois a dúvida é sempre um estado mental.

Marina Gascón Abellán, procurando formular *standards* de prova para a condenação, segundo os níveis de exigência, apresenta um esquema de níveis de confirmação para que uma condenação prepondere. Para ilustrar seu pensamento, com o qual não concordo inteiramente, considera a autora valores compreendidas de 0 a 1, pontuando que, como fixado acima, 1 corresponde à confirmação sólida, 0,5 confirmação fraca, e 0 ausência de confirmação.

Explica ela que há uma confirmação sólida quando as provas, consideradas em seu conjunto, apenas encontram explicação se a hipótese for verdadeira ($p - > h$); ou seja, quando não forem compatíveis

com a hipótese contrária ou for muito difícil explicá-las se a hipótese contrária for verdadeira. Ao reverso, estaremos ante uma confirmação fraca quando as provas podem se explicar, mas não são incompatíveis com a hipótese contrária ($h - > p$).

Para ela, as hipóteses de culpabilidade (H_c) e as hipóteses de inocência (H_i) poderiam ser representadas pelos seguintes graus de confirmação:

Possíveis graus de confirmação de H_c

- Solidamente confirmada: $H_c - 1$
- Debilmente confirmada: $H_c - 0,5$

Possíveis graus de confirmação de H_i

- Solidamente confirmada: $H_i - 1$
- Debilmente confirmada: $H_i - 0,5$
- Ausência de confirmação: $H_i - 0$

Em seguida, a autora constrói uma escala de *standards* probatórios (EP) segundo os níveis de exigência para condenar, representando-os da seguinte forma:

EP1: $H_c - 0,5$ (exigido) e $H_i - 1$ (tolerado)

EP2: $H_c 0,5$ (exigido) e $H_i - 0,5$ (tolerado)

EP3: $H_c - 0,5$ (exigido) e $H_i - 0$ (tolerado)

EP4: $H_c - 1$ (exigido) e $H_i - 1$ (tolerado)

EP5: $H_c - 1$ (exigido) e $H_i - 0,5$ (tolerado)

EP6: Hc – 1 (exigido) e Hi – 0 (tolerado)

Entende a autora que nos EP1, EP2 e EP3, até por não haver sólida confirmação da Hc, não há espaço para condenar. Todavia, segundo ela, no tocante aos EP4, EP5 e EP6, estando a Hc solidamente confirmada, pode haver condenação, inclusive no EP4, quando a Hc e Hi se encontram solidamente confirmadas¹⁶³.

Particularmente, considero que na situação de a Hc e a Hi estarem ambas solidamente confirmadas, conquanto tenha a acusação alcançado *standard* probatório necessário à condenação, a Hc encontra forte resistência no Hi, o que afasta a possibilidade de condenação, especialmente se há incompatibilidade entre ambas. Nesse enredo, o que há é um estado de dúvidas. E dúvidas, no processo penal... .

Mesmo no EP5, creio não se autorizar a condenação quando a Hi não puder ser inteiramente descartada. Não conseguindo a Hc vencer as dúvidas razoáveis que a Hi provoca, a absolvição é de rigor. Assim deve ser considerado porque, além de a Hc estar confirmada, é fundamental que consiga ela refutar “*todas as demais hipóteses explicativas desses mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc*”¹⁶⁴.

É insuficiente que as provas permitam ao juiz considerar razoável o reconhecimento da culpa do acusado; o que importa é que não restem dúvidas que permitam ter por razoável a hipótese de inocência. Desse modo, se a análise das provas também tolerar uma situação que seja racionalmente compatível com a hipótese de inocência, forçosamente a absolvição é o único caminho a trilhar.

¹⁶³ Ob. cit., p. 72-74.

¹⁶⁴ Jordi Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 147.

Havendo probabilidade de o réu ser inocente, ainda que em menor grau que a hipótese de culpabilidade, o que existe é uma dúvida, que, sendo razoável, não permite a condenação.

Uma vez mais me escoro na posição de Gustavo Badaró, segundo o qual “a hipótese acusatória deve ser confirmada por um conjunto concordante de elementos de confirmação, bem como deverá ter resistido as hipóteses defensivas. E para que essas tenham força para derrubar a hipótese acusatória com ela incompatível, basta a prova dos fatos afirmados pela defesa, **ainda que em intensidade menor**. Expressando de modo mais simples, enquanto que para confirmar a acusação é exigível uma pluralidade de provas concordantes, para confirmar uma hipótese defensiva, basta uma prova da hipótese defensiva e a tese acusatória estará derrubada”.

Dessa maneira, assevera o eminente autor que para se impor uma condenação é imprescindível que: a) se tenham elementos de prova que confirmem, com **elevadíssima probabilidade**, todas as proposições fáticas que integrem a imputação formulada pela acusação; e b) não haja elementos de prova que **tornem viável** ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação¹⁶⁵.

De todo o exposto, parece-me claro que a condenação exige o cumprimento de um *standard* de provas que aponte a existência de **elevadíssima probabilidade** de que os fatos descritos na denúncia são verdadeiros, como também de que a hipótese de culpabilidade não seja contrariada, debilitada ou neutralizada pela hipótese de inocência,

165 *Ob. cit.*, p. 259 (grifos nossos).

razoavelmente demonstrada nos autos, que a análise crítica e racional das provas não consegue eliminar¹⁶⁶.

A “certeza” que se busca alcançar para a condenação não depende apenas do grau de confirmação que a hipótese acusatória tenha na prova dos autos, mas também do afastamento de todas as hipóteses de inocência que possam ser racionalmente consideradas e, por isso, não inteiramente descartadas.

De qualquer modo, não se põem dúvidas que, para a condenação, a hipótese acusatória deve ter abrigo nas provas dos autos em termos de **elevadíssima probabilidade** (acima de 90%, se se pudesse colocar números ao *standard*), sem a qual não se torna necessário sequer perquirir sobre o grau de probabilidade que a hipótese de inocência conseguiu obter no processo.

Esta é a função de um *standard* probatório. Seu papel é estabelecer níveis de corroboração que uma hipótese deve ter no processo para que ela possa ser considerada verdadeira. Se não se alcança o grau de comprovação que a decisão exige, o fato não é considerado provado¹⁶⁷. Noutras palavras, a acusação sucumbe quando não conseguir a verdade dos fatos no *standard* de prova exigido, do contrário pouco valerá a presunção de inocência se o juiz puder condenar quando as provas se mostrarem insuficientes para desacreditá-la.

166 Gustavo Badaró, na apresentação do *standard* de provas que entende ideal ao processo penal, assevera que a hipótese fática defensiva, “*mesmo com um grau menor ou mais baixo de suporte probatório, desde que encontre confirmação em algum segmento probatório e não tenha sido refutada, (pode) concorrer com a hipótese acusatória, ainda que com menor força ou probabilidade lógica, mas mesmo assim conduzirá à absolvição*” (*ob. cit.*, p. 260).

167 A valoração da prova é o núcleo do processo decisório e, num sentido muito amplo, consiste em avaliar o apoio que o conjunto das provas validamente aportadas no processo empresta às hipóteses fáticas litigiosas e decidir, em consequência, se tais hipóteses podem ser aceitas como verdadeiras (ou seja, se podem dar-se como provadas). Contudo, dado que o apoio que as provas emprestam a essas hipóteses se expressa em termos de probabilidade, valorar a prova consiste, mais precisamente, em avaliar, de um lado, o grau de probabilidade com que as provas apoiam as hipóteses e decidir, de outro, se esse grau de probabilidade é suficiente para tratar as hipóteses como verdadeiras. (Marina Gascón Abellán, *ob. cit.*, p. 64-65)

Volto a insistir: a defesa não precisa provar nada. É da acusação o ônus de provar sua teoria de acordo com o *standard* estabelecido para a decisão. Se não há prova ou se há prova em nível insuficiente, ainda que em grau maior do que o da defesa, o fato é considerado não provado.

Coloco acento, a mais não poder, que acusação deve atuar no processo para atingir o grau de prova previsto para a condenação, não sendo suficiente que a confirmação de sua hipótese se revele maior que a hipótese de inocência (*mais provável que não*). Depois de submetida aos testes de confirmação e refutação, a hipótese de culpabilidade tem não apenas que sobressair sobre a hipótese de inocência, mas também estar comprovada acima de qualquer dúvida razoável, ou, noutros termos, em **altíssimo grau de probabilidade** de que seja verdadeira. Assim deve ser porque a *Lex Mater* do país procurou forrar os acusados no processo penal de erros judiciais, por meio da presunção de inocência, que, embora não seja um *standard* de provas, é princípio informador do nível de exigência de provas para que se possa impor uma condenação.

A presunção de inocência é incompatível com um *standard* de prova onde a causa pode ser decidida pela preponderância de provas, de maneira que não se pode considerar que “a hipótese que tenha resultado mais confirmado é aquela que deverá se dar por provada”¹⁶⁸.

Bem se vê que é longo o caminho a se percorrer para que a hipótese acusatória seja considerada confirmada nos autos. A **verdade** no processo, para fins de condenação, não depende apenas de a hipótese acusatória estar solidamente confirmada nos autos, pois a hipótese de inocência também pode estar, talvez em nível mais reduzido, sem que isso implique, necessariamente, que possa a primeira ser considerada

168 Jordi Ferrer Beltrán, *Estándares de prueba y prueba científica*, p. 28.

provada em detrimento da segunda pelo maior grau de probabilidade, que no processo penal há de ser sempre a **qualificada**.

A VARIEDADE DE STANDARDS DENTRO DO SISTEMA PENAL

A despeito de o direito pátrio não fixar *standards* de provas, ninguém põe dúvidas de que o processo penal não se contenta com um único modelo de constatação, que varia de acordo com a decisão proferida.

Sabe-se que o nível de prova se comporta conforme o grau de intervenção que a decisão possa provocar nos direitos da pessoa por ela atingida, que vai da condição de simples suspeito para o de indiciado, de denunciado, pronunciado (nos crimes contra a vida) e condenado. Cada decisão opera com *standards* de provas distintos, indo do menor para o de maior exigência, em uma escala progressiva, em termos de autoria, especialmente.

No direito estadunidense preponderam três tipos de *standard*: 1) o da preponderância de provas (*preponderance evidence*), ou “mais provável que não”; 2) da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), e; 3) prova “além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Os dois primeiros servem ao processo de natureza civil; o terceiro, ao processo criminal¹⁶⁹.

Nos processos em que a lide envolve interesses unicamente privados, há uma repartição do ônus probatório entre as partes

169 Susan Haak menciona ainda dois outros *standards*: o da suspeita razoável ou causa provável, que se exige para um registro; e o requisito indicado na regulação sobre a pena de morte no Texas, acerca de que o juiz deverá impor a dita pena somente se encontrar, “*além de toda dúvida razoável*”, que “*há uma probabilidade*” de que o sujeito será perigoso no futuro. (El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, estándares de prueba y prueba científica, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 69)

e estas são postas, desde o princípio do processo, em condições de igualdade de posições e de armas. Nessa conjuntura, calha com perfeição o *standard* da “*preponderância da prova*”, sagrando-se vencedora na causa a hipótese que recebe maior confirmação nas provas.

Os interesses jurídicos em disputa permitem que no processo civil o *standard* de prova seja menos rigoroso do que no processo penal, quando se põem em jogo bens imateriais mais elevados e caros ao homem, como é sua liberdade.

O *standard* é uma escolha política do legislador, que pode estabelecer os níveis de erros aceitáveis em determinada decisão judicial. Quanto maior for o nível de exigência, menor será o de erros. Nas causas civis admite-se a possibilidade de mais erros porque os interesses em discussão são privados e, em boa parte das vezes, econômicos.

Evidente que há causas civis que não se contentam com a fixação de um *standard* mínimo, exigindo um maior grau de verificação, como as que envolvem relações familiares e parentais. Para essas questões, o direito norte-americano usa o *standard* de “**prova clara e convincente**” (*clear and convincing evidence*), onde o nível de corroboração da hipótese é sensivelmente maior¹⁷⁰.

Dessa maneira, a definição do nível de suficiência probatória não é epistemológica, mas de ordem política, estabelecida de acordo com os custos sociais da decisão.

Já passamos em revista que, no processo penal, considera a lei ser necessário maior grau de confirmação possível para se declarar a culpabilidade do réu, máxime por favorecê-lo a presunção de

170 No Brasil, as ações de improbidade administrativa e os processos administrativos disciplinares também pedem *standard* probatório maior do que o da simples preponderância.

inocência, que traz embutida a ideia de a condenação não se satisfazer com qualquer nível de prova.

Considera o legislador que, em se tratando da liberdade dos cidadãos, uma condenação falsa é mais danosa e atroz que a absolvição falsa. Um Estado Democrático de Direito deve primar pela preservação da liberdade do cidadão, evitando, tanto quanto possível, a ocorrência de erros judiciais no sistema penal.

Se não é possível evitar o erro judicial, os esforços devem ser no sentido de limitá-lo o máximo que se puder. E a maneira de fazê-lo é por meio do estabelecimento de um *standard* probatório exigente, como é o “além de toda dúvida razoável” (*evidence beyond a reasonable doubt*), do sistema norte-americano.

Não se pense, porém, que este deva ser considerado o único *standard* de prova no processo penal.

Absolutamente.

O que define o *standard* de prova, já me adiantei em dizer, não é apenas a natureza do processo (civil ou penal), mas a da decisão proferida dentro do mesmo subsistema normativo. Quanto maior for a invasão ou afastamento de direitos fundamentais do réu, tanto mais se há de exigir em termos probatórios¹⁷¹.

O processo penal é constituído por várias etapas, estabelecidas em forma crescente, indo do inquérito à sentença final. Em cada uma delas, o grau de probabilidade de acerto das provas – especialmente quanto à autoria e à materialidade – varia de acordo com a

171 O grau de suficiência probatória depende muito, igualmente, do degrau em que o processo se encontra, que evolui dentro do procedimento rumo à sentença. E não teria mesmo o menor sentido exigir, por exemplo, um *standard* probatório de alta ou altíssima probabilidade para decretar uma medida cautelar tendente à obtenção de provas quando a finalidade dela é, justamente, dar base probatória a decisões ulteriores que se devam tomar no processo, como é o caso da pronúncia e da sentença.

importância do provimento jurisdicional, considerado à vista dos direitos fundamentais do suspeito, indiciado ou acusado.

Como faz anotar Gustavo Henrique Badaró, na sua primorosa obra sobre prova penal, *“ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o objeto da investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade, para um de probabilidade, até se chegar à certeza”*¹⁷².

Para abertura de uma investigação criminal, exigem-se apenas indícios de que um fato criminoso existiu e da **verossimilhança** de quem seja o seu autor.

Verossimilhança não se confunde com probabilidade, e muito menos com certeza, que acabam sendo, na verdade, epítetos que se dão ao nível de convencimento do juiz na tomada de decisões.

Na **verossimilhança** temos um enunciado que autoriza a formulação de uma hipótese segundo a ordinariedade das coisas ou dos acontecimentos, sem necessariamente ter correspondência com a realidade. O termo *“serve para destacar esse aspecto de uma afirmação sobre um fato com base no qual se pode dizer que corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas, numa situação em que essa alegação não tenha sido submetida a verificação probatória ou demonstrativa. Em outras palavras, se considera verossímil o que corresponde com a normalidade de um certo tipo de conduta ou acontecimento”*¹⁷³.

Esse é também o conceito de Taruffo, para quem a verossimilhança traz consigo a ideia de conhecimento preliminar sobre a

172 Epistemologia judiciária e prova penal, ed. Revista dos tribunais, 2019, p. 240.

173 Ana Sanches Rubio – Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatória, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 189.

normalidade de determinado acontecimento ou de uma coisa, sem necessariamente corresponder à realidade. Taruffo exemplifica com a situação do hábito de o professor receber os estudantes nas quartas-feiras às 10h da manhã e com a cor dos cisnes brancos¹⁷⁴.

Assim, verossimilhança é um juízo que se faz a respeito de um enunciado fático conforme o que se observa visualmente, ou dentro dos padrões naturais das coisas.

Desse modo, a verossimilhança não tem assento na realidade dos fatos ou das coisas, mas naquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*).

A verossimilhança depende do conhecimento que se tem sobre a normalidade do acontecimento, e não com a realidade dele; ela não é aferida necessariamente sobre fatos provados nos autos, mas com a aparência de verdade que ela revela, considerado-se a regularidade do acontecimento¹⁷⁵.

No exemplo de Taruffo, é verossímil que todos os cisnes sejam brancos, pois essa é a cor habitual deles. Entrementes, conquanto inverossímil, a realidade mostrou a existência de cisnes negros na Austrália¹⁷⁶.

Desse modo, verossimilhança não atesta a verdade ou a falsidade de um enunciado, que é juízo que se obtém pela probabilidade.

Possibilidade também não se baralha com probabilidade.

174 *Ob. cit.*, p. 111-112.

175 O juízo de verossimilhança tem um caráter instrumental, que não se funda em prova, mas em elementos razoáveis em termos comparativos e se emite, não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato, quer dizer, acerca da alegação do fato, proveniente de uma parte e que o afirma historicamente já ocorrido. Assim, no juízo de verossimilhança não se predica a relação de proximidade ou de representatividade de uma asserção em relação à realidade, mas a existência de razões para sustentar que a asserção é verdadeira. (Rodrigo Rivera Morales, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 104)

176 Fala-se na teoria dos cisnes negros, para representar um evento raro, inverossímil.

No dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “**possibilidade**” é a condição do que é **possível**, o que “*preenche as condições necessárias para ser, existir ou realizar-se, o que pode ser verdadeiro; que talvez exista ou vá existir; admissível; concebível (...)*”. Não se confunde nem pode ser tomado como sinônimo de **probabilidade**, que, segundo o citado dicionarista, é a “*perspectiva favorável de que algo venha a ocorrer (...); o grau de segurança com que se pode esperar a realização de um evento, determinado pela frequência relativa dos eventos do mesmo tipo numa série de tentativas*”.

O que a doutrina tem hoje como possibilidade, Malatesta chamou de **credibilidade em sentido específico**, que se verifica “*sempre que a coerência se encontra diante de motivos iguais para afirmação e negação*”¹⁷⁷.

E finaliza: “*se os motivos deixassem de ser iguais, não existiria mais o crível no sentido específico; Teríamos o provável, mais que o crível específico, ao lado dos motivos maiores (...). Se existissem apenas motivos de uma só espécie, dignos de serem levados em consideração, nem mesmo haveria conhecimento do crível em sentido específico, mas do certo, pleno de credibilidade genérica*”.¹⁷⁸

Assim, para Malatesta, **possível** (que chama de crível, fundado em razões que ele próprio explica)¹⁷⁹ é quando há iguais motivos para crer e para não crer, ou, nas palavras de Aury Lopes Júnior, “*quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes*” ou “*quando inexistia um predomínio das razões positivas sobre as negativas ou vice-versa*”¹⁸⁰. No **provável**, os motivos divergentes são racionalmente desconsiderados, ou quando não anulados por prova excludente dos

177 Ob. cit., p. 84.

178 Ob. cit., p. 84-85.

179 Ob. cit., p. 83.

180 Aury Lopes Júnior, Direito processual penal, Ed. Saraiva, 2015, 16. ed., p. 634.

motivos divergentes da crença, o que Malatesta chamou “*prova cumulativa da certeza*”¹⁸¹.

O *standard* de prova no direito penal brasileiro vai da verossimilhança, da possibilidade até a probabilidade, em seus diversos graus.

No inquérito policial, por exemplo, o indiciamento de alguém será sempre abusivo se não houver indícios que vão além da mera suspeita, da conjectura, da ilação.

O indiciamento não pode ser ato arbitrário da autoridade policial. A pessoa somente passa da situação de suspeito a de indiciado se houver provas mínimas que indiquem a verossimilhança de ele ser o autor do crime¹⁸².

À autoridade policial também não é dada a opção de indiciar ou não. Havendo elementos de autoria, deve proceder o indiciamento **imediato**, com base no qual o indiciado pode exercer direitos no inquérito, como manter-se em silêncio, requerer diligências, negar-se a participar de reconstituição do crime, de reconhecimentos, etc.

O simples indiciamento não autoriza, necessariamente, o requerimento de prisão preventiva. A lei exige que, importando a custódia cautelar em grave restrição a direitos do indiciado, que o indício seja “**suficiente**” (CPP, art. 312).

O indiciamento, que pressupõe a existência de indícios de autoria, não autoriza, necessariamente, a prisão preventiva, que impõe um *standard* probatório maior.

181 *Ob. cit.*, p. 76.

182 *A latere*, deve ser coibida a prática viciosa de a autoridade policial, havendo indícios de autoria, usar a técnica de tomar a declaração do “*suspeito*” como testemunha, evitando, com essa estratégia, burlar o direito ao silêncio. Depoimento tomado sob essa circunstância, não pode ser considerado, a não ser que, ao tempo dele, não pesava sobre a “*testemunha*” nenhum elemento de prova que pudesse colocá-la como suspeita de ser o autor do crime.

Fora a condenação, a prisão preventiva é a medida mais grave que se pode tomar no processo contra o réu. Por afetar a dignidade do ser humano, não pode mesmo a lei contentar com qualquer nível de evidência em relação ao fato criminoso e à autoria dele.

Quanto a ela, a lei institui, como condições, que haja “*prova da existência do crime e **indício** (no singular) suficiente de autoria*”, além, claro, de prova da presença de uma das situações de risco para o processo ou para a ordem pública ou econômica.

O adjetivo “*suficiente*”, que qualifica o substantivo **indício**, não deve ser compreendido apenas como o necessário e bastante para a promoção da ação penal, como parece a muitos. Aqui, a “*suficiência*” deve ser medida em termos de probabilidade que se aproxime (não necessariamente que se equivalha) do grau de certeza que autoriza a condenação¹⁸³.

A razão de tal exigência é feita pelo princípio da proporcionalidade, pois, quanto maior for a importância constitucional do direito fundamental afetado e mais grave e intenso for a interferência nele, maior deve ser o *standard* probatório a se cumprir na aplicação do caso concreto¹⁸⁴.

Essa afirmação põe à mostra de quanto é equivocado o entendimento no sentido de que, em matéria de *Habeas Corpus*, não se permitem fazer incursões probatórias para aferir a autoria ou participação do paciente no delito, que deve ser reservado para a decisão final.

183 Como bem obtempera José Luís Castilho Alva, “*uma democracia constitucional – e não uma democracia meramente formal – deve fazer efetivo o respeito aos direitos humanos e, em especial, à liberdade pessoal, garantindo que, quando existam imputações contra um cidadão, somente se pode ativar o uso da prisão provisória em casos graves e excepcionais, com base em evidências que representem **um alto grau de probabilidade de uma pessoa ter cometido um crime***” (Hechos y razonamiento probatório, el fumus commissi delicti y el estándar probatório en la prisión provisional, Editores Del Sur, 1. ed., 2018, p. 225, nossos destaques).

184 *Idem*, p. 226.

A prisão cautelar, a qual reclama o chamado *fumus commissi delicti*, deve estar calcada em indícios sérios de autoria, em elementos que apontem, **com alto grau de segurança**, que o indiciado/réu pode ter cometido o crime. Não prestam as suspeitas, por mais fortes que possam se apresentar. E mais: se tratando de indícios, não de ter eles força e consistência que permitam afirmar que o indiciado/réu possa mesmo ser, **provavelmente**, o autor do crime.

Não se põem dúvidas que a prisão provisória tem consequências mais drásticas e funestas do que a deflagração da ação penal, de modo que o *standard* de prova de uma e outra apresentam diferentes graus de exigência. Por essa razão, é corrente e moente na doutrina e na jurisprudência que, havendo motivos para a prisão preventiva, sobejam para a promoção da ação penal, não se permitindo dilação do inquérito para promoção de diligências.

Embora haja certo consenso na doutrina de que o *standard* de prova da denúncia seja o da **probabilidade prevalecente**¹⁸⁵ (“*mais provável que não*”), tenho que, para esta fase do processo, pelo interesse afetado, basta a **possibilidade**¹⁸⁶, quando as provas inculpadoras, e as da inocência, se equivalem, não em termos absolutos¹⁸⁷.

185 “Segundo o *standard* de probabilidade prevalecente (...) uma hipótese sobre um fato resultará aceita ou provada quando seja mais provável que qualquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato, tratado ou considerado no processo e sempre que a hipótese for “mais provável que não; é dizer, mais provável que sua correlativa hipótese negativa”. (Marina Gascón Abellán, *Hechos y razonamiento probatório*, ob. cit., p. 66)

186 Sob o tema, preciosa é a lição de Gustavo Badaró, que, lembrando Carnelutti, diz “que o oposto da certeza é um gênero em que se podem distinguir um juízo de possibilidade ou um **juízo de probabilidade**, cuja diferenciação é apenas estatística. Há **possibilidade** no lugar de probabilidade, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No **juízo de possibilidade** não há predominância de qualquer razão positiva sobre as negativas, ou vice-versa. Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no **juízo de probabilidade** há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí se retorna ao campo do juízo de possibilidade” (Processo penal, 7. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 174-175 – destaques nossos).

187 Na fase do recebimento da denúncia, apenas a impossibilidade ou a improbabilidade impede o processamento da ação penal.

E não se pode mesmo privar o Ministério de provar a acusação, ainda que, pelas provas do inquérito, a **possibilidade** da inocência suplante a de culpabilidade¹⁸⁸.

O que se veda é o arbítrio, o abuso no direito de denúncia, de submeter alguém ao constrangimento de um processo que provavelmente terá como consequência apenas o malferimento do *status dignitatis* de quem se viu denunciado.

Daí por que, a par das exigências que a lei faz quanto aos requisitos que deve conter a denúncia (CPP, art. 41), a lei impõe a presença de **justa causa** para que esta ou a queixa-crime seja recebida (CPP, art. 395, III), que a doutrina e a jurisprudência definem, resumidamente, como a **existência de suporte probatório mínimo** para se iniciar a persecução penal¹⁸⁹.

Desse modo, já não é suficiente que a denúncia descreva a ocorrência de uma conduta típica, ilícita e culpável, e que concorram as demais condições da ação e pressupostos processuais. Deve haver um suporte probatório – trazido pelo inquérito ou por outras peças informativas – noticiando que um crime ocorreu e que existem elementos indiciários que permitem afirmar, sem muito erro, que o denunciado é, **possivelmente**, o seu autor¹⁹⁰.

O que se deve evitar são as denúncias manifestamente infundadas, nas quais aberra a possibilidade de o indiciado não ser o autor

188 Evidente que se houver diferença acentuada da proposição negativa sobre a positiva, o que haverá será um juízo de verossimilhança, e não de possibilidade.

189 Os acusadores, lembra Juan Montero Aroca, incluindo o Ministério Público, não podem fazer sentar no banquillo a quem queiram, mas apenas aquelas pessoas a respeito das quais existam elementos suficientes para fazer-lhes sofrer essa pena (Proceso penal, libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Ed. Thomson Civitas, 2009, p. 112).

190 Ao contrário da ação de natureza cível, em que a inicial é aferida *in status assertionis*, na ação penal a peça incoativa deve ser submetida à verificação de “*justa causa*” em seus aspectos jurídicos (tipicidade, prescrição, existência de causa de excludente de antijuridicidade, etc.) e fáticos (existência indubitosa da materialidade do crime e indícios “*razoáveis*”, cuja ausência faz da ação penal um constrangimento, que ao juiz cumpre evitar.

do crime. Contudo, quando as possibilidades de o denunciado ser ou não o autor do crime se equivalham, ou quando elas não se distanciam muito uma da outra, a persecução penal deve ser admitida para que o Ministério Público prove sua hipótese acusatória.

Assim, não vejo necessidade que, na denúncia, o juízo a se fazer, quanto à autoria do fato criminoso, seja o da **probabilidade**, o que significaria eleger o *standard* prevalente (*mais provável que não*).

O STANDARD DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO

Antes de verificarmos qual o *standard* de prova previsto para pronúncia, importante tratarmos do modelo de constatação mais exigente do processo penal, reservado ao ponto culminante da ação penal, que é a sentença.

Sabemos que uma condenação se apresenta viável apenas quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para anular, neutralizar ou desmentir as contrárias, que dão apoio à hipótese de inocência.

Mas quando é que a teoria acusatória pode ser considerada provada? Qual o nível de exigência probatória que o juiz deve considerar para obter a “certeza”?

O padrão norte-americano, como se viu algures, é o do “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova além da dúvida razoável), sobre o qual se debatem os juristas na explicação do que se deve considerar

por “dúvida razoável”, apresentando-se Larry Laudan como um dos seus maiores críticos, não apenas da expressão, mas do próprio *standard*¹⁹¹.

A **certeza** não é algo que se obtém em termos absolutos. Longe do subjetivismo judicial, ela deve ser perseguida em termos de **probabilidade**, não a estatística, mas a lógica ou indutiva, baseada no grau de confirmação que a hipótese tenha no acervo probatório.

O que importa não é a crença que o juiz possa ter a respeito do caso em julgamento. A certeza judicial – a única com aptidão para ditar uma sentença condenatória – é aquela lograda com base no **elevadíssimo** grau de corroboração que a hipótese recebe das provas.

Pouca relevância tem os efeitos que as provas possam provocar no espírito do juiz, pois para a lei sua convicção somente ganha importância se elas permitirem suplantarem o *standard* estabelecido como necessário e suficiente para vencer a presunção de inocência.

Por todos, esta a magistral posição de Gustavo Henrique Badaró:

“O que deve ser valorado é o grau de confirmação – e, conjuntamente, de não refutação – que o standard exige para que a hipótese seja considerada provada e não como um grau de crença do julgador. Assim, o problema principal não é quanto o juiz está convencido, ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito. O que o standard de prova deve

191 Larry Laudan faz crítica severa ao *standard BARD* (além da dúvida razoável), dizendo que na prática atual dos Estados Unidos e de outros países do *common law*, a dúvida razoável está completamente indefinida ou definida de maneira tão imprecisa que resulta inteiramente inútil. Assevera que o sistema não oferece aos jurados *standards* neutros e objetivos, estabelecendo apenas que é a intensidade da confiança subjetiva dos jurados na culpabilidade o que importa para condenar ou absolver o acusado. E o que é pior: o sistema também não possui controles para saber como o júri alcançará esse nível subjetivo de confiança (Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estndar-0/>)

definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática, para lhe dar corroboração.

Assim é fora dos domínios jurídicos, assim deve ser no campo do processo judicial. Um standard de prova deve ser formulado em termos do vínculo inferencial que deve existir entre as provas disponíveis e a hipótese de que se trate, para o fim de se considerar tal hipótese como uma proposição provada”¹⁹².

Nessa ordem de ideias, conquanto se tenha consagrado a regra da “*livre apreciação da prova*” (CPP, art. 155), certo é que essa liberdade, já dissemos, significa apenas que o juiz não se guia por critérios aprioristicamente predeterminados, como nos sistemas de prova legal ou taxada; todavia, submete-se à demonstração de que o seu raciocínio inferencial tem forte apoio na prova dos autos quando analisada dentro de uma lógica racional.

“Livre convencimento” não se confunde com arbítrio e puro subjetivismo. Para uma hipótese ser considerada provada, ela deve estar robustamente demonstrada nos autos, de tal modo que resista às provas e aos argumentos que possam competir com ela.

Em assim sendo, a **certeza** que o juiz busca alcançar não é determinada por suas crenças – fruto de um subjetivismo que não se pode explicar nem controlar racionalmente –, mas pelo nível de suporte probatório que a teoria do caso recebe¹⁹³.

Não é suficiente que a hipótese acusatória possa ser justificada nos autos. É essencial ainda que ela permita afastar as hipóteses

¹⁹² Epistemologia judiciária e prova penal, *ob. cit.* p. 253-254

¹⁹³ A verdade não é o que o juiz crê, mas aquilo que as provas permitem a ele crer.

contrárias que possam, pelo menos, gerar razoáveis dúvidas quanto à inocência do réu.

E não é necessário que a hipótese de inocência obtenha o mesmo grau de confirmação da hipótese acusatória. Estando o réu blindado pela presunção de inocência, ao acusador resta o ônus de provar, **em termos de altíssima probabilidade**, a culpa do réu¹⁹⁴. Perderia substância essa presunção se a Justiça se contentasse com qualquer nível de probabilidade.

Desse modo, ainda que as provas da defesa não consigam suplantar as da acusação, podem elas ser suficientes para gerar **dúvida razoável** quanto à hipótese de inocência, o que basta à absolvição.

A questão não se resolve também pelo simples confronto de qual hipótese é mais provável, ou qual parte melhor desempenhou o seu ônus probatório, como se vê amiúde nas decisões judiciais.

A valoração da prova, no processo penal, tem por objetivo não apenas a verificação se a hipótese acusatória foi demonstrada, mas também e, principalmente, se alcançou ela o *standard* estabelecido para condenação, pois é ele que determina quando um enunciado fático pode ser considerado provado para fins de aplicação de uma sanção penal.

194 Jordi Ferrer Beltrán externa simpatia com a possibilidade de estabelecer *standards* de provas distintos em função do delito e da sanção prevista (La valoración racional de la prueba, p. 140). Não creio que a natureza do crime, e a pena prevista para ele, possa autorizar o rebaixamento do *standard* de prova para a condenação, pois a presunção de inocência, como princípio informador do processo penal, não tem incidência limitada a certos tipos penais e independe da sanção que possa ser aplicada. Significa isso dizer que não é porque o crime é apenado com detenção ou prisão simples, que se possa considerar, para condenação, um *standard* de prova menor do que o da **altíssima probabilidade**. O que pode haver, e há, é uma sobrevalorização de provas, como nos crimes envolvendo violência doméstica ou de roubo, que normalmente se dão longe dos olhos de testemunhas, o que justifica, por motivos óbvios, conferir maior confiabilidade e credibilidade na palavra das vítimas.

Para quebrar a presunção de inocência não basta que a hipótese inculpadora seja **mais provável que não**, como sói acontecer na maioria dos litígios atinentes a direitos privados.

A presunção de inocência impõe um *standard* muito mais exigente, por isso incorpora o benefício da dúvida em favor do réu. Apenas quando as provas confirmatórias da hipótese acusatória repudiam qualquer hipótese razoável de inocência, se pode condenar.

Cabe à acusação derrotar a presunção de inocência demonstrando inexistirem dúvidas razoáveis quanto à culpabilidade do réu.

Uma condenação se apresenta viável quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para anular ou desmentir as contrárias, que dão apoio à contra-hipótese apresentada pela defesa.

Volto a insistir: a condenação não pode ser definida à vista de quem deu as melhores explicações e provas à sua hipótese.

Este é um grave erro que sucede na vida judiciária.

Todos os epistemólogos da prova advertem que, diante de um *standard* probatório exigente como é o do processo penal, principalmente para a condenação, não se pode considerar provada a hipótese acusatória apenas porque se demonstrou mais confirmada do que a que com ela antagoniza, por dispor de apoio empírico maior¹⁹⁵.

À imposição de um *standard* de prova, em qualquer sistema, cumpre a missão de auxiliar o juiz na tarefa de apurar se um fato pode ser considerado provado. Não se trata de um simples critério de verificação se uma prova é melhor que a outra. Vai além disso: o juiz,

195 Nesse sentido Carmen Vázquez (Estándares de prueba y prueba científica. A modo de presentación, p. 14); Jordi Ferrer Beltrán (Estándares de prueba y prueba científica, p. 28); Susan Haack (Estándares de prueba y prueba científica, p. 81); Gustavo Henrique Badaró (Epistemologia judiciária e prova penal, p. 258).

como pesquisador da verdade, deve procurar estabelecê-la em nível que afaste, o mais que puder, o erro judicial, considerado mais danoso quando o direito envolvido é a liberdade pessoal.

Quanto mais suporte fático tiver a hipótese, maior o nível de probabilidade de ser ela verdadeira. Na medida em que a prova faz crescer a hipótese de uma das partes, *ipso facto* decresce a do contendor.

A mitológica **certeza** no processo penal é aferida em termos de probabilidade, não qualquer probabilidade, mas aquela que expresse um **elevadíssimo** grau de exigência que conduza a uma única conclusão sobre os fatos.

A definição da culpabilidade não passa apenas pela confirmação dos fatos descritos na denúncia, mas também pelo nível de corroboração que eles encontram na prova dos autos, que deve ser **altíssima** para a condenação.

Dessarte, a condenação no processo penal não se contenta com a mera probabilidade de um fato criminoso ter sucedido e com o conhecimento provável sobre a pessoa que o cometeu; é preciso que ambas, materialidade e autoria, estejam provadas no nível exigido para ganhar *status* de **verdade**, que é o padrão de corroboração que justifica a apenação do réu.

O *standard* de prova constitui assim um processo de constatação ou verificação da existência de provas suficientes para que uma hipótese possa ser considerada provada.

Em matéria penal, o *standard*, para a condenação, demanda as seguintes condições: 1) existência de elementos de prova que confirmem, com elevadíssimo grau de probabilidade, as proposições fáticas inculpatórias expressas na denúncia; 2) inexistência de provas que tornem

inviáveis a ocorrência de fato concreto diverso de qualquer proposição que integre a imputação¹⁹⁶.

Torno a insistir: é na motivação da sentença que se confere o cumprimento ou não do *standard* de prova para a condenação, pois somente por ela é possível sopesar o grau de **confirmação** que o juiz emprestou às evidências dos autos para considerar provada a hipótese acusatória, a validade e a aceitação dos critérios que utilizou no teste de **refutação** com as provas da defesa, e se, no fim das contas, é mesmo racionalmente possível estabelecer um grau de excelência dela sobre a hipótese de inocência, em nível que permita afastar qualquer dúvida razoável que propenda em favor do réu.

O STANDARD DE PROVA PARA A PRONÚNCIA

Estremados os *standards* da denúncia e da sentença condenatória, cabe agora a espinhosa tarefa de sondar qual o estabelecido para a pronúncia.

De maneira geral, tem se entendido que, para a pronúncia, basta prova da materialidade do crime – que deve ser incontroversa – e um juízo de “probabilidade simples” de autoria, a qual permita admitir, minimamente, que possa ser o réu quem cometeu delito.

Exatamente por não trabalhar com *standard* probatório, doutrina e jurisprudência, em sua maioria, fogem – como o diabo da cruz – do enfrentamento quanto ao nível de probabilidade exigido na afirmação da existência de indícios de autoria para se pronunciar o réu.

¹⁹⁶ Gustavo Henrique Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 265.

No mais das vezes usam, retoricamente, expressões que imitam o gesto de Pôncio Pilatos de lavar as mãos na bacia, como é o *in dubio pro societate*”, do qual trataremos adiante.

E assim têm-se comportado nossos juízes, em geral. Admitir que o juízo de constatação na pronúncia seja o de **mera probabilidade** (*mais provável que não*), implica confundir com o realizado na fase do recebimento da denúncia, para aqueles que entendem ser esse o juízo de verificação no nascimento da ação penal.

Não se pode olvidar que, entre o recebimento da denúncia e a pronúncia medeia uma instrução criminal (chamada de **jus accusationis**), destinada à prova das afirmações feitas na denúncia e na defesa. Por assim ser, aflora como lógico e necessário que o *standard* de prova deve ser diverso, ainda mais se levarmos em conta que a exigência probatória para a denúncia é estabelecida com base em informações que o inquérito policial fornece, que não podem ser valoradas na pronúncia e muito menos no Tribunal do Júri.

A fase instrutória tem sua razão de ser na oportunidade que se deve dar o Ministério Público de provar sua teoria acusatória, para que o caso possa ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Há toda uma etapa que se oferece ao Ministério Público para que sua acusação ganhe consistência probatória, para que faça nascer ou crescer as provas em nível que permitam seja o réu julgado pela sociedade.

A denúncia, como proposta de acusação, precisa ser demonstrada em procedimento probatório resguardado por todas as garantias processuais. Sendo sua base apenas os elementos informativos do inquérito, de escasso ou nenhum valor probatório, é pela instrução criminal que tem o Ministério Público a chance de demonstrar suas afirmações,

sendo ela instituída especialmente em seu favor, pois a defesa, teoricamente, não precisa provar nada¹⁹⁷.

Recaindo sobre ele todo o ônus probatório, cumpre-lhe demonstrar, no sumário da culpa, a viabilidade de poder continuar acusando. E o juízo que se realiza na pronúncia é de verificação da consistência dos fatos afirmados na denúncia, à vista das provas produzidas na instrução criminal, e não mais nos elementos informativos do inquérito.

Diz-se, com inteira propriedade, que o procedimento do Tribunal do Júri é escalonado, pela existência de uma fase destinada a verificar se o Ministério Público pode prosseguir com a denúncia. Nela, o juiz avalia se a acusação evoluiu e ganhou consistência em provas.

E não tem mesmo sentido que o juiz, na pronúncia, faça o mesmo juízo de valor do recebimento da denúncia, como que reafirmando-o, simplesmente. A pronúncia é um **segundo** juízo de admissibilidade da acusação, não, porém, no mesmo nível de exigência de grau e qualidade das provas da denúncia. Não fosse assim, teria o legislador disciplinado que, admitida a ação penal, fosse o réu encaminhado diretamente ao Tribunal do Júri, onde, aos olhos de quem, se processaria toda a instrução, como é no sistema adversarial.

Há, sim, um novo julgamento de admissibilidade da acusação, que é aferido em outras circunstâncias e condições objetivas de prova, agora estabelecida em favor do acusado, que não pode ser submetido a julgamento sem a existência de elementos substanciais de prova que autorizem sua condenação.

197 Muito embora a Constituição Federal dispense o réu de provar sua inocência, tem ele o direito de trabalhar no processo para impedir que essa presunção venha a ser ilidida pela acusação.

A presunção de inocência visa também precaver o réu da possibilidade de que venha a ser condenado com base em qualquer prova. Por isso, instituiu-se em favor dele a impronúncia.

A impronúncia é signo da impossibilidade de se levar a julgamento alguém que possa vir a ser condenado quando seria absolvido pela parêmia *in dubio pro reo*, se o julgamento se desse por um juiz togado.

Nessas condições, a pronúncia representa um filtro que o juiz realiza, após atividade probatória, para se chegar à conclusão se o réu pode ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri sem grandes riscos de um inocente vir a ser condenado.

A responsabilidade do juiz, no filtro que faz na fase da pronúncia, é tanto maior quanto for a repercussão do caso em julgamento, pois há o risco de o júri ser formado por homens com a mesma envergadura moral daqueles que compuseram a multidão que condenou Jesus. Não dispondo de nervos de aço para enfrentar a turba, muitos se escondem na desfaçatez e poltronice de Pilatos, e por não querer cometer erros, transfere o cometimento deles ao Tribunal do Júri.

Sabemos que a punição de um “culpado” alivia as tensões que o crime provoca no meio social; e, quase sempre, culpado é o que a autoridade policial indiciou, o Ministério Público denunciou, a mídia vapulou, e o juiz, na pronúncia, referendou. A depender da comoção que o crime provoca na sociedade, a causa é resolvida no ato do recebimento da denúncia.

De toda sorte, não pode a Justiça atuar para acalmar a multidão, como fez Pilatos, mesmo sabendo que estava diante de um inocente. Bem por isso, “*o juiz de hoje [...] não deve indagar da multidão a quem deve restituir a liberdade, mas dizer à multidão quem deva ser por*

ela julgado em definitivo. No primeiro caso, lava as mãos e as conserva imundas; no segundo, não as lava, porque as mantém limpas”¹⁹⁸.

Não podemos esquecer que o julgamento pelo Tribunal do Júri é guiado pela íntima convicção, em que a única missão dos jurados é com sua consciência, que lhes permite, na feliz expressão de José Frederico Marques, “*julgar com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos*”¹⁹⁹.

Decidindo o Tribunal do Júri pela íntima convicção, a garantia de que o veredicto será racional está na pronúncia, que tem como função evitar que seja levada a julgamento as situações sem base probatória suficientemente firme para uma condenação²⁰⁰.

Ora, em assim sendo, pouco valerá a presunção de inocência se o júri puder condenar com qualquer prova, ou em grau manifestamente insuficiente. Daí avulta a importância da fase de pronúncia, como bateia refinada que deve o juiz proceder antes de remeter o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri, notadamente quanto aos aspectos da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. (CPP, art. 413)

A decisão de pronúncia não compadece com um juízo de mera probabilidade, no sentido de simples aparência de verdade, de convencimento superficial a respeito da autoria e da materialidade do crime, para encaminhamento do caso a julgamento popular, muito realizado debaixo do covarde argumento de não se poder usurpar a competência do

198 Lécio Resende, *apud* Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, A função garantidora da pronúncia, Ed. Lumen Juris, 2004.

199 Elementos de direito processual penal, Ed. Bookseller, 1998, V. II, p. 275.

200 Vicente Greco Filho destaca que “A pronúncia atua como uma garantia da liberdade, evitando que alguém seja condenado e não mereça. No procedimento dos crimes de competência do juiz singular, a garantia da liberdade encontra-se na exigência da fundamentação da sentença e na possibilidade de recurso a um tribunal revisor. No procedimento do júri, em virtude da soberania e do julgamento por convicção íntima sem fundamentação, a garantia da liberdade somente pode estar na decisão de pronúncia” (Tribunal do júri, estudos sobre a mais democrática instituição jurídica, Coordenador Rogério Tucci, Questões polêmicas sobre a pronúncia, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 119).

Tribunal do Júri, quando, muitas vezes, o resultado do julgamento depende muito mais da *performance* das partes, da arte cênica, da teatralidade circense, que propriamente das provas.

Uma condenação, qualquer que seja o órgão prolator, somente tem legitimidade quando as provas da acusação – apenas aquelas que possam ser consideradas e valorizadas – confirmam a teoria acusatória e permitam elas desprezar qualquer hipótese razoável de inocência, quando confrontadas com as do réu.

A pronúncia não é uma estação preparatória do Tribunal do Júri, em que o juiz verifica se a denúncia não soçobrou no caminho do sumário da culpa. É muito mais que isso, e vai muito além de acusações levianas ou temerárias.

Já disse não haver discordância de a pronúncia servir como juízo de admissibilidade da acusação, como se afirma em prosa e verso na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não se pode mais continuar qualificando ou considerando esse juízo como de simples verificação e de ligeira análise dos termos acusatórios, vistos pelo prisma da possibilidade ou de uma probabilidade de pouca significação em face das provas produzidas no sumário da culpa, acerca da autoria e da materialidade.

É preciso ver que as racionalidades das decisões do júri são controladas pelo juiz na fase da pronúncia, pois não é possível perscrutar as razões que levam os jurados a decidir neste ou naquele sentido. Por isso, sendo insondáveis os motivos que conduzem ao veredicto, estabelece a lei que não se deve levar a julgamento as situações em que as provas abundam e justificam desde logo absolvição, como também aquelas nas quais as provas são desprovidas de força e potência mínima para justificar uma condenação, pois em ambas sempre haverá a possibilidade de o júri condenar quando deveria absolver.

A decisão de pronúncia, quando as provas autorizam a impronúncia, afronta abertamente a presunção de inocência, na vertente que impõe, como princípio de eterna justiça, que a dúvida, sempre e sempre, há de beneficiar o réu. Esta situação se afigura mais grave à medida que a cassação do veredicto fica subordinada à verificação de que a decisão contraria frontalmente a prova dos autos, o que significa dizer que até as provas débeis podem justificar a condenação. Submeter o réu a julgamento nessas condições é lançá-lo aos azares dos julgamentos dos tribunais do júri.

Deve-se ter presente que a pronúncia, além de ser infamante à honra e à honorabilidade do acusado, é sempre uma ameaça à liberdade do réu. Ela é inofensiva apenas ao juiz sem alma.

Não estou a dizer que o júri não seja uma garantia conferida ao acusado; o é, especialmente nas situações em que suas razões não teriam abrigo no tecnicismo do juiz togado. Partindo do pressuposto que direito não se confunde com justiça, é no júri que pode residir no réu a esperança de a absolvição atender melhor o drama da sua vida, sem os grilhões do juiz togado, que pode se movimentar apenas dentro de uma lógica-racional explicável, segundo os critérios rígidos da lei.

Aos jurados se permite julgar por indulgência, compaixão, clemência, circunstâncias que não se consente ao juiz togado considerar.

É nesse sentido que se pode dizer que o júri, antes de constituir um direito da sociedade em participar da administração da justiça, é uma instituição criada em benefício do réu²⁰¹.

201 Lembra Michele Tarufo que o Júri foi instituído inicialmente para proteger o cidadão inglês frente ao poder soberano e despótico do rei, e os colonos americanos contra o poder inglês (Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos, *ob. cit.*, p. 213).

Apesar da divergência existente na doutrina, cerro fileiras com a posição minoritária de que cabe ao réu, e somente a ele – exatamente por ser uma garantia instituída em seu favor –, optar entre o julgamento popular e o do juiz togado em caso de prerrogativa de foro.

A pronúncia é um juízo de contenção que se realiza para impedir que o júri decida sem nenhum critério de justiça racional na prova dos autos²⁰².

A forma de controle da racionalidade das decisões do Tribunal do Júri se faz, então, **antecipadamente**, pela impossibilidade de estabelecer um domínio sobre a multiplicidade de motivos e sobre o nível de apoio probatório que os jurados consideraram para condenar ou absolver.

De fato, sendo incontrolláveis as razões que um Tribunal do Júri pode levar em conta para deitar uma condenação sobre o acusado, o gerenciamento da racionalidade de suas decisões é feito antecipadamente pelo juiz togado, cuja obrigação é evitar seja levado a julgamento qualquer situação em que a condenação pode representar erro judicial²⁰³.

202 É dever do juiz, no exame que cabe fazer das provas colacionadas no processo – como tais consideradas apenas aquelas que podem, validamente, ser valoradas – sondar se as existentes, racionalmente consideradas, são suficientes para atender o *standard* estabelecido para os julgamentos proferidos por juízes leigos, que, como veremos adiante, é o da **alta probabilidade**, correspondente ao da “*prova clara e convincente*”, do sistema estadunidense.

203 Marcella Mascarenhas Nardeli em obra de fôlego, assevera que “*no âmbito do juízo por jurados, onde não são explicitadas as razões pelas quais se determinou a condenação ou absolvição do acusado, ganham especial destaque as medidas tendentes a proporcionar formas alternativas de controle sobre a atuação dos cidadãos leigos. É nesse contexto que se inserem os esforços da common law no sentido de zelar pela qualidade do acervo de informações a ser disponibilizado aos jurados, consubstanciando-se como uma medida de controle preventivo da racionalidade do julgamento – ainda que com isso seja necessária a exclusão de determinados elementos de prova. O sistema brasileiro deve se inspirar nesse cuidado com a garantia de uma racionalidade prévia, de modo que a decisão seja alcançada a partir da consideração de um conjunto probatório consistente e confiável, uma vez que também não é capaz de assegurar plenamente um controle posterior sobre o acerto dos veredictos*” (A prova no tribunal do júri, uma abordagem racionalista, Ed. Lumen Juris, 2019, p. 470/471).

O próprio juiz há de se colocar na posição dos jurados e ponderar se as provas recolhidas no processo atendem o *standard* estabelecido para que o júri possa impor uma condenação. Se ele próprio verifica que as provas existentes são insuficientes para cumprir o *standard* probatório estabelecido para o Tribunal do Júri, é seu dever impronunciar.

Assim, a impronúncia é mesmo típico juízo de controle da racionalidade das decisões do Tribunal do Júri. Com ele se procura proteger o réu da possibilidade de vir a ser condenado com apoio em provas débeis, fracas ou pouco confiáveis, inspiradoras, quando muito, de dúvidas razoáveis a respeito da sua culpabilidade. Uma condenação desse tipo enervaria o princípio da presunção de inocência. Esta é a razão pela qual se permite ao juiz proceder à absolvição sumária ou a de instância.

No sistema *common law*, há depuração prévia das provas que serão apresentadas no Tribunal do Júri, para garantir maior racionalidade às suas decisões, evitando-se que elas sejam baseadas em elementos de escasso valor probatório, ou mesmo em provas consideradas ilícitas. Assim se faz porque, no sistema da íntima convicção, se torna impossível saber os motivos conducentes da decisão. Já no sistema *civil law*, a racionalidade das decisões é controlada pela **motivação** que o juiz confere à sentença, em que há de demonstrar os elementos empíricos nos quais a escorou²⁰⁴.

204 Jordi Ferrer Beltrán coloca a questão em seus devidos termos dizendo que nos países regidos pelo sistema *common law*, a falta de motivação das decisões judiciais explica a proliferação de regras que **refinam** as provas que poderão ser consideradas, excluindo as que aportem informações pouco confiáveis. “Em algum sentido, estas regras pretendem garantir **ex ante**, uma maior racionalidade geral das decisões sobre os fatos, ao custo de excluir elementos de julgamento que, mesmo com o valor relativamente baixo, possam fornecer informações relevantes. Nos ordenamentos de **civil law**, ao contrário, o controle de racionalidade da decisão se realiza **ex post**, mediante o controle da motivação. Assim, por exemplo, ante uma prova ou um tipo de prova de muito baixa confiabilidade, o controle da racionalidade poderá funcionar a posteriori sempre que se exija de quem toma a decisão sobre os fatos provados que justifique por que declarou provados esses fatos e qual foi o apoio empírico em que se baseou sua decisão. Será possível verificar, então, se quem tomou a decisão deu peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade resulte questionada. Ao contrário, se não se exige motivação da decisão sobre os fatos, o único modo de assegurar normativamente que não se tome a decisão sobre a base de provas pouco ou nada confiáveis é, diretamente, excluí-

No sistema da íntima convicção, que regula os julgamentos pelo Tribunal do Júri em nosso país, os jurados não recebem nenhuma instrução quanto ao *standard* de prova exigido para que possam firmar um veredicto condenatório, como ocorre no sistema norte-americano, notadamente no federal. A bem da verdade, não se lhes explica sequer que o réu é protegido pela presunção de inocência e que, na dúvida, devem absolver. Não se lhes informa que não podem considerar as provas ilícitas, nem as informações do inquérito, de que por provas devem considerar apenas aquelas colhidas em juízo, sob o contraditório, etc²⁰⁵.

Nesse sistema, não há comunicação de como o júri valorou a prova, nem o grau considerado para ter aceito a hipótese acusatória como verdadeira, o que impede a avaliação da aceitabilidade racional do resultado²⁰⁶.

No modelo brasileiro, todas essas nuances são verificadas na fase da pronúncia, que, em *ultima ratio*, nada mais é que um dialisador que o juiz togado utiliza para joeirar os processos devem ser levados ao Tribunal do Júri, segundo um juízo racional das provas produzidas, principalmente acerca da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria.

O legislador considera não ter os jurados conhecimentos técnicos jurídicos para tamisar quais provas podem ser consideradas na formação do convencimento, nem o *standard* mínimo exigido para a condenação.

las do conjunto de elementos de juízo disponíveis". (La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana in Estándares de prueba y prueba científica, ob. cit., p. 34-35 – destaques nossos)

205 Minimizará muito o problema do julgamento *secundum conscientiam*, do Tribunal do Júri, se se exigisse como faz o sistema norte-americano, que os veredictos fossem unânimes.

206 Daí avulta a necessidade de se estabelecer um *standard* de prova para a decisão de pronúncia, que funciona como garantia mínima que a lei oferece ao réu em um sistema de julgamento onde ele é privado de conhecer as razões pelas quais o Tribunal do Júri pode lhe considerar culpado.

Essa tarefa está a cargo do juiz togado, que, na pronúncia, tem a liberdade de até absolver o réu sumariamente, quando as provas existentes assim o autorizarem. Se notar também que se está diante de um juízo de dúvidas, a impronúncia é o caminho a tomar²⁰⁷.

Em sendo assim, se na fase da pronúncia pode o juiz absolver ou impronunciar, exsurge óbvio ululante que somente podem ser levadas ao Tribunal do Júri as situações em que as provas não permitam a absolvição sumária nem a impronúncia, como absolvição de instância.

O *standard* de prova, na pronúncia, deve se postar entre as situações de absolvição sumária, de impronúncia, e da que o legislador tem como “*decisão manifestamente contrária à prova dos autos*”, todas consideradas à luz do princípio da presunção de inocência, que informa o sistema penal. Esses são os parâmetros para a fixação do *standard* probatório da pronúncia.

Já deixamos ver que nada justifica que o *standard* probatório da pronúncia seja o mesmo da denúncia, fixado como sendo de possibilidade ou de “simples probabilidade”.

O artigo 414 do CPP, estabelece que “O juiz, *fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato da existência de indícios suficientes de autoria ou participação*”. O que importa averiguar, então, é qual o grau de probabilidade que se exige de o réu ser o autor ou participe do crime contra a vida, para que possa ser levado a julgamento²⁰⁸.

Ao contrário da materialidade, que pode ser atestada por exame de corpo de delito, direto ou indireto (CPP, art. 158), realizado

207 A dúvida, que autoriza a impronúncia, é apenas aquela que tem amparo nas provas dos autos, quando submetidas à análise de acordo com as regras de lógica, critérios científicos e máximas de experiências admitidas e aceitas.

208 Quanto à materialidade, há certo consenso de ser necessária a certeza quanto à existência do crime

por perito oficial, portador de diploma de curso superior ou por duas pessoas idôneas com habilitação técnica (CPP, art. 159, *caput* e §1º), a autoria raramente pode ser comprovada por prova material (como gravação por câmera de segurança, por exemplo). Quero dizer com isso que a exigência de “*indícios suficientes de autoria ou participação*” nada tem a ver com provas menos precisas que as chamadas **diretas**, mas, sim, com o nível de suficiência probatória que cumpra o *standard* estabelecido para que a hipótese acusatória seja levada ao Tribunal do Júri.

Assim, os indícios para a pronúncia devem ser vistos como aqueles que sejam necessários e suficientes **para uma condenação**, não em nível de certeza plena, mas de uma certeza aproximada. Esta, a *mens legis* que o juiz deve considerar, pois não se admite que o réu seja levado a júri sem que existam provas que despontem uma **probabilidade elevada** (não elevadíssima) de ser ele o autor do crime.

Na fase de pronúncia se abrem ao juiz as seguintes alternativas: 1) rejeitar a acusação pela precariedade de provas quanto à autoria e/ou a materialidade – em juízo de cognição equivalente à falta de “*justa causa*” para o recebimento da denúncia –, impronunciando o réu; 2) rejeitar a pretensão punitiva e absolver sumariamente o réu, com proclamação de sua inocência; 3) desclassificar o crime e; 4) remetê-lo a julgamento popular se as provas não permitirem a adoção de nenhuma das opções anteriores.

Exceto a situação da materialidade do crime, que há de se comprovar fora de qualquer dúvida, para a pronúncia se exige que haja pelo menos “*indícios suficientes de autoria*”.

A questão então é situar o *standard* de prova para compreender o que se deve entender por “**indícios suficientes**”.

Ora, admitindo-se que o *standard* de prova para o recebimento da denúncia – situação em que a presença de indícios de autoria ou participação é requisito indeclinável – é o da possibilidade ou, como advogam outros, o da mera probabilidade (*mais provável que não*), fica claro que, para a pronúncia, o juízo de verificação não pode ser o mesmo, por várias razões: 1) a denúncia não tem assento em provas, mas em elementos informativos; 2) ao órgão acusador se oferece uma fase instrutória para comprovar suas afirmações, o que pressupõe uma progressão no nível de provas; 3) a fase de pronúncia é instituída em favor do réu, para que não venha, sem motivos sérios, enfrentar o *banquillo* ou o banco da vergonha em julgamento popular; 4) a dúvida, quanto à existência de indícios suficientes, favorece o réu nessa fase.

Posto em seus devidos termos, a pronúncia se coloca entre duas situações possíveis: absolvição sumária e impronúncia. Ou seja, entre um juízo de certeza e outro de incerteza. Considerando que a certeza se estabelece como um juízo de **altíssima probabilidade** e o da impronúncia de **média probabilidade**²⁰⁹, a pronúncia há de ser situada como juízo de **alta probabilidade**, que, se pudesse ser medido em números, estaria entre 75 a 90%. Abaixo desse parâmetro, haveria escandalosa afronta ao princípio da presunção de inocência, que se revela intolerante com as situações de dúvidas e de incertezas.

Isso significa reconhecer que o *standard* de prova no Tribunal do Júri não é o de **altíssima probabilidade**, equivalente ao “*além de qualquer dúvida razoável*”, do sistema anglo-saxão.

No julgamento por juiz togado, uma condenação se apresenta viável apenas quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para

209 Abaixo de 50%, o fato seria apenas verossímil ou improvável.

anular ou desmentir as contrárias, que dão apoio à contra-hipótese desfilada pela defesa. Em outras palavras, para que ela se considere provada, não pode ser contrariada, racionalmente, por hipóteses alternativas comprovadas, que permitam incutir ao menos um juízo de dúvida razoável. Os fatos provados hão de caminhar para uma única conclusão racionalmente aceitável: de ser verdadeira a teoria da acusação.

No julgamento pelo Tribunal do Júri o *standard* probatório é diverso, pois se situa entre a absolvição sumária e a impronúncia, o que permite estabelecê-lo como de **alta probabilidade**, correspondente ao da prova “*clara e convincente*”, dos norte-americanos (*clear and convincing evidence*), que opera entre os *standards* mínimo (*preponderance of the evidence*) e máximo (*beyond any reasonable doubt*).

Esta é a posição de Rafael Fecury Nogueira, que, por parâmetros diversos, chega à mesma conclusão. Embora longo, merece ser transcrito, quase na íntegra, o brilhante raciocínio que desenvolveu em obra singular sobre o tema, *verbis*:

Por fim, no que toca diretamente ao objeto do presente trabalho, analisa-se o standard de prova para se obter a suficiência da prova da autoria ou da participação para a decisão de pronúncia, delimitando-se, enfim, a probabilidade exigida pela prova da autoria dessa decisão. Essa análise passa necessariamente pela função que a pronúncia exerce no procedimento do Júri, a saber, a de análise da consistência da acusação pretendida e de sua evolução no curso do processo para a confirmação ou não da admissibilidade da acusação e consequente envio do feito a julgamento popular.

Dessa maneira, considerando que já houve o recebimento da denúncia admitindo a acusação com base no standard da

preponderância da prova (mera probabilidade) antes mesmo da existência de provas, exclui-se esse modelo de constatação e seu consequente grau de probabilidade para a prova da autoria da decisão de pronúncia.

Isso pelo fato de que, com a denúncia, se está diante de uma proposta de acusação a ser desenvolvida em juízo para ser confirmada com a sentença condenatória nos procedimentos comuns (ordinário, sumário e sumaríssimo) ou com a pronúncia nos procedimentos do Júri, realizando-se a admissibilidade da acusação, em regra, não com base em provas, mas em elementos de informação ainda precários do ponto de vista do contraditório.

Na pronúncia, por sua vez, cumpre-se a própria confirmação da admissibilidade da acusação com base em material probatório coletado no curso do processo em instrução processual contraditória. Assim, já não se analisa mais uma proposta de acusação, mas o próprio resultado da acusação corporificado em juízo em amplo debate contraditório.

Essas duas diferenças entre o juízo da denúncia e o juízo da pronúncia – momento em que são analisadas e a quantidade/qualidade do material probatório valorado – tornam essas duas decisões profundamente distintas, ontológica e teleologicamente, devendo-se, portanto, estender essa distinção à análise probatória que realizam. Isso confirma que, em nenhuma hipótese, o modelo de constatação para a decisão de pronúncia pode se assemelhar ao da denúncia, demonstrando a incoerência de grande parte do raciocínio jurisprudencial utilizado para a decisão de pronúncia, ao vislumbrá-la como mero juízo de admissibilidade da acusação e sem percuciência na análise do conjunto probatório.

Não exigindo a pronúncia um juízo pleno de certeza da prova da autoria ou da participação, como deve ocorrer na sentença

final condenatória, afasta-se, por sua vez, o standard da prova além da dúvida razoável por escapar aos requisitos exigidos pela pronúncia e por não ser essa a sua função no procedimento em que está inserida.

Vislumbrando-se o espaço existente entre os standards da preponderância da prova e o da prova além da dúvida razoável, i.e, entre a mera probabilidade e a prova plena, respectivamente, vê-se que o critério de probabilidade proposto pelo standard da prova clara e convincente atende a juízo pretendido com decisão de pronúncia.

Isso porque, como afirmado, ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o standard da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável. Nesse sentido, TARUFFO confirma a clear and convincing evidence “para particulares hipóteses em que o fato deva ser acertado com um grau elevado de confirmação”.

A probabilidade da prova da autoria ou da participação para a pronúncia não pode ser outra senão a probabilidade elevada ou a alta probabilidade, diferente da mera probabilidade, devendo se aproximar mais do juízo de certeza. Nesse sentido GUSTAVO BADARÓ, ao argumentar sobre o grau de probabilidade de decisões que não exigem a certeza, afirma que “para a pronúncia é necessário que, além da prova da existência do crime, haja indícios suficientes de autoria. Neste caso, ‘indício suficiente de autoria’ não significa certeza, mas sim elevada probabilidade”.

Somente com a exigência de uma alta probabilidade da autoria é que a pronúncia pode cumprir com a sua relevante função no procedimento, pois, quanto mais esse juízo sobre a autoria se afastar da mera probabilidade e de seus corolários, como o in dubio

pro societate, tão consagrados na jurisprudência atual, mais estará cumprindo essa função.

Não resta, assim, outra solução à prova da autoria para a pronúncia, pois essa decisão apenas pode ser verificada se o quadro probatório inicial se robusteceu com a instrução processual e isso só ocorre se a acusação produz as provas necessárias para confirmar o que descrevera na denúncia. Em outras palavras, deve o juiz verificar se a proposta condenatória contida na denúncia foi cumprida pela acusação, de modo a se poder levar o acusado a julgamento popular.

Deve haver, portanto, uma melhora qualitativa considerável na prova produzida pela acusação no curso da instrução preliminar, caso contrário, permanecendo o conjunto probatório semelhante ao próximo àquele inicial, a impronúncia será de rigor. Para essa verificação, deve-se ver o que a denúncia imputou e como projetou a comprovação fática de sua hipótese para se fazer um cotejo com a prova que efetivamente foi produzida no curso da instrução. Ressalva-se, porém, que, no procedimento ordinário, o pleito acusatório na denúncia é de condenação após a instrução, enquanto que, no procedimento do Júri, o pleito acusatório na denúncia é de pronúncia após a instrução em face da possibilidade de condenação do acusado pelo juiz de direito.

Vê-se que todo o ônus, todo o encargo de confirmar essa acusação recai sobre o próprio acusador, que dispõe de toda instrução preliminar para lograr esse sucesso, e não sobre o imputado, que se limita a carrear as provas suficientes a demonstrar uma das hipóteses de absolvição sumária. A pronúncia, nessa ótica, é a decisão que confirma a admissibilidade da acusação, caso provada a existência do fato e a alta probabilidade da autoria ou da participação do acusado.

Estabelecendo-se esse modelo de constatação para a prova da autoria da pronúncia de modo a lhe garantir a exigência da alta probabilidade, assegurando-se racionalidade ao procedimento do Júri para suprir a falta de motivação da decisão final no julgamento popular.

Ao se abrir mão desse elevado grau de probabilidade nesse momento decisório, esvazia-se a função da pronúncia tornando frágil todo o procedimento do Júri para permitir uma condenação baseada apenas na mera probabilidade da autoria ou da participação do acusado. Dessa maneira, embora a pronúncia não possua previsão constitucional no contexto da Instituição do Júri, entende-se que é ela quem garante a racionalidade ao seu procedimento. Assim, ao mesmo tempo em que o Código de Processo Penal, ao regular a Instituição do Júri, retira a racionalidade probatória ao dispensar a motivação das decisões dos jurados para manter a principal característica do Júri clássico, compete-lhe compensar essa ausência de motivação com um mecanismo que lhe devolva parcela significativa dessa racionalidade perdida.

Essa compensação vem, portanto, por meio de uma decisão que assegure a verificação da prova plena da existência do fato imputado e da alta probabilidade da autoria ou da participação desse fato, que se concretiza hoje com a pronúncia”²¹⁰.

O juízo da pronúncia não se resolve, então, com a verificação de que a hipótese acusatória, àquela altura do procedimento, se mostra mais provável que o da hipótese da inocência. Também não se trata, como já disse, de escolha que o juiz possa fazer entre uma e outra, especialmente quando considera que a da acusação não esteja inteiramente

210 A decisão da pronúncia no processo penal brasileiro, Ed. Lúmen Júris, 2018, p. 182-185.

descartada ou que possa ela ganhar reforço no plenário do júri, com a produção de outras provas.

Tudo isso mostra a necessidade de rever a interpretação do que se pode considerar como decisão “*manifestamente contrária à prova dos autos*”, que autoriza seja a decisão do júri cassada e renovado o julgamento (CPP, art. 593, III, d).

Quero com isso afirmar que a referida expressão não pode continuar a ser entendida como aquela que não tem apoio nenhum na prova dos autos, a que “*seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos*” (...); “*Aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório(...)*”; “*aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique*”, etc.²¹¹.

Essa posição não combina com o *standard* probatório da pronúncia e desafina do princípio da presunção de inocência, que não admite que a condenação seja embalada em qualquer tipo e nível de prova. Muito frágil seria essa presunção se a inocência pudesse ser desconstruída por provas mambembes, que, ainda que existentes nos autos, não prestam para arrostar o *in dubio pro reo*, que é a manifestação mais proeminente do princípio em referência, de cariz constitucional.

É limitado o entendimento de que o princípio em apreço significa apenas que o réu não precisa provar sua inocência, mas a acusação a sua culpa. Como regra de juízo, é ele que informa o juiz como proceder em caso de dúvidas, quando as provas não propendem na direção única da culpa. Se elas permitem outros juízos razoáveis, não inteiramente

211 Renato Brasileiro Lima, Código de processo penal comentado, Ed. JusPODIVM, 2016, p. 1420.

descartáveis racionalmente, há um estado de dúvida, que não pode e não deve ser resolvido pela preponderância das provas (*mais provável que não*).

Como etapa depuradora da admissibilidade da acusação, a lei veda que se mande ao Tribunal do Júri situações em que, não obstante a atividade probatória desenvolvida no *jus accusationis*, sobressaíam dúvidas quanto à autoria ou participação do réu no ilícito penal.

O estado de dúvida²¹² aciona o gatilho da parêmia *in dubio pro reo*, que tem inteira aplicação na pronúncia, não para rejeitar definitivamente a hipótese acusatória, mas para impedir que alguém, com probabilidade significativa de ser inocente, seja levado a julgamento pelo júri popular, havendo risco de a sorte do acusado ser decidida com a mesma segurança de um jogo de dados.

Esta é a interpretação que se afina e se conforma com o princípio da presunção de inocência, informador de todo o processo penal. Como regra de julgamento, o *in dubio pro reo* é inteiramente pertinente na fase da pronúncia, aplicável para impronunciar o réu²¹³.

Na mesma toada, afronta abertamente a presunção de inocência toda condenação – incluindo a proferida no Tribunal do Júri – baseada em *standard* de **probabilidade prevalecente** (*mais provável que não*), quando os motivos afirmativos suplantem minimamente ou aproximadamente os negativos (lembrando que 51% já atenderiam esse *standard*). Ora, tal situação é **estado de dúvida**, pois inexistem razões sérias e bastantes para afastar, com segurança, a hipótese de inocência.

212 Claro que as **dúvidas** que autorizam a impronúncia não podem ser aquelas abstratas, que se situam no campo da conjectura, da possibilidade de o réu ser inocente, mas daqueles em que o conjunto das provas da acusação não conseguem descartar a hipótese de inocência, considerada dentro de um juízo de probabilidades. Se as dúvidas não podem ser superadas, segundo um raciocínio lógico, a absolvição é de rigor.

213 Como corolário do princípio da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* é plurifinalista, o que o torna aplicável em todas as decisões em que houver determinado *standard* probatório a ser cumprido.

Aqui reside o equívoco de parte da doutrina e da jurisprudência em achar que o *in dubio pro reo*, como corolário do princípio da presunção de inocência, tem seu âmbito de aplicação apenas se for para absolver o réu. Este é o grande equívoco, que leva a um outro maior, totalmente inverso e descabido, que é o propalado *in dubio pro societate*, que tem sido fonte de incontáveis injustiças.

A impronúncia não impõe que o juiz esteja absolutamente seguro de que o réu não foi o autor ou partícipe do crime, o que, de resto, conduziria à absolvição (CPP, art. 415, II). Basta que ressaíam **dúvidas** ao juiz. E a dúvida que autoriza a impronúncia tem ramificação calibrosa no princípio da presunção de inocência.

Esta é a posição adotada no mais profundo estudo sobre o princípio da presunção de inocência feita no Brasil:

“No instante de o julgador decidir ou não pela pronúncia do acusado, como se está diante de um novo momento de exame da legitimidade da imputação para que a persecução penal alcance outra fase processual (o julgamento perante o Tribunal do Júri), o raciocínio se daria da mesma forma como antes observado para a denúncia. A decisão de pronúncia só poderá existir se o juiz estiver “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”. O termo “convencido”, escolhido pelo legislador de 2008, não deixa margem para interpretações de que o juiz não poderá pronunciar em caso de “dúvida” fática sobre a demonstração de materialidade e de autoria. Dúvida não é convencimento. Convencimento é certeza, quanto à materialidade e à autoria ou participação, para legitimar o envio do caso ao juiz natural do Tribunal do Júri, superando-se, assim, mais um degrau cognitivo e anterior ao mérito.

Em caso de dúvida quanto à materialidade ou à suficiência dos indícios de autoria, deverá o juiz decidir favoravelmente ao acusado, ou seja, aplicando in dubio pro reo, deverá impronunciá-lo. Não há que se falar em in dubio pro societate, porquanto impróprio, inconstitucional e imprevisto em nossa legislação”²¹⁴

O *in dubio pro reo*, como manifestação do princípio da presunção de inocência, vigora em todas as fases do processo penal, inclusive na pronúncia, quando houver dúvidas sobre a existência do crime ou de quem seja seu autor.

As decisões que o juiz profere no processo devem ser iluminadas pelo princípio da presunção de inocência, como “norma de juízo”, e pelo *favor rei*, como postulado axiológico na interpretação da lei, segundo os valores constitucionais que informam o processo penal.

Jordi Ferrer Beltrán, em artigo antológico sobre à presunção de inocência, anotou:

“Tem-se sustentado, reiteradamente, quase como um lugar-comum, que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo processo penal. Assim, o Tribunal Constitucional declarou que a presunção de inocência “serve de base a todo procedimento criminal e condiciona a sua estrutura, constituindo um dos princípios cardeais do direito penal contemporâneo, em sua faceta substantiva e formal. Nesse sentido, a presunção de inocência atuaria como limite ao poder legislativo e como critério condicionador das interpretações das normas vigentes” (STC 109/1986, F. J. 10).

²¹⁴ Maurício Zanoide de Moraes, Presunção de inocência, p. 421-422.

Parece, pois, que a interpretação jurisprudencial constitucional do art. 24.2 da Constituição Espanhola extrai destas duas normas de obrigação direcionadas aos poderes públicos estatais: por um lado, uma norma cujo destinatário é o legislador ordinário e que se impõe regular de determinado modo o processo penal. Por outro, uma norma direcionada aos juízes e tribunais lhes obrigando a selecionar interpretações dos dispositivos processuais que sejam compatíveis com a presunção de inocência”²¹⁵.

Essa magistral lição permite emendar que, pelo princípio do *favor rei*, a interpretação que se deve dar à expressão “**indícios suficientes de autoria**” (CPP, art. 413) deve ser condizente com a presunção de inocência, que regula todas as fases do processo em que o juiz é chamado a proferir uma decisão. Enquanto o *in dubio pro reo* resolve dúvidas de ordem fáticas no processo, o *favor rei* auxilia o juiz na interpretação que se deva dar aos textos legais, para conformá-los com os valores supremos da Constituição Federal.

O *favor rei*, que tem sua base informadora nos “*ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal, (...) incide tanto no campo legislativo, para conformação de leis que visam garanti-los (os ideais), quanto no campo judicial, na medida que indica ao julgador qual é a opção axiológica definida constitucionalmente e que ele também deverá interpretar o dispositivo legal (extrair a norma ou sentido do texto da lei) ao caso concreto*”²¹⁶.

Estes e outros princípios visam equilibrar as posições entre o Estado e o réu, por meio de mecanismos de compensação, dos quais

215 Revista Brasileira de Direito Processual, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, janeiro-abril, 2018.

216 Maurício Zanoide de Moraes, *ob. cit.*, p. 365.

são exemplos o *favor rei*, o *in dubio pro reo*, o direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o direito ao silêncio, os embargos infringentes, ação de revisão criminal, etc.

De tudo o que se expôs, exsurge evidente a inaplicabilidade do surreal princípio *in dubio pro societate*, ao qual se constrói templos para deificação.

Atrás de cada condenação injusta, quase sempre há um Juiz-Pilatos que lava as mãos ao pronunciar quando deveria absolver ou impronunciar²¹⁷.

Na verdade, *in dubio pro societate* é um nada jurídico, ou como diz a repetida e abalizada frase de Sérgio Marcus de Moraes Pitombo, “*um absurdo lógico jurídico*”²¹⁸. No processo penal, a dúvida que tem respaldo legal e constitucional é a que protege o réu, pois é a única que se coaduna com os valores da sociedade, que não tem mais interesse em condenar do que em absolver. Um exército de autores abomina o uso indevido desse princípio para levar a julgamento as situações de dúvidas quanto à autoria ou participação do réu no crime²¹⁹.

O badalado *in dubio pro societate*, além de ser desprovido de mínimo amparo legal, confronta o texto constitucional, que

217 Faço coro com Laís Gonçalves Vasconcelos quando afirma que “*as críticas aos absurdos das decisões proferidas pelos jurados deveriam levar em conta que o veredito só foi possível porque, em alguns momentos, um juiz togado julgou admissível juridicamente a proclamação da culpa do acusado por um crime doloso contra vida*”. Nesse ponto, Gustave Le Bon afirma: “*mas como pode esquecer que os erros de que do júri é acusado são sempre cometidos primeiro por juízes, visto que o acusado submetido a júri foi considerado culpado por vários magistrados: o juiz da instrução, o procurador da República e o Tribunal de acusação*”. (Apud, Paulo Thiago Fernandes Dias, A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed Emais, 2018, p. 196)

218 Obras em processo penal, Editora Singular, 2018, P. 431

219 Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*ob. cit.*, p. 431); Alexis de Couto de Brito e outros (Processo penal brasileiro, Ed. GEN/Atlas, 2014, p. 299); Aury Lopes Júnior (Direito processual penal, Ed. Saraiva, 2019, p. 359); Felipe Consonni Fraga (O (falso) princípio *in dubio pro societate*, Ed. Scortecci, 2015); Rafael Fecury Nogueira (*ob. cit.*, p. 215 e sgts); Paulo Thiago Fernandes Dias (A decisão de impronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed. EMais, 2018, p. 183); Maurício Zanoide de Moraes (*ob. cit.*, p. 412); Sérgio Rebouças (Curso de direito processual penal, Ed. JusPODIVM, 2017, p. 1131-1132); Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (Princípios do processo penal, Ed. Rev. dos Tribunais, 2009, p. 99); Gustavo Henrique Badaró et al (Comentários ao código de processo penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 413-414).

erigiu, como corolário do princípio maior da dignidade humana, a presunção de não culpabilidade.

Tem razão Rafael Fecury Nogueira quando assevera: “*trata-se de um critério de decisão que, em um claro eufemismo, significa in dubio contra reo, que foi criado pela escola positiva de Enrico Ferri para oposição ao in dubio pro reo para certos casos, pessoas ou situações específicas*”²²⁰.

De fato, não há como negar que decidir com base no *in dubio pro societate* é decidir contra o imputado, é decidir contra a presunção de inocência, que impõe o único critério de decisão constitucionalmente válido e legitimamente aceitável em caso de dúvida do julgador no momento decisório, a saber, o *in dubio pro reo*. Enfim, cuida-se de critério que viola a ordem constitucional brasileira²²¹.

De mais a mais, a admissão do *in dubio pro societate* viola, a peito aberto, o princípio da presunção de inocência, pois acaba por transferir ao réu o ônus de provar, acima de dúvidas razoáveis, que não há elementos probatórios que justifiquem sua submissão a julgamento popular, o que é inconcebível em nosso sistema jurídico.

Nesse diapasão, seria do réu a carga probatória de demonstrar que não subsistem dúvidas de sua inocência, pois somente essa situação o livraria de ser julgado pelo Tribunal do Júri. Como dá nota Paulo Thiago Fernandes Dias, a adoção do *in dubio pro societate* segue esse raciocínio, porém invertendo a obrigação de superar a dúvida (que sai das mãos da acusação e passa para a defesa), já que o acusado se veria, durante o *judicium accusationis*, obrigado, probatoriamente falando, a não permitir que o juiz chegue à decisão de pronúncia em estado de dúvida. Em resumo:

²²⁰ Ob. cit., p. 216-217.

²²¹ Rafael Fecury Nogueira, ob. cit., p. 219.

trata-se de uma inversão probatória extremamente perigosa, já que a regra do *in dubio pro reo* cede vez ao inconstitucional e acusatório *in dubio pro societate*²²².

Outro motivo que tem levado os tribunais, em caso de dúvida, a pronunciar o réu, é o (esfarrapado) argumento de que não se pode usurpar a competência do Tribunal do Júri. Esquecem que, sendo escalonado o procedimento dos crimes contra a vida, o juízo natural do Tribunal do Júri somente se instaura com a pronúncia. Antes de remeter o processo para julgamento popular, a competência é toda do juiz togado, que está autorizado **até** a absolver o acusado. E não há inconstitucionalidade na competência que se lhe dá para tratar as situações que serão julgadas pelo júri popular. Quanto a isso, não se põem dúvidas.

Não há malferimento à soberania do Tribunal do Júri quando o juiz absolve ou impronuncia o réu. Nessa fase, como pondera Guilherme de Souza Nucci, o controle do Judiciário deve ser cumprido com firmeza. Se existem provas para condenar, o juiz envia o caso ao júri. Não havendo provas mínimas para sustentar uma condenação, por que mandar o réu a julgamento pelo tribunal popular? Somente para, em caráter formal, cumprir os pretensos “*mandamentos constitucionais*” (soberania dos vereditos e competência para apreciar os crimes dolosos contra vida)?²²³.

A soberania do júri diz respeito à impossibilidade de o próprio juiz togado condenar, e o Tribunal de Justiça substituir a decisão do Tribunal do Júri. Ao primeiro se veda unicamente condenar o réu. Ao segundo, substituir a decisão por outra²²⁴.

222 A Decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed. EMais, 2018, p. 183.

223 Guilherme de Souza Nucci, *apud* Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Obra em processo penal, Ed, Singular, São Paulo, 2018, p. 441.

224 Se a soberania do júri, no entender ao *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir ao júri na decisão de uma causa por ele proferida – soberania dos vereditos traduz, mutatis

Por fim, a pronúncia, muitas vezes, é justificada no equivocado argumento de que não pode juiz exercer cognição exauriente nessa fase, imiscuindo-se em questões que, em seu entender, devem ser resolvidas pelo júri popular.

Muito se debate a respeito do tipo de cognição que pode o juiz realizar na fase da pronúncia, se limitada ou profunda no âmbito horizontal e vertical.

A nosso ver, ela é ditada pela natureza da decisão a ser proferida.

Não sendo o caso de absolvição, de desclassificação ou de impronúncia, deve o juiz indicar, na decisão da pronúncia, a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação (CPP, art. 413, §1º), fundamentando-a nas provas produzidas no chamado sumário da culpa, as quais se permite somar apenas as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas.

Verificando estar frente a uma situação de pronúncia, sua **motivação** deve ser contida e comedida, evitando influir no ânimo dos jurados, a quem serão entregues cópias da decisão (CPP, art. 472, parágrafo único). Não significa dizer, entretanto, que não possa, nessa fase, avaliar com profundidade as provas existentes.

Pode e deve! Uma coisa é a cognição vertical profunda sobre a prova; outra, sobre os argumentos das partes. O que se veda ao juiz é esboroar a(s) tese(s) defensiva(s), esvaziando ou neutralizando os argumentos que serão levados ao Tribunal do Júri. Mas a prova colhida em instrução, necessariamente há de ser analisada em seu todo, até para

mutandis, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base (José Frederico Marques, O júri no direito brasileiro, Ed. Saraiva, 1955, p. 73).

verificar se é mesmo o caso de submeter o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Noutras palavras, o limite que se impõe ao juiz não é quanto à valoração das provas, que devem ser analisadas em extensão e profundidade, mas quanto à motivação que possa externar, que é medida pelo tipo de decisão a tomar.

Todos reconhecem que o juiz, convencendo-se de que se trata de absolvição sumária, fará a mais ampla e possível cognição quanto às provas e aos argumentos das partes, cumprindo o dever constitucional da motivação.

Contudo, a cognição não tem a mesma extensão na situação de a decisão for pela pronúncia, quando será ela confinada “à *indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*”. (CPP, art. 413, §1º)

Se o réu, em sua defesa, não contesta a autoria e a materialidade do delito, mas invoca em seu favor a legítima defesa, por exemplo, o juiz, verificando não ser a hipótese de absolvição sumária, pode explorar exaustivamente as primeiras, e moderada e cautelosamente a causa de exclusão da ilicitude. A análise das provas quanto à autoria e à materialidade se dá em cognição profunda; da hipótese defensiva, em cognição limitada, que externe apenas um juízo de probabilidade fática e jurídica da procedência da hipótese acusatória.

Na sentença de pronúncia deve o juiz demonstrar, com apoio na prova dos autos, o motivo por que entende presentes indícios suficientes de autoria ou participação no crime contra a vida, não podendo a valoração desse requisito ser arbitrária ou justificada em afirmações que não possam ser explicadas racionalmente.

É a motivação que permite o controle do subjetivismo empregado pelo juiz na interpretação da prova e do direito. Depois, como lembra Marina Gascón Abellán, se a motivação não é diretamente uma garantia de verdade, o é indiretamente, na medida em que permite um controle sobre esse espaço de discricionariedade que é o âmbito da livre valoração²²⁵.

Impõe-se, pois, ao juiz explicitar as razões pelas quais reconhece a existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria ou participação para submeter o réu a julgamento pelo júri popular, demonstrando, com apoio nas provas existentes, a racionalidade do seu entendimento, que há de ser objetivo e logicamente justificável.

Nessa missão, ao juiz cumpre verificar se o órgão acusador apresentou provas para submissão do denunciado ao tribunal popular, lembrando que, em um sistema em que o réu tem a égide da presunção de inocência, toda a carga probatória pesa sobre quem acusa, que carrega o ônus de satisfazer o *standard* de prova que a condenação, pelas implicações que dela decorrem, exige e reclama.

Se o que a Constituição Federal presume é a inocência, a desconstituição dessa presunção é sempre de quem quer desacreditá-la.

Nesse diapasão, ao Ministério Público recai o dever de apresentar elementos que satisfaçam o *standard* de prova que autoriza seja o réu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, que, como vimos alhures, não transige com um juízo de simples “possibilidade” ou de “mera probabilidade”, exigindo-se mesmo **probabilidade elevada**, que, embora não atinja o grau de certeza, permite derrotar a presunção de inocência, de acordo com o *standard* fixado para os julgamentos populares.

225 Prueba e verdades en el derecho, p. 97.

Nestas explanações, impõe-se afastar o equivocado argumento de que, na fase da pronúncia, se permite trabalhar com um *standard* probatório reduzido, fiando-se na possibilidade que tem a acusação de produzir provas no plenário do júri, como reconhece alguns julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Se o raciocínio for o de que há sempre a chance de se provar a hipótese acusatória no Tribunal do Júri, o juiz não poderia desclassificar o delito, nem impronunciar ou absolver o réu na fase da pronúncia porque estariam sempre entreabertas as portas para o Ministério Público suprir a insuficiência probatória ou até alterar o quadro de provas que, nessa etapa do procedimento, se apresenta favorável ao réu.

Essa não é, definitivamente, a *mens legis* do dispositivo que estabelece um segundo controle de viabilidade da persecução penal.

O processo penal descortina duas grandes fases: a da instrução e a do julgamento. Nos crimes contra a vida, não se abre uma terceira fase, pois a instalação do Tribunal do Júri representa exatamente a fase de julgamento, de modo que a produção de provas, que perante ele se permite realizar, é apenas contingencial, facultativa. Sua finalidade é apenas de reforço às já existentes – que hão de ser bastantes e necessárias, por si só, à condenação – ou de apoio à retórica que predomina nesse tipo de julgamento.

O que o juiz deve ter em conta, na fase da pronúncia, é se as provas existentes **até aquele momento** – não autorizando elas a absolvição ou a desclassificação do crime – são suficientes para que o júri possa cominar uma sanção penal; do contrário, deve impronunciar.

Ao Ministério Público, conforme já salientado em outro lugar, se oferece toda a fase do *jus accusationis* para provar suas

alegações. Se não desempenha a contento o ônus da prova que lhe cabe, a impronúncia não deve ceder lugar à sua incúria.

A possibilidade que se abre às partes de produzirem provas perante o corpo do júri deve ser considerada como sendo de reforço, de complementação, e não como espaço que o Ministério Público tem para provar sua hipótese acusatória. Ademais, quando se trata de testemunhas já inquiridas no sumário da culpa, no mais das vezes o novo chamado delas tem apenas a finalidade de impressionar os jurados, e não de acrescentar ou prover o acervo probatório.

De mais a mais, não pode o juiz, em exercício de quiromancia, considerar que o Ministério Público irá exercer a faculdade de requerer a produção de provas no plenário do júri, providência não muito usual na realidade brasileira.

Considerar a possibilidade de o Ministério Público fazer provas apenas em plenário, é pôr em risco a liberdade do réu, que pode ser condenado com base em provas insuficientes e até mesmo contra a prova dos autos. É bem verdade que novo julgamento poderá ser ordenado pelo Tribunal, na situação em que o veredicto “for manifestamente contrário à prova dos autos”, que é conceito poroso e ainda mal compreendido nos tribunais, os quais consideram como tal apenas as decisões teratológicas, mas não aquelas que tenham suporte probatório mínimo, insuficiente, entretanto, para atender o *standard* probatório.

Depois, há sempre a possibilidade de o réu, submetido a novo julgamento, vir a ser novamente condenado e, com isso, ser levado à prisão se tiver que aguardar o desfecho de uma ação revisional, nem sempre posta à disposição dos réus menos favorecidos economicamente, dado que depende dos trabalhos da atarefada Defensoria Pública.

Por fim, arremato perguntando qual deve ser o *standard* de prova que o Tribunal do Júri deve observar para que a presunção de inocência seja vencida. Quando um julgamento deve ser considerado “*manifestamente contrário à prova dos autos*”?

A lei considera, como já se mostrou em abundância, a possibilidade de o processo penal trabalhar com vários níveis de *standards* de prova. Depois, devemos ter sempre presente que a definição de um *standard* probatório é uma escolha político-valorativa do legislador.

A singularidade dos julgamentos populares permite, sem ofender o princípio da presunção de inocência, a fixação de um *standard* inferior ao do **altíssima probabilidade**, reservado aos julgamentos por juiz togado, em que a motivação franqueia rastrear os caminhos que a decisão palmilhou para chegar à condenação.

Com o fim de equilibrar a possibilidade de os jurados poderem absolver fora dos parâmetros legais – como se dá quando julgam por clemência, piedade ou compaixão –, o legislador estabeleceu, em respeito e consideração à igualdade com a acusação, um afrouxamento no *standard* de prova para a condenação nesse tipo de julgamento, contentando-se com um juízo de **alta probabilidade**.

Significa, portanto, dizer que, no julgamento pelo Tribunal do Júri, a lei tolera um número maior de ocorrências dos chamados **falsos positivos**, que são compensados com possibilidade ampla que se concede aos jurados de absolver pelas mais variadas razões²²⁶.

Assim, a presunção de inocência não é incompatível com o *santdard* da **alta probabilidade**, equivalente ao da *prova clara e*

226 Advogo o entendimento de que não cabe recurso de apelação contra veredicto de absolvição proclamada com base no quesito genérico do art. 483, §2º, do CPP. Nesse sentido a decisão do STF no RHC n. 117.076/PR, relatado pelo Min. Celso de Mello.

convincente dos norte-americanos, pois se, de um lado, dá ao réu o favor de ser absolvido com fundamento em explicações que podem até ser consideradas absurdas, de outro premia o órgão acusador com o rebaixamento do nível de exigência probatória para a condenação.

Todavia, não se pode mais transigir com condenações assentadas em provas que não atendam esse *standard* mínimo. A presunção de inocência não será garantia nenhuma se se puder considerar, para a condenação, um *standard* de **simples preponderância** (*mais provável que não*).

A soberania do júri, assegurada em nível constitucional, não é maior nem se sobrepõe à presunção de inocência, que integra o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, é chegada a hora de se pôr fim à (in)cômoda tolerância com condenações que afrontem o princípio da inocência, como ocorre quando o julgamento é realizado sob o *standard da simples preponderância* (*mais provável que não*).

O *standard* da **probabilidade prevaiente** (*mais provável que não*) tem sido usado, inclusive, nas situações em que a preponderância das proposições afirmativas sobre as negativas se situa a em nível inferior ao mínimo exigido para que um enunciado fático se categorize como provável (>50%)²²⁷.

A bem da verdade, nem este *standard* tem sido bem compreendido. É preciso colocá-lo no seu devido carril.

O *standard da probabilidade prevaiente* (*mais provável que não*) não significa que sempre e sempre o juiz deve optar pela hipótese que sobressaia sobre a hipótese rival, tendo a prevalência como

227 Abaixo desse patamar, entramos na zona do improvável ou até do inverossímil.

único critério a ser atendido. Se a hipótese prevalecente não alcançar foros de verdade em nível que suplante 50%, deve ser considerada não provada e a causa decidida com base no ônus da prova, ainda que, repito, tenha maior confirmação que a hipótese contrária²²⁸.

Em nome da soberania do Tribunal do Júri – o qual não guarda a significação que os tribunais vêm lhe emprestando – se tem admitido condenações com esteio em baixíssimos níveis de comprovação probatória, que esfolam, a mais não poder, a presunção de inocência, que não convive com *standards* probatórios que se evidenciem inferiores ao da **alta probabilidade**.

Já tarda a hora de os tribunais alterarem alguns conceitos sobre o Tribunal do Júri, especialmente no tocante a valores jurídicos referidos nesta decisão, que hodiernamente são desconsiderados, quando não desprezados.

Um passo gigante deu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.067.392/CE, quando conferiu compreensão do *standard* de prova que deve observar o juiz para decidir se deve ou não o réu ser levado às barras do Tribunal do Júri, bem assim da prevalência, nessa fase, do *in dubio pro reo*, sobre o famigerado *in dubio pro societate*. Foi o primeiro grande clarão a romper a escuridão que predomina sobre o tema.

228 Assim se vê em Michelle Taruffo, que aclara como opera o critério da probabilidade prevalecente com o seguinte exemplo: se o enunciado **A** tem um grau de confirmação de 40%, e o enunciado **B** conta com um grau de confirmação de 30%, a regra da probabilidade prevalecente indicaria como racional a eleição do enunciado **A** porque é mais provável que o enunciado **B**. Não obstante, isto não é assim porque a regra do “*mais provável que não*”, nos diz que é mais provável (60%) que o enunciado **A** seja falso e não verdadeiro; enquanto que o enunciado **B** é falso com a sua probabilidade de 70%. Nenhuma das duas hipóteses conta com uma probabilidade prevalecente. Surge desta maneira um critério que provem da correta interpretação da regra da probabilidade prevalecente, que pode definir-se como o *standard* de grau mínimo necessário de confirmação probatória apta para que um enunciado possa ser considerado verdadeiro. Este *standard* indica que é racional assumir como fundamento da decisão sobre um fato aquela hipótese que obtém das provas um grau de confirmação positiva prevalecente, não apenas sobre a hipótese simétrica contrária, mas também sobre todas as outras hipóteses que tenham recebido um grau de confirmação positiva superior a 50% (Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>)

Pela fina pena e refinada inteligência do Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso assentou que, “*para a pronúncia não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias*”.

Parece-me que esta importantíssima e paradigmática decisão abriu caminhos para compreender que há um *standard* de provas a ser respeitado na fase de pronúncia, cuja inobservância torna ilegítima a submissão do réu a julgamento popular. Não por outra razão, a Corte Suprema, no aludido julgamento, concedeu a ordem de *habeas corpus* de ofício para restabelecer a sentença de impronúncia de dois dos três réus acusados no processo.

AS INFORMAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL E O CONTRADITÓRIO

Definido o *standard* de provas a se cumprir na pronúncia, outra questão interessante é saber se as informações do inquérito podem ser consideradas nessa fase, na verificação do nível de prova para que o réu seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não se trata de tema novo, mas malcompreendido, que está a merecer uma mudança de paradigma nos tribunais, que, lamentavelmente, têm subdimensionado o princípio acusatório e se valido das informações do inquérito policial para justificar a pronúncia do réu, não

raras vezes nem como “prova” de reforço a outras colhidas em regular instrução, mas “exclusivamente” nelas.

É preciso despirmo-nos da velha roupa da fantasiosa busca da verdade real ou material, que, muitas vezes, é a mola propulsora da tentação de o juiz se valer das informações do inquérito policial como prova “*corroborativa*” daquelas recolhidas sob as garantias processuais.

O dia a dia de julgamentos nos mostra que essa incursão no inquérito policial tem razão na insegurança, na dúvida que assalta o espírito do juiz quando avalia as provas do processo. Se estas bastam, se se revelam suficientes para firmar um posicionamento, por que socorrer-se do inquérito?

Olvidam a vibrante realidade incontrastável de que a verdade é sempre limitada, devendo ser resolvida no processo em termos de probabilidade, não a matemática, mas a lógica, porque não se pode medi-la em números, não obstante as incontáveis tentativas de quantificá-la.

A verdade real não é e não pode ser a finalidade do processo penal, até porque nunca será possível reconstruí-la historicamente. Talvez por isso se diga que ela nunca aporta em sua inteireza e pureza no processo, ficando, quase sempre, nas escadarias dos tribunais.

E convenhamos: qualquer sistema que se empenhe em estabelecer um *standard* de prova exigente, como é o do processo penal, não pode se preocupar com a verdade real, visto que o objetivo maior é evitar condenações errôneas (falso positivo), o que abre flancos para absolvições indevidas (falso negativo). Embora a verdade seja ideal a ser perseguido, não passa ela de doce quimera, pois o processo penal não tem o objetivo primário de buscar a verdade, pois conforme diminui a

possibilidade de se errar ao declarar provado um fato, aumenta a possibilidade de errar ao dá-lo por não provado²²⁹.

O conflito deve ser resolvido – e não se permite o *non liquet* – segundo o provado no processo. E não adianta inventar nada, nem mesmo se valer de expediente de natureza inquisitiva, já *démodé* no mundo civilizado.

Sentença justa é a que é ditada com pleno respeito às garantias constitucionais e legais do processo penal. Justiça não se faz a qualquer preço, com violação de princípios e regras que visam assegurar o equilíbrio nos pratos da balança da Justiça, que não pode ser como a do comerciante desonesto, que rouba no preço e na mercadoria.

Em nome da utópica e inalcançável “verdade real”, não se podem tomar como verdadeiros os fatos e as provas apresentadas ou formadas ao arrepio da Constituição Federal e das leis. Uma prova ilícita, por exemplo, embora possa retratar e confirmar a realidade de um fato histórico, não pode ser considerada na formação do convencimento do juiz.

Daí a importância de distinguir entre uma proposição **ser verdadeira e ser tida por verdadeira.**

A verdade que se produz é a formal, aquela que revela uma versão aproximada do acontecimento histórico, **legalmente introduzida no processo.** As informações recolhidas no inquérito, conquanto possam traduzir a realidade do fato criminoso, não se lhe podem atribuir valor de verdade.

229 É o que se lê em Marina Gascón Abellán quando, com apoio em Michele Taruffo, afirma que “*um processo governado por um SP (standard de prova) muito exigente não tem como objetivo primeiro a busca da verdade, ou, mais precisamente, a eliminação de erros, pois, conforme diminui a possibilidade de errar ao declarar provado um fato, aumenta a possibilidade de errar ao dá-lo por não provado*” (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, Cuadernos de filosofía del derecho, Doxa, 2005, p. 28).

Desse modo, mesmo verdadeiras as informações levantadas pela autoridade policial, se não reproduzidas em juízo, sob todas as garantias processuais, devem ser desprezadas e desconsideradas na fundamentação da sentença, ainda que em apoio e reforço às provas legalmente admitidas e produzidas no processo²³⁰.

O juiz deve ter a consciência de que a única verdade que se pode alcançar é aquela que deflue **do** processo, da que **está** no processo e validamente introduzida **no** processo. É válido, e ainda muito atual, o brocardo segundo qual o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*).

Não há outra alternativa ao juiz senão resolver a contenda à luz das provas que as partes introduziram no processo com observância e respeito aos princípios e regras que as legitimam, as únicas que se lhe autorizam considerar na formação de seu convencimento.

O juiz fica vinculado ao material probatório recolhido em regular instrução criminal, e apenas a ele, salvo as provas irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas. A sua convicção há de nascer, desenvolver e se formar unicamente com base nas provas praticadas em juízo oral, sob o contraditório das partes.

Cumpra ao juiz resistir às tentações de se servir do inquérito policial, que tem por objetivo a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. É por meio do inquérito que se ajuntam evidências da ocorrência do fato criminoso e de seu possível autor, pelos mais variados meios, alguns, inclusive, com a participação do juiz, quando a diligência realizada for protegida por reserva de jurisdição. Além de servir à

230 Mesmo que a realidade nua e crua do acontecimento criminoso seja aquela elucidada no inquérito policial; mesmo que o juiz esteja plenamente convencido da existência do crime, bem como da autoria e da ausência de causas que excluam a responsabilidade penal do réu, a absolvição será a única alternativa viável na situação de as provas produzidas no processo não terem força, capacidade ou aptidão para, **por elas apenas**, firmar uma condenação.

instauração da ação penal, é com base nas informações do inquérito que o juiz recebe ou rejeita a denúncia, como também decreta medidas com natureza de prova – como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, realização de perícias, etc. –, que, quando submetidas ao contraditório diferido, permitem sejam valorizadas e tomadas em conta na motivação da sentença.

O inquérito esgota sua finalidade com oferecimento da denúncia, ou com o próprio arquivamento.

Quando o Ministério Público lança sua hipótese acusatória, propõe-se a prová-la em instrução criminal²³¹. Contudo, de antemão é sabido que não poderá contar com as informações do inquérito policial como prova para condenação, salvo se reproduzidas em juízo, sob todas as garantias do devido processo legal. Do contrário, o acusador queimaria a largada do processo se pudesse considerá-la provada no inquérito policial.

Oferecida a denúncia, nasce o processo e morre o inquérito, que deve ser sepultado nos escaninhos da secretaria da vara do juiz de garantias²³² e posto à disposição do Ministério Público e da defesa para consultas, apenas, e jamais como material de prova, a ponto de serem apensados ao processo tão só os documentos relativos às provas irrepetíveis, as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (CPP, art. 3º, §§3º e 4º).

Por assim ser, acatada a denúncia, as partes são posicionadas em absoluto pé de igualdade, não trazendo o Ministério Público nenhuma vantagem afora as provas que não mais possam ou

231 A denúncia, alicerçada em simples elementos informativos – sem valor probatório, à exceção das situações ressalvadas na lei –, revela apenas enunciado(s) de fato(s) que precisa(m) ser provado(s) e acreditado(s) pelo juiz, que há de partir, sempre e sempre, de um estado de incerteza.

232 O juiz de garantias, criado pela Lei n. 13.96/2019, está suspenso por decisão do STF.

precisam ser repetidas em juízo, pela natureza delas, pela impossibilidade material de reproduzi-las ou por já terem sido realizadas antecipadamente. E convenhamos: já não é pouca coisa.

Os testemunhos e o interrogatório, colhidos no inquérito policial, hão de ser renovados em juízo sob o contraditório e com a participação do juiz, o único sujeito do processo revestido de imparcialidade, cujo atributo empresta carta de autenticidade, credibilidade e confiança na formação de provas.

Somente as provas produzidas nessas condições podem ser consideradas na formação do provimento jurisdicional. Informações do inquérito, recolhidas longe da fiscalização das partes e do próprio juiz, devem ser desprezadas e desconsideradas, pois, afinal de contas, o processo é instituição de garantias e não apenas instrumento de resolução de dramas da vida em sociedade, especialmente no processo penal, em que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, considerado direito fundamental de primeira geração.

Por provas se hão de entender apenas as produzidas no processo, salvo as exceções legais. (CPP, art. 155)

Interessa anotar que o próprio legislador teve o cuidado de distinguir **provas** de **elementos informativos** do inquérito (CPP, art. 155), numa demonstração inequívoca de que por provas, no sentido legal-valorativo, devem ser entendidas unicamente aquelas produzidas no **processo**.

O inquérito policial não pode sequer ser qualificado de “processo inquisitivo”.

Tem razão Juan Monteiro Aroca quando diz que não há dois sistemas pelos quais o processo pode ser configurado, o inquisitivo e o

acusatório, mas dois sistemas de atuação do direito penal pelos tribunais, dos quais um é extraprocessual e outro processual.

Para ele, “processo inquisitivo” é uma *contradictio in terminis*, enquanto que “o processo acusatório é um pleonasma, isto é, uma redundância viciosa de palavras; o qualificativo acusatório não acrescenta nada à palavra processo, pelo menos se entendida corretamente”²³³.

Ora, considerando que ninguém pode ser condenado sem o “*devido processo legal*” – que nada mais representa que o **justo processo**, realizado por um juiz imparcial, mediante contraditório, ampla defesa, imediação, com as partes em igualdade de condições e armas –, não se compreende que seja possível reputar como provas os elementos informativos do inquérito para a pronúncia ou aplicação de pena.

Não há processo verdadeiro²³⁴ quando o juiz busca auxílio nos elementos informativos do inquérito para cumprir ou completar o *standard* probatório exigível para a decisão.

De nada adianta estar perante um juiz imparcial se ele próprio desrespeitar as garantias que o processo oferece ao acusado, entre as quais a de não poder ser condenado senão à vista das provas que se passaram sobre **seus olhares** no processo, produzidas **em sua presença** e submetidas a confronto e **exame direto e imediato dele**.

Apenas por ficção legal se consideram provas as informações **irrepetíveis** no processo. Embora possam as **cautelares** ser produzidas no inquérito, são elas realizadas mediante ordem e supervisão judicial, que as decreta para servir ao processo ou à ordem pública. As **antecipadas**, à sua vez, visando garantir a existência delas, se dão perante

233 Proceso penal y libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Ed. Thomson Civitas, 2008, p. 73 e 75.

234 “*Umas Das garantias constitucionais que oferece um sistema jurídico dos países onde se pode falar de sociedade livre, é a de que a pena só pode ser aplicada pelos tribunais e precisamente por meio de um processo verdadeiro*”. (Juan Monteiro Aroca, *ob. cit.*, p. 75)

o juiz, mediante contraditório direto e imediato, diferentemente das cautelares e das irrepetíveis, em que o contraditório é diferido²³⁵.

Por **provas**, na acepção técnica do termo, deve-se entender somente aquelas ocorridas em juízo, com estrita obediência aos cânones do devido processo legal.

O réu, contestando a acusação, pode, se lhe aprouver (não precisa, porque todo o ônus da prova é da acusação), apresentar provas negativas e contraprovas. A finalidade delas, contudo, é contrariar as **afirmações** feitas na denúncia, e não os elementos informativos que a embasaram.

A diferença, embora sutil, é de grande importância.

Ele se defende dos fatos postos na denúncia. O ataque se faz a esta, e não às fontes de informações nas quais ela se baseou. Noutras palavras, o réu não contesta os elementos informativos do inquérito, mas as afirmações elaboradas com base neles. As provas que eventualmente venha a propor, visam contestar as asserções sobre o fato criminoso e/ou sobre a autoria imputada, nunca para desfazer ou arrefecer o substrato fático no qual se nutriu a denúncia.

Nenhuma relevância tem, por exemplo, se a denúncia foi baseada em uma e não em outra testemunha auscultada no inquérito policial. A insurgência do réu em sua defesa não é contra o que esta disse, mas contra o que disse a denúncia. Não fosse assim, para não ser surpreendido na sentença, teria que cuidar em contradizer e contestar o que cada testemunha informou no inquérito.

235 As provas cautelares, como a busca e apreensão, interceptação telefônica, etc., são também provas irrepetíveis, pois não podem ser renovadas em juízo. Mas a irrepetibilidade, aqui referida, relaciona-se às situações em que a demora na realização delas inviabilizará sua produção por sua natureza perecível, como são os exames de corpo de delito, que são elaborados sem prévia autorização judicial e normalmente sem a presença das partes.

Isso permite afirmar que há quebrantamento do *fair trial* do processo quando o juiz, na sentença, surpreende o réu com o empréstimo de uma fonte de informação do inquérito, às vezes ignorada na própria denúncia.

Muito importante é a distinção entre **atos de investigação** e **atos de provas**.

Nos primeiros, a finalidade é determinar o fato criminoso e seu provável autor, para instauração da *persecutio criminis*. Não raras vezes, são realizados sob estrito sigilo²³⁶ e contra a vontade do investigado, a quem não se possibilita sequer participar do recolhimento de evidência contra si.

Assim, as informações do inquérito não são **atos de provas**, salvo as irrepetíveis, as cautelares²³⁷ e as antecipadas. A finalidade delas é possibilitar a construção da hipótese incriminatória, a cargo do Ministério Público, que não pode ser aleatória, arbitrária ou abusiva, mas respaldada em elementos bastantes que permitam acreditar na possibilidade ou probabilidade da existência de um crime e do seu provável autor. Não se admite acusação sem base objetiva mínima de um suporte fático²³⁸.

Enquanto os **atos de investigação** se dirigem a averiguar algo que se desconhece, os **atos de prova** é uma atividade das partes que têm por finalidade verificar a verdade das suas afirmações. O primeiro se passa em procedimento administrativo; o segundo, em

236 Pense nas buscas e apreensões, sequestro, interceptações telefônicas, etc.

237 As irrepetíveis e as cautelares se tornam provas após o contraditório diferido.

238 Já dissemos que o juízo de averiguação, no recebimento da denúncia, é, quanto à autoria do crime, o de **possibilidade** ou **probabilidade mínima** de o denunciado ser o autor ou partícipe dele, circunstância que vai muito além da mera suspeita. Os indícios devem ser fundados em provas existentes no inquérito policial ou em outras peças nas quais anima a denúncia, e não apenas presumidos. Devem eles guardar seriedade tal que tornem, primo *ictu oculi*, verossímil ou provável a acusação. De qualquer sorte, o exame que o juiz faz no recebimento da denúncia é o de viabilidade da ação penal, e não de veracidade da imputação, até porque deve ele partir sempre de um **estado de incerteza** quanto à hipótese acusatória, a ser cimentada na instrução criminal, com preservação apenas das provas irrepetíveis, das cautelares e das antecipadas. A **incerteza**, a que me refiro, é a fática, principalmente.

instrução processual. Um visa resultado possível ou meramente provável; outro, resultado certo, em nível de altíssima probabilidade.

Atos de prova – dentro do sentido técnico da palavra “prova” – são apenas aqueles produzidos em instrução criminal, debaixo dos princípios da oralidade, imediação, contraditório e publicidade.

E o que é mais importante: os **atos de investigação**, à exceção das situações legais, não podem ser tomados por empréstimo para fundamentar uma condenação. O juiz só pode se servir dos **atos de prova**, produzidos pelas partes em sua presença e sob seus olhares.

A instrução criminal é o único ambiente constitucionalmente reservado à produção de **atos de provas**. É nele que se deve construir a convicção do juiz acerca do fato criminoso e de seu provável autor, bem assim das situações que isentam o réu de responsabilização penal.

O que quero dizer é que, tirante as provas produzidas no inquérito – realizadas pela impossibilidade de renovação delas na fase do processo, pela urgência ou para atender a própria eficácia da investigação –, todas as demais, de natureza repetíveis, devem ser reproduzidas na instrução criminal.

Conforme salientei noutro lugar, há toda uma formalidade a ser seguida na produção de provas. A necessidade de justiça não se harmoniza com a ideologia de que a verdade pode ser obtida a qualquer custo, com desprezo a valores que a ordem constitucional reconhece dignos de proteção, ou fora dos marcos institucionalizados por normas infraconstitucionais.

A atividade probatória haverá de ser presidida pelos princípios da contradição e igualdade, assim como por todo um conjunto de

garantias constitucionais e ordinárias tendentes a garantir a liberdade ou a espontaneidade das declarações das partes, testemunhas e peritos²³⁹.

Com relação à produção de provas, há ainda quem diferencie provas **pré-constituídas** das **constituendas**²⁴⁰. As primeiras se elaboram fora do processo, sendo apenas introduzidas nele. As segundas se realizam no processo, na instrução criminal, perante o juiz e as partes, que participam da formação delas. Aquelas não são produzidas sob o contraditório, que se efetiva de modo diferido. Nestas, o contraditório é requisito necessário à constituição e validade delas²⁴¹.

Um bom exemplo de provas pré-constituídas são as cautelares e as não repetíveis, realizadas na fase do inquérito. Pela própria natureza de irrepetibilidade delas, o contraditório é postergado para momento posterior à sua realização.

Em se tratando, porém, de provas **constituendas**, produzidas em juízo, o contraditório é exigência necessária à validade delas. Uma prova produzida fora dessas condições, existe no plano material, mas não no formal, por conta de que é destituída de validade probatória e não pode, por isso, ser considerada na sentença²⁴².

O contraditório é princípio consagrado em todos os países livres, considerados civilizados e regidos por um Estado de Direito. Corolário dele é a possibilidade de o réu participar da construção das

239 Augustin Jesus Pérez-Cruz Martins e outros, *Derecho procesal penal*, Ed. Thompson Reuters, Civitas, 3. ed., 2014, p. 542.

240 Gustavo Henrique Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Ed. RT, 2019, p. 197.

241 A obtenção das fontes de informação diz respeito, em particular, às assim chamadas ‘provas pré-constituídas’, que recebem esse nome por se formarem antes e fora do processo, como acontece com os documentos de qualquer gênero [...] É bem mais complexo o problema que concerne às chamadas provas *constituende*, que recebem esse nome porque se formam no processo, através de procedimentos que são geralmente objeto de uma disciplina detalhada. (Michele Taruffo, *Uma simples verdade*, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 180-181)

242 De fato, as informações recolhidas no inquérito policial, embora materialmente possam ser consideradas meio de provas, do ponto de vista formal não o são, uma vez que não são produzidas em juízo, sob as garantias do devido processo legal.

provas contra si, permitindo-lhe o exame contestador das testemunhas arroladas pela acusação²⁴³.

Todo réu tem o direito de ser informado da acusação que pesa contra si, para que, conhecendo-a em sua inteireza, possa apresentar reação a ela, por meio de argumentos e provas.

O contraditório, a par de ser um dever do Estado no processo penal, é um **direito irrenunciável** do réu, que compreende, dentre suas várias facetas, a de participar da produção da prova que decidirá seu destino, de culpa ou de inocência²⁴⁴.

A atuação do imputado na atividade de formação e discussão das provas é mecanismo de garantia à presunção de inocência, que apenas o contraditório assegura.

Em assim sendo, a consideração na decisão de pronúncia, ou na sentença final, de elementos informativos do inquérito afronta o princípio da presunção de inocência como norma probatória, “*voltada à determinação de quem deve provar; por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que se deve provar*”²⁴⁵.

Afora as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas, por provas se hão de entender aquelas produzidas em juízo oral, com respeito a

243 Assim dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (aprovada pelo Decreto n. 678/1992), “Art. 8. Garantias Judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos)” e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (aprovado pelo Decreto n. 592/1992), “Art. 14.1 Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

244 O **devido processo legal**, com todos os princípios que o integram, se impõe obrigatoriamente ao Estado-Juiz para condenar, e representa **direito indisponível** do réu. O contraditório se insere, nesse contexto, como direito imposterável e inalienável de todos os acusados no processo legal.

245 Maurício Zanoide, *ob. cit.*, p. 462.

todas as garantias processuais, notadamente a do contraditório, da imediação, publicidade, da igualdade de condições e de armas. Somente as tomadas sob essas circunstâncias, podem superar a presunção de inocência²⁴⁶.

Não se pense que as informações recolhidas do inquérito possam ser elevadas ao nível de prova por meio de contraditório diferido, quando se abre, no processo, a oportunidade para o réu apresentar sua defesa, as suas provas e contraprovas, que confirmem suas afirmações e contradigam as do Ministério Público.

O réu tem não apenas o direito de apresentar provas próprias que entenda relevantes à confirmação dos seus enunciados argumentativos, como também de contestar e contraditar, direta e imediatamente, as da acusação, o que não é possível na situação em que a testemunha inquirida no inquérito policial não é trazida a juízo para submissão a testes que somente o contraditório real e efetivo permitem. O contraditório diferido, nessas circunstâncias, seria meramente formal e aparente, como verniz para dar aspecto de legitimidade a uma decisão tomada fora dos parâmetros rigorosos do *due process of law*, que representa princípio de eterna justiça.

A hipótese acusatória é apenas um enunciado fático que precisa ser provado em regular instrução criminal²⁴⁷. Ao réu cabe o direito de apresentar provas positivas para demonstração dos fatos que afirma, e negativas, para contrariar e refutar as do adversário.

Nesse contexto, torna-se extremamente penoso e difícil, quando não impossível, fazer prova negativa do fato afirmado na

246 Toda condenação há de ser ditada em provas autênticas, como tais consideradas aquelas produzidas sob todas as garantias processuais, especialmente as que asseguram a participação do réu na formação delas.

247 À exceção, claro, das situações que, validamente, a lei considera provadas por serem irrepetíveis em juízo, formadas cautelarmente ou produzidas antecipadamente, por conta das circunstâncias ou da possibilidade de perecimento se a produção tivesse que aguardar o momento azado.

denúncia quando antes de produzi-la não possa o réu – em instrução criminal realizada sob todas as garantias do processo – explorar os pontos frágeis, as lacunas e as contradições das testemunhas de acusação auscultadas no inquérito, nas quais o Ministério Público construiu a teoria do caso²⁴⁸.

O réu somente poderá guiar a prova negativa do fato se antes puder ter contato direto com as testemunhas que a acusação pretenda usar contra ele, submetendo-as a testes, que precisam ser suplantados para que seus depoimentos possam ser considerados e valorados, a começar pela verificação dos interesses que porventura tenham na causa, sondando-lhes suas confiabilidades.

O contraditório, em se tratando de prova oral, há de ser efetivo, real, adequado e suficiente, o que somente se obtém se o réu puder, *vis à vis*, confrontar as testemunhas inculpatórias.

Sabemos todos – e a psicologia forense comprova – que o valor do testemunho depende de muitos fatores, como as condições pessoais do observador, das condições de tempo, lugar, distância, ambiente, etc, em que se passou o fato observado, e até de eventual interesse na causa, pelas mais variadas razões. Daí o direito de o réu contestar a credibilidade da testemunha e a confiabilidade do seu relato.

Em se tratando de produção de provas, o réu tem o direito de ir além da simples contradição das que a acusação apresente ao juiz, estendendo-se ao confronto, ao direito de estar *tête-à-tête* com a testemunha na audiência oral, observando-lhe suas reações olhos nos olhos,

248 É de Wigmore a máxima de que o interrogatório cruzado é “o melhor instrumento jurídico jamais inventado para a descoberta da verdade” (*apud*, Michele Taruffo, A prova, Ed. Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 121)

seus tremeliques, a sudoração e o tartamudear que acomete a quem falta com a verdade²⁴⁹, não raras vezes até a de viveiro.

Alguns autores, principalmente os do sistema adversarial, preferem o termo “confronto” ao contraditório, pela particularidade de o réu poder estar rosto a rosto a toda prova que a acusação ofereça para demonstrar sua hipótese inculpatória²⁵⁰.

Em um sistema marcado pela oralidade e imediatidade, apenas o confronto do réu com as testemunhas, em audiência mediada pelo juiz, atende à exigência do devido processo legal, não sendo mesmo suficiente que a ele ofereça o direito de contrapor, com argumentos ou contraprovas, o que a testemunha depôs no inquérito policial. O contraditório, em situação tal, somente se realiza se houver o confronto, o embate face a face entre o réu e as testemunhas da acusação²⁵¹.

Devem ser recebidas com cautelas a prática comum – constatada especialmente na acusação –, de ler o depoimento tomado no inquérito e solicitar da testemunha a confirmação ou não dele, o que deve ser coibido **terminantemente**. A necessidade de submetê-la ao confronto não permite o reducionismo do contraditório nesse nível²⁵².

249 No sistema *common law*, as testemunhas são inquiridas pela técnica da *cross-examination*, cuja finalidade maior, segundo Michel Taruffo, não é a obtenção da verdade, mas o de desacreditá-la. Visa “*a impeach a testemunha, ou seja, demonstrar que ela não é uma pessoa digna de fé, que mentiu, que deu respostas incoerentes e contraditórias, que não tinha condições de saber com certeza o que disse, que não disse tudo que sabia, e assim por diante*” (Uma simples verdade, p. 185). Não se pode dizer que o nosso sistema seja totalmente arremido ao *cross-examination*, pois as partes, no exame das testemunhas da parte adversa, procuram a desacreditação do que afirmam, retirando-lhe a confiabilidade e a credibilidade.

250 Jacobo Lopes Barja Quiroga pontua que a confrontação é o termo mais adequado “*porque a confrontação é a ação de confrontar, isto é, colocar uma pessoa frente à outra. A confrontação exige uma presença simultânea de duas pessoas no mesmo tempo e lugar; a confrontação supõe estar frente a frente, “cara a cara”. Em consequência, o acusado tem o direito a estar frente a frente com as testemunhas, corréus, peritos, etc.*”. E complementa: “*É possível contradizer sem ficar frente a frente. Da perspectiva da contradição, o acusado tem direito a contradizer as testemunhas, corréus, peritos, etc., sem necessidade de que estejam simultaneamente juntos a ele*” (Tratado de derecho procesal penal, Ed. Thompson Reuters, 6. ed., T. I, 2014, p. 241)

251 Em termos semelhantes, Jacobo Lopes Barja Quiroga, *ob. cit.*, p. 242)

252 “*O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato*”. (Aury Lopes Júnior, Direito processual penal, p. 164)

Muito importa a dialética que se estabelece no processo, sendo mesmo ela inerente e essencial ao contraditório.

O sistema de persuasão racional implica, segundo a própria etimologia da palavra, no ato de convencer, de persuadir (alguém ou a si mesmo) a aceitar uma ideia ou admitir um fato por meio de razões e argumentos bem formulados²⁵³, o que subjaz a ideia de um campo de diálogo sobre argumentos e provas que os contendores apresentam ao juiz, ao mediador do conflito a ser resolvido.

A sentença deve ser resultado de um processo formado em procedimento dialético, com a ampla participação das partes e do próprio juiz à luz do diálogo que estabelece com elas, em interação permanente e efetiva com os argumentos e contra-argumentos, com as provas e contraprovas, com vista à construção do provimento final²⁵⁴.

Em feliz observação, Thiago Miranda Minagé diz que *“o contraditório compreende a própria definição de processo e significa o espaço argumentativo em que às partes, em igualdade de condições, perante um procedimento público e oral, será garantida a participação na construção da decisão, onde o juiz, no exercício do poder jurisdicional, deverá, necessariamente, construir a respectiva decisão com base em uma fundamentação que utilize os argumentos das respectivas partes [autor e réu], participantes do debate, através de ampla argumentação como garantia necessária para efetiva construção de argumentos”*²⁵⁵.

Atualmente, o contraditório ganhou outra dimensão, além daquelas relacionadas com o direito de informação e de reação. Trata-

253 Dicionário Houaiss da língua portuguesa.

254 Se bem observarmos, o *due process of law* é a democracia no processo, cuja marca mais acentuada é o contraditório, que permite às partes, por meio da dialética, participar ativamente – e em absoluta igualdade de posição e direitos – na elaboração da decisão final, por meio de argumentos, provas e contraprovas, apresentadas para o convencimento do juiz.

255 Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 3, p. 959.

se do direito de influenciar na elaboração do provimento jurisdicional por meio da consideração pelo juiz, na sentença, de toda atividade argumentativa e probatória que tenham as partes desenvolvido no processo.

Nesse sentido a justa ponderação de Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem *“de nada servirá autorizar as partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades que convergem para a obtenção de um resultado favorável no final do processo se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica sobretudo a relevância dessa participação para o autor do provimento; seus resultados podem até ser desatendidos, mas jamais ignorados”*²⁵⁶.

Aliás, essa filosofia ganhou fôlego com o advento da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que, alterando o Código de Processo Penal, passou a exigir do juiz, na decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, que enfrente, motivada e fundamentadamente, *“todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”*. (art. 315, §2º, IV)

A referida norma, confirmatória do art. 282, §3º, do Código de Processo Penal – que determina se ouça a parte contrária contra quem a medida cautelar é requerida, salvo os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida –, busca evitar não apenas as tão criticadas “decisões surpresas” como também incitar a **colaboração** das partes na construção do provimento jurisdicional.

256 A motivação das decisões penais, Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 2018, p. 100.

O Código de Processo Penal não é infenso ao **princípio da colaboração**, reconhecido no art. 6º do Código de Processo Civil, salvo naquilo que puder, de qualquer maneira, afetar o direito à não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*.

O contraditório, na moderna compreensão do vocábulo, implica a efetiva colaboração das partes na formação do convencimento do juiz, a quem se impõe análise percuciente e minuciosa das provas, que hão de ser aquelas – **e somente aquelas** – produzidas mediante fogo cruzado das partes, que se engalfinham no trabalho de incutir no juiz suas boas razões.

A decisão deve ser produto final de uma construção coletiva, em que a presença e a efetiva participação das partes são condições de sua validade. Ao fim e ao cabo, em termos de fidelidade ao acontecimento histórico, pode até fazer justiça a sentença condenatória proferida em ofensa ao contraditório, mas jamais se poderá considerá-la válida à vista dos valores constitucionais de respeito às garantias e direitos individuais do acusado.

Nesse aspecto, entra a diferença entre ser inocente e não ser culpado. Uma pessoa pode não ser considerada culpada e ainda assim não ser inocente²⁵⁷. Significa dizer que mesmo na situação de o juiz estar convencido que o réu não é inocente, se ele não conta com provas válidas ou suficientes para condenar, a absolvição é impositiva.

Não se põem dúvidas de que a verdade é um ideal a ser perseguido. É missão da Justiça a busca pela verdade; nunca a absoluta, inalcançável, mas a relativa, aquela que se mostra possível em termos de probabilidade. Mas a verdade, que é sempre a processual, não pode ser posta acima de valores mais caros do homem, como é a sua liberdade,

257 Larry Laudan, Verdad, error y proceso penal, *ob. cit.*, p. 150.

máxime se se considerar a realidade inquebrantável de que “*a sentença não encerra nunca a justiça absoluta, mas um ponto de vista sobre a Justiça*”²⁵⁸.

O preâmbulo da Constituição Federal deixa claro que, entre os valores supremos nela reconhecidos, estão a liberdade e a Justiça; e esta – trombeteiam todos os apóstolos do garantismo penal – não pode ser perseguida a qualquer preço. Ambas constituem valores que sobrepõe à verdade, tanto que a Carta Maior inadmite no processo a utilização de provas ilícitas, ainda que – não me estafo em dizer – estas expressem a verdade histórica dos fatos.

Como os atos jurídicos – que devem ser analisados sob os planos de existência, validade e eficácia –, as provas devem ser consideradas com atenção e respeito a todas as garantias que formam o **devido processo legal**²⁵⁹. Os informes colhidos no inquérito têm sua valoração limitada aos fins a que se prestam, pois a falta do contraditório na arrecadação deles não lhes confere valor probatório para a sentença, pela possibilidade de proporcionar conteúdo não verdadeiro.

O atual estágio de civilização não tolera que a esfera de liberdade do cidadão seja afetada sem que se oportunize previamente a ele a possibilidade de interferir na elaboração da decisão, por meio de apresentação de provas e argumentos que refutem a hipótese acusatória.

Essa participação será subtraída todas as vezes que o juiz tomar em consideração as informações orais do inquérito que não alcançaram o *status* de prova, por não se ter dado a oportunidade ao réu – no espaço democrático da instrução criminal – para o exame crítico das

258 Mariano R. La Rosa, *Derecho penal, el debido proceso legal*, Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2017, p. 323.

259 As garantias processuais que as normas legais outorgam ao acusado são barreiras que se impõem ao Estado-Leviatã, que não pode obter a verdade a todo custo.

testemunhas, auscultadas com a finalidade única de alimentarem a denúncia.

Modernamente, o contraditório deixou de se circunscrever às suas funções tradicionais de “informação” e “reação”. Sua noção se espraia na democraticidade do processo, que é espaço e meio pelo qual as partes atuam na construção da verdade, em atividade colaborativa com o juiz.

O juiz não pode mais ser visto também como uma figura absolutamente inerte, mero espectador do que argumentam e provam as partes.

Não estou a afirmar que se permita ao juiz, em matéria probatória no campo penal, se antecipar ou suprir a atividade das partes, desequilibrando as regras do jogo quando se inclina em favor de uma delas, a pretexto de confirmar uma hipótese alegada. Quando, em situações excepcionais, for o caso de agir supletivamente para dirimir dúvidas sobre fato relevante (CPP, art. 156, II), a atividade oficiosa de prova somente é cabível quando **não for possível o juiz saber quem possa ela favorecer**. Em outras palavras, significa dizer que não pode, por exemplo, sortir a deficiência probatória do Ministério Público, determinando, *ex officio*, a realização de uma prova que, antecipadamente, sabe que irá beneficiar a parte acusatória²⁶⁰.

Em um sistema penal em que o réu tem a proteção constitucional da presunção de inocência, do qual é corolário lógico a regra segundo a qual a dúvida sempre há de favorecê-lo (*in dubio pro reo*), não se permite ao juiz, ao mendaz argumento da prevalecente busca da

260 Aos olhos do Santo Ofício nunca existiram inocentes.

“verdade real”, aprovisionar, *ex officio*, o processo com provas que auxiliem e acabem por provar a hipótese acusatória.

Este é um gravíssimo erro que deve ser abandonado na prática judiciária.

Mas o que importa dizer é que, conquanto não deva o juiz sair à cata de provas que possa favorecer uma das partes, sua função no processo, como já salientado, não pode ser mais a de um soberano espectador que, do alto de sua presunçosa onipotência, assiste à produção das provas com desdém e indiferença, característica do solipsismo judicial. O provimento jurisdicional deve ser construído com a atividade probatória das partes e com a participação do juiz na construção do acervo probatório que poderá ser tomado em conta na sentença.

Pode o juiz – e o Código de Processo Penal assim autoriza (v.g, artigos 188²⁶¹ e 212, parágrafo único) – participar ativa ou supletivamente na produção das provas, “*não em substituição às partes, mas juntamente com elas, como um sujeito interessado no resultado do processo*”²⁶².

A formação do material probatório, a ser considerado no ponto culminante do processo, há de ser produzido perante o juiz e com a participação dele, em colaboração com as partes, com vista à construção de um provimento jurisdicional democrático.

O material probatório que pode ser empregado na sentença é apenas aquele construído na instrução criminal, na presença e **com a participação do juiz**, o que implica dizer que a prestação

261 O interrogatório, embora seja instrumento de autodefesa, é também meio de prova.

262 Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, A garantia do contraditório, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, p. 13.

jurisdicional deve ser reflexo daquilo que foi debatido **e provado no processo**.

Essas afirmações nos situam e nos remetem ao princípio da **imediatidade**, que complementa o do contraditório.

O contraditório também se realiza por meio de debates na audiência de instrução e julgamento, onde se faz efetiva a oralidade e a imediação entre o juiz e a prova, as partes e esta, e delas com o juiz, permitindo aos atores do processo uma percepção que lhes permita dar à prova o devido valor em termos de credibilidade e confiabilidade, tão importantes na construção do provimento jurisdicional.

Tamanha é a importância da imediação que o STC espanhol, acompanhando jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entendeu que, tendo o réu sido absolvido, não pode a instância *ad quem* reformar a sentença para condená-lo sem antes **renovar a instrução criminal**^{263 264}.

Dessa opinião comunga Jacob López Barja de Quiroga, ao considerar que o juiz que vai julgar deve ver e ouvir por si mesmo, de modo que o tribunal de apelação, que não viu nem ouviu a prova, somente pode decidir questões de direito, nunca de fato, exceto em benefício do acusado, quando constatar ausência de prova da acusação²⁶⁵.

A imediação vem a constituir, assim, atividade **personalíssima e intransferível** do juiz, pois apenas as testemunhas

263 Jordi Nieva Fenoll, *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad* (disponível em <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>).

264 Jordi Ferrer Beltrán enfatiza que a imediação é uma exigência dirigida ao julgador dos fatos, para que esteja presente na prática da prova, recolhendo dela a necessária percepção como mecanismo para evitar erros pela eliminação de intermediários na transmissão de informações, percepção essa que não pode ser questionada pelo Tribunal, salvo quando a prova oral for recolhida com uso da tecnologia de gravação em imagem e som. De qualquer forma, diz referido autor, o Tribunal nunca poderá dispor dos aspectos da imediação vinculados à participação do julgador na contradição, sendo, por isso mesmo, limitada à imediação (*El control de la valoración de la prueba em segunda instancia*, Revus: online, 2017, disponível em <https://journals.openedition.org/revus/4016>)

265 *Ob. cit.*, T. I, p. 245.

inquiridas em sua presença podem ser consideradas elementos de prova na decisão²⁶⁶.

A despeito de opiniões em contrário, ainda que a declaração da testemunha no inquérito policial tenha se passado na presença do indiciado, assistido por seu advogado e sob o contraditório, tecnicamente a informação – mesmo diante de tais circunstâncias – não adquire o *status* de prova.

É insuficiente se tenha possibilitado ao indiciado questionar a testemunha. O que é determinante e **perante quem** se produziu o relato, pois somente o juiz é investido de autoridade para atuar com independência e imparcialidade, que são garantias de validade, eficácia, confiança e credibilidade da prova.

Não chego ao ponto de entender pela invalidade absoluta do relato da testemunha no inquérito policial, quando produzido sob contraditório. Em situações excepcionais, quando houver uma causa legítima que impeça o comparecimento da testemunha em juízo, por falecimento, enfermidade, incapacidade permanente, pelo desaparecimento dela sem deixar endereço provável, etc, creio que se possa levar o depoimento à condição de prova irrepetível^{267 268}.

266 Jordi Ferrer Beltrán aduz que se o que importa é produzir a convicção no juiz, não se pode prescindir da imediação, que é o melhor método para alcançá-la, uma vez que a prova se passa perante ele (La valoración racional de la prueba, p. 63).

267 Gustavo Henrique Badaró defende que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorre de fatores imprevisíveis, quando da sua obtenção. (Polícia e investigação no Brasil, Editora Faceta Jurídica, 2016, p. 275)

268 “Em sentido contrário, decidiu a Corte Suprema de Justiça da Argentina, no caso Benitez, de 12.12.2006 (Fallo, 329.5556), quando assentou que o fato de haver resultado infrutífera as diligencias para conseguir o comparecimento da testemunha na audiência não basta para sanar a lesão ao direito de defesa produzida durante o debate. Segundo o Tribunal, o fato de o Estado ter realizado todos os esforços possíveis para encontrar a testemunha e satisfazer a pretensão da defesa de interrogá-la, carece de relevância, pois o que se encontra em discussão é outra coisa: se a base probatória obtida sem controle da defesa é legítima como tal. Daí, a invocação da impossibilidade de fazer comparecer a testemunha não basta para remediar a lesão ao devido processo, pela falta de possibilidade de a parte controlar referida prova”. (apud Nicolás Gusmán, La verdad en el proceso penal, Ed. Didot, 2018, p. 146)

De mais a mais, o réu tem o direito à reconstrução completa e verdadeira da situação de fato que está à base da denúncia.

Somente se pode chegar à **verdade** – como processo de conhecimento de determinado fato histórico – através do contraditório. Por ele se permite ao acusado contestar o que se lhe imputa a denúncia, que há de ser provada em instrução oral mediada pelo juiz, na qual as partes, atuando em igualdade de condições e forças²⁶⁹, haverão de controlar a produção de provas, próprias e as do adversário, voltadas à confirmação e refutação das hipóteses que formam o objeto do processo.

É insuficiente que o réu tenha informações sobre o que será objeto de prova e que a ele se permita indicar os meios com os quais pretende demonstrar sua hipótese defensiva, ou debilitar a da acusação. Imprescindível é a sua participação ativa na produção da prova, questionando a credibilidade e a confiança das testemunhas contrárias, e explorando as suas, nos pontos que podem lhe favorecer.

Importa muito não apenas permitir o contraditório sobre as provas irrepetíveis e cautelares, mas também, e principalmente, na **formação** das que devam ser produzidas perante o juiz. Daí se falar em contraditório **sobre** a prova e contraditório **para** a prova^{270 271}.

O contraditório não é apenas um direito do imputado e um dever do Estado garanti-lo, mas também o método mais eficaz para o conhecimento da verdade e, sobretudo, da verdade da hipótese acusatória,

269 A igualdade no processo penal não significa, necessariamente, a correspondência absoluta de armas, posto que acusação e defesa não trabalham com os mesmos mecanismos de atuação, mas com meios jurídicos eficazes para tornar efetivos os seus direitos, como anota Rui Patrício (O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no atual processo penal português, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 65-66).

270 Nicolás Gusmán (La verdad en el proceso penal, Ed. Didot, 2018, p. 152).

271 “O contraditório **para prova** (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes(...). O contraditório **sobre a prova**, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova” (Renato Brasileiro de Lima, Código de processo penal comentado, Ed. JusPODIVM, 2016, p. 472 – destaques nossos).

que é a única que importa para os fins de imposição de uma sanção penal. Insiste-se, demasiadamente, no contraditório como direito de defesa, como garantia individual, mas não se descarta –em igual medida – sua dimensão como meio para o descobrimento da verdade com vista à correta determinação dos fatos²⁷².

As informações recolhidas no inquérito são, quase sempre, unidirecionais, todas encaminhadas para confirmação da hipótese selecionada por suspeitas²⁷³, de modo que não é, nem pode ser considerada imparcial a atividade desenvolvida pela autoridade policial²⁷⁴.

Ademais, as “informações” do inquérito policial – que alguns, inadvertidamente, chamam de “prova” (exceção, claro, das irrepetíveis, das cautelares e das antecipadas) – não são submetidas ao método popperiano de investigação, de submissão à prova e contraprova de suas afirmações fáticas, ao exame crítico da hipótese no extenso percurso da busca da verdade, o que somente a instrução criminal permite realizar.

É pela verificação dos contrários que se chega à verdade.

Já assentei, a mais não poder, que a verdade não é obtida apenas pelo método da confirmação, em que o juiz escolhe

272 Nicolás Gusmán *ob. cit.*, p. 151/152.

273 É o fenômeno que a psicologia nomina de visão tunelada, que “*caracteriza-se pela tendência dos investigadores, ao rotular alguém com o status de suspeito (indiciado, a focar nas evidências que apontem para a autoria desse suspeito e ignorar toda evidência que aponte no sentido de sua inocência, de um novo suspeito ou mesmo da participação de outra pessoa*”. (Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, Viéses da justiça, Ed. EModara, 2018, p. 49)

274 Há manifesta desigualdade de armas na fase do inquérito, ubicando o Estado investigador em posição privilegiada, de superioridade e supremacia, o que leva, não raras vezes, a tratar o suspeito como objeto de investigação, o que é um inominável equívoco. Não interessando ao Estado mais a condenação do que a absolvição, o ideal é que a autoridade investigante atue na busca da verdade (na fase inquisitorial o que se persegue é a verdade real ou material), ainda que ela favoreça o suspeito ou indiciado. Nesse diapasão, não deve o órgão investigador abandonar ou escamotear as hipóteses de inocência, devendo atuar, tanto quanto possível e recomendável, em favor do suspeito, com atendimento das diligências que possam lhe favorecer, evitando, dessa maneira, os custos sociais e econômicos do processo, que não são apenas do investigado, mas também da sociedade. Depois, a autoridade policial não tem subordinação com o Ministério Público, com eventuais interesses acusatórios. Sua missão é sempre com a verdade.

previamente uma versão dos fatos e busca no processo provas que possam dar apoio a ela. Embora importante que a hipótese se confirme na prova dos autos, deve ela ser submetida a confronto com as provas contrárias, às críticas cabíveis contra ela, como se passa no conhecimento científico²⁷⁵. Apenas se resistir a elas e se preponderar sobre a hipótese contrária, no *standard* exigido, pode ser considerada provada.

Desse modo, não é bastante que a teoria acusatória tenha confirmação nas provas. Imprescindível se faz a submissão dela a testes com a hipótese da defesa, também confirmada nos autos. Apenas quando esta for superada em nível que atenda ao grau de confirmação previsto para decisão – que, evidentemente, exclui as dúvidas razoáveis –, tem cabimento a condenação.

Assim, o contraditório já não mais representa apenas um direito das partes de reagir e se contrapor aos argumentos e provas do adversário, apresentando-se mesmo como método de reconstrução objetiva da própria verdade²⁷⁶.

De fato, o contraditório – o qual embute a ideia de confronto, de dialética, de debate, de testes, de críticas e contracríticas – acaba por permitir o conhecimento da verdade, apresentando-se, sob esse aspecto, condição para o descobrimento dela²⁷⁷.

A hipótese acusatória, pinçada das investigações levadas a efeito no inquérito policial, carece ser comprovada **no processo** e somente pode adquirir foros de verdade se submetida a exame e contra-exame de argumentos e provas voltadas à sua confirmação e refutação da hipótese de inocência, tudo sob os olhares e controle do juiz,

275 Em brevíssima frase: **é preciso escovar os fatos à contrapelos**.

276 Nicolás Gusmán, *ob. cit.*, p. 173

277 Para Aury Lopes Júnior, o contraditório é um método de confronto da prova e comprovação da verdade (Direito processual penal, 16. ed. Editora Saraiva, p. 361).

que precisa ser convencido de que ela é a única opção racionalmente viável.

As provas, de confirmação ou objeção das hipóteses controvertidas no processo, precisam ser testadas mediante críticas que possam certificá-las, refutá-las ou modificá-las, com vista à obtenção da verdade.

O contraditório implica também **condição de validade** das provas²⁷⁸.

Posta a questão em seu devido lugar, não pode mesmo o juiz fundar seu convencimento em relatos que não tenham sido produzidos mediante o contraditório, que é condição de **existência e validade da prova**²⁷⁹.

Além de a prova ser produzida por quem acusa, deve ela estar escoimada de qualquer vício que a inquene de ilicitude, ilegalidade ou invalidade, que imprestabilizam sua valoração no provimento jurisdicional.

278 “O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova. Essa estrutura dialética de produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e verificar os contrários, funciona como um eficiente mecanismo para a busca da verdade”. (Renato Brasileiro Lima, *ob. cit.*, p. 504)

279 O Tribunal Constitucional da Espanha, na Sentença 155/2002, citando outros precedentes da Corte, legou página exemplar sobre a necessidade de submeter a contraditório todos os meios de prova introduzidos no processo, *verbis*: “Este Tribunal reiterou que as faculdades de alegar, provar e intervir na prova alheia para controlar sua correta prática e contradizê-la é específica manifestação do direito de defesa do acusado [...] e muito concretamente o é o de interrogar e fazer interrogar as testemunhas que declarem contra ele”. “Desta maneira, afirmamos que nenhum pronunciamento fático ou jurídico pode ser feito no processo penal se não veio precedido da possibilidade de contradição sobre seu conteúdo [...], pois, como foi assinalado em ocasiões anteriores, ‘o direito de ser ouvido em juízo em defesa de seus próprios direitos e interesses é garantia cara ao Estado de Direito para qualificá-lo ou adicionar-lhe adjetivos’ [...]”. A possibilidade do contraditório é, portanto, uma das “regras essenciais ao desenvolvimento do processo [...] que se projeta como exigência de validade sobre a atividade probatória” [...] “Por isso [...] ao analisar os requisitos constitucionais de validade das provas capazes de desvirtuar a presunção de inocência, este Tribunal estabeleceu, reiteradamente, uma regra geral conforme a qual “unicamente podem considerar-se autênticas provas que vinculem ao órgão de justiça penal, no momento de ditar a sentença, as praticadas em juízo oral, pois o procedimento probatório há de ter lugar, necessariamente, no debate contraditório que, em forma oral, se desenvolve perante o mesmo juiz ou tribunal que há de ditar a sentença, de sorte que a convicção deste sobre os fatos processados se alcance em contato direto com os meios aportados a tal fim pelas partes”.

A igualdade de armas, como elemento essencial do *due process of law*, impõe o controle de todas as provas que são introduzidas no processo, não sendo suficiente que sobre elas manifestem as partes após produzidas, antes, que participem ativamente na produção delas, como condição de validade.

É erro comum pensar que as informações do inquérito, quando **reproduzidas ou corroboradas** em juízo, ganham a condição de **provas**. As informações não são objeto de provas na instrução criminal, nem a finalidade desta é a corroboração delas para serem alçadas àquela categoria.

O objeto de prova no processo penal não são os fatos, mas a verdade ou a falsidade de uma afirmação sobre um ou mais fatos que interessam à situação do processo, de modo que a atividade probatória recaia, quanto à teoria do caso penal exposto na denúncia, sobre a veracidade ou não da narrativa nela constante²⁸⁰.

Destarte, as informações do inquérito não são provas que se confirmam em Juízo. Pelo contrário: são as informações que se convertem em provas quando repetidas em juízo. Elas não adquirem valor de prova quando judicializadas. Não se pode conferir efeitos repristinatórios a elas, nem dar-lhes efeitos jurídicos, especialmente quando entram em confronto com as provas colhidas sob todas as garantias processuais.

As provas produzidas em juízo não sobrepõem ou anulam as informações do inquérito policial, simplesmente porque estas cumprem sua finalidade quando prestam subsídios para a decretação de medidas cautelares, para o oferecimento da denúncia, para o recebimento desta ou arquivamento daquele.

280 Por todos, Renato Brasileiro Lima (Código de processo penal comentado, Editora JusPODIVM, 2016, p. 459).

Isso implica afirmar que o juiz não pode dar maior valor jurídico às informações do inquérito do que às provas repetidas em juízo. Deve-se evitar o mau hábito de considerar as informações do inquérito – muitas vezes passadas pelas testemunhas nele auscultadas e pelo próprio indiciado no seu interrogatório – quando elas confrontam as provas repetidas em juízo.

A repetição que se faz na instrução criminal não tem por escopo ratificar ou corroborar as informações do inquérito policial, como se, passadas pelo batismo do contraditório, pudesse dar vida a elas²⁸¹.

O sentido da repetição (fala-se em provas repetíveis pela natureza delas) não é de **re-produção**, mas de produção, de algo com valor jurídico **novo e original, autêntico e juridicamente válido** para consideração na sentença.

De fato, tem-se percebido que, na prática, se faz uma **combinação de depoimentos** que resulta, em última análise, na criação de uma espécie de *tertium genus*, o que, *data venia*, é um disparatado absurdo²⁸².

O inquérito policial apenas descobre e oferece às partes as fontes de prova das quais podem se valer para provar suas alegações em juízo. Nessa ordem de ideias, as informações nele recolhidas, ressalvadas as situações previstas em lei, “não são provas”, mas “fontes de provas” que se revelam às partes, para que possam delas se servir como meio de prova no processo.

281 Aury Lopes Júnior distingue repetição de reprodução. Repetição é a nova realização ou a declaração de algo que já se disse ou se fez. Não se considera repetição (mas renovação), a ratificação do depoimento anteriormente prestado. Segundo ele, a testemunha não só deve comparecer senão que deve declarar de forma efetiva sobre o fato, permitindo a plena cognição do juiz e das partes, ademais de permitir identificar eventuais contradições entre as versões e a atual. Somente por meio da repetição podem ser observados os princípios constitucionais (*ob. cit.*, p. 163-164)

282 Não raras vezes, o juiz e o Ministério Público mesclam os depoimentos do inquérito policial com os tomados em juízo, considerando apenas os excertos que confirmam suas afirmações.

As informações do inquérito não se incorporam ao processo. Quando repetidas em instrução criminal, valerão por elas próprias, não por aquilo que se disse no inquérito policial. Como ensina com calor Gustavo Henrique Badaró, “*se há outras provas produzidas em contraditório judicial, o que o juiz deve valorar são estas “provas”, e não os elementos informativos colhidos durante o inquérito*”²⁸³, o que torna mesmo de nenhum valor os elementos informativos do inquérito.

De todo modo, “*não será possível o julgador, no caso em que haja provas produzidas em contraditório em um sentido, e elementos colhidos no inquérito no outro sentido, ficar com essa versão, e, com base nela, condenar o acusado. Nesse caso, substancialmente, o acusado teria sido condenado exclusivamente com base nos elementos de informação colhidos no inquérito, sem a observância do contraditório*”²⁸⁴.

A regra de ouro deve ser: as provas do processo bastam ou não bastam para a condenação. Quando as produzidas em regular instrução criminal necessitam de socorro ou auxílio em informações do inquérito – notadamente aquelas produzidas sem nenhuma participação do réu –, deve o juiz guiar sua decisão segundo o princípio *in dubio pro reo*, que é fator de garantia e proteção do acusado na busca do equilíbrio e do controle do potentado aparato penal do Estado, que se situa, especialmente na fase de investigação, em posição privilegiada, com absoluto desequilíbrio de forças.

O *in dubio pro reo* é regra de compensação jurídica que ilumina nosso sistema de justiça. Se se autorizar ao juiz que se valha, na formação do seu convencimento, das informações do inquérito, estar-se-á permitindo a quebra do princípio da isonomia, da *par conditio*,

283 Polícia em investigação no Brasil, *ob. cit.*, p. 271.

284 *Idem*, *ob. cit.*, p. 272.

que somente a instrução criminal assegura. Mais que isso: estar-se-á fazendo ouvidos de mercador à presunção da inocência, que ampara e protege o acusado nas situações de **dúvida** sobre a sua culpabilidade.

Em suma, se, para condenar, o juiz precisar se socorrer de elementos informativos do inquérito policial, complementando ou suplementando as provas produzidas sob contraditório, significa que as recolhidas na instrução criminal não se revelaram bastantes. Se assim se apresenta o cenário das provas no processo, não há outro caminho que não seja a absolvição com base na dúvida.

Sendo o inquérito policial procedimento marcado pela assimetria na posição do Estado diante do suspeito ou indiciado, justiça de direito universal não se alinha com a possibilidade de considerar os elementos do inquérito como prova única ou de reforço à condenação do acusado.

Repito *ad nauseam*: se as provas – assim consideradas as carreadas ao processo, sob todas as garantias processuais – não bastarem, de per si, para lastrear um decreto condenatório, a dúvida há de favorecer sempre e sempre o réu.

Como fiz anotar anteriormente, essa posição ficou aberta e escancaradamente marcada na Lei n. 13.964/19, no chamado “Pacote Anticrime”, que introduziu, no art. 3-C, §§3º e 4º, a regra de que os autos do inquérito ficarão acautelados na secretaria do juízo, à disposição do Ministério Público e da Defesa, e não serão anexados aos autos do processo a cargo do juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, às medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Não se trata de mudança de paradigma. Sempre foi da essência do princípio acusatório que por “provas” se há de entender e considerar apenas as produzidas perante o juiz de instrução, mediante oralidade, imediatidade, publicidade e contraditório.

A imposição que, doravante, os autos devam ficar acautelados na secretaria da vara, é medida tendente a corrigir o cacoete e o mau vezo dos juízes em, amiúde, considerar os elementos informativos do inquérito, tomando-os emprestados como “provas” para a condenação.

A intenção é afastar o Juiz de toda influência que os elementos do inquérito possam causar na formação de seu convencimento.

A psicologia jurídica demonstra, a mais não poder, que o juiz que tem contato com os autos do inquérito cria vínculos com as informações neles obtidas, propiciando fenômenos como a *ancoragem* e outros compromissos psicológicos com as decisões provisórias tomadas com base nos elementos informativos²⁸⁵.

Nesse particular, foi mesmo providencial a criação do juiz de garantias, tema que dispensa considerações nesta decisão.

Nesse diapasão, conquanto o Pacote Anticrime não tenha alterado o artigo 155 do Código de Processo Penal, a mim não me restam dúvidas de que o juiz não pode – e nunca pode – considerar na sentença os elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas “os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas” (art. 3-B, §3º do CPP), que serão apensados em apartado ao processo. Esta é a leitura a ser dada ao sobredito dispositivo legal.

285 A dissonância cognitiva, revelada por Leon Festinger, é o exemplo mais eloquente no processo penal.

O desapensamento dos autos do inquérito, agora ordenado em lei, não tem outra finalidade a não ser impedir que o juiz considere os elementos informativos em sua decisão final.

Tamanha foi a preocupação do legislador, que a lei ordena que o acautelamento do inquérito policial se faça na secretaria do juiz de garantias²⁸⁶, e não na do juiz da instrução, a quem será enviado, para apensamento, em autos apartados, apenas os documentos relativos às provas irrepetíveis, as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Outro detalhe: ficou assegurada **somente** às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juiz de garantias (art. 3-C, §4º).

Embora tênue, faz diferença entre os autos ficarem acautelados na secretaria do juiz de garantias, com o acautelamento deles na secretaria do juiz de instrução e julgamento. Com isso, quis dizer o legislador, em tom vibrante e tonitruante, que não pode mais o juiz usar os elementos do inquérito para auxiliá-lo na formação de sua convicção. A ordem de separação, deixando os autos acautelados em **outra** secretaria, teve o único propósito de evitar que o juiz da instrução e julgamento se veja tentado a ter contato com as informações do inquérito, criando vínculos psicológicos com elas.

O que se estabeleceu foi o **distanciamento** físico do juiz da instrução e julgamento com as informações do inquérito.

A intenção foi impedir a contaminação psicológica do juiz com as informações do inquérito, pois se sabe que o inconsciente atua nas sombras e com mais frequência que nossa vã consciência pode imaginar²⁸⁷.

286 O juiz de garantia está suspenso por liminar deferida pelo Ministro Fux, nas ADIs n.6298, 6295, 6300 e 6305.

287 Uma única informação do inquérito, quando conhecida do juiz, pode influenciá-lo na avaliação das provas tomadas em instrução criminal.

Na reconstrução mental da história dos fatos, todas as informações são utilizadas, inclusive aquelas que deveriam ser descartadas, sob o aspecto racional ou legal. Qualquer informação (indevida, ilegal ou inválida) pode vir a constituir a peça que falta na montagem do quebra-cabeça, que dá coerência e consistência narrativa à decisão. Por isso a importância do distanciamento que o legislador quis criar com acautelamento dos autos do inquérito em secretaria diversa da do juiz de instrução e julgamento²⁸⁸.

O afastamento do juiz com as informações do inquérito, que agora a lei impõe, tem a finalidade de evitar que possam elas vir a influenciá-lo na sentença. Isso porque, como posiciona Cristian Contreras Rojas, qualquer modificação na configuração do conjunto de elementos de prova repercute necessariamente na decisão acerca da versão dos fatos que se acredita demonstrada, uma vez que a valoração do grau de probabilidade de uma hipótese é questão relativa e contextual que se constrói sobre a base das evidências que se encontram à disposição do juiz no momento preciso em que realiza a valoração²⁸⁹.

As experiências na área da psicologia informam que o acréscimo ou a subtração de qualquer informação útil à formação do raciocínio, que procura ser sempre coerente e racionalmente explicável, altera o produto da decisão. Em tendo o juiz contato com uma informação indevida, torna-se impossível descartá-la e desconsiderá-la totalmente. A

288 É de suma importância que o juiz decida antecipadamente sobre quais provas devam ser introduzidas no processo, descartando as ilícitas para que não venham, se produzidas, influir em seu convencimento, ainda de tenha que desconsiderá-las a posteriori.

289 La valoración de la prueba de interrogatorio, Ed. Marcial Pons, 2015, p. 95. No mesmo sentido, Susan Haack (Estándares de prueba y prueba científica, p., 86); e Jordi Ferrer Beltrán (Estándares de prueba y prueba científica, p. 26).

fabulosa mente humana sempre trabalhará para introduzi-la, por vias obliquas, na decisão²⁹⁰.

Aliás, independentemente da restauração da vigência do artigo 3-C, §§3º e 4º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 – agora suspenso por decisão do STF –, creio que o desentranhamento dos autos de inquérito é compatível com o sistema acusatório, o que permite ao juiz impedir, por meio do arquivamento deles na secretaria da vara, que sejam suas informações utilizadas no Tribunal do Júri, máxime diante do sistema da íntima convicção que nele vigora, que impossibilita saber se foram as provas ou os elementos informativos do inquérito, ou ambos, que formaram o veredicto.

Por isso, como um refrão, eu repito sem cessar que o artigo 155 do Código de Processo Penal deve merecer nova leitura, especialmente após a edição do Pacote Anticrime, não conferindo a ele **interpretação retrospectiva**, que Rubens Casara, reproduzindo Lênio Streck, descreve como “*a insistência dos operadores jurídicos de interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*”²⁹¹.

A Constituição Federal de 1988, que abraçou, sem rebuços ou disfarces, o sistema acusatório, impõe que as normas do Código de Processo Penal tenham interpretação prospectiva, uma “**interpretação conforme**”, especialmente, aos princípios e diretrizes da nova ordem política, jurídica e social.

290 Jordi Ferrer Beltrán exemplifica com a situação em que o juiz, no processo, teve que desconsiderar uma prova ilícita obtida com violação a direitos do réu, que levou à absolvição dele pelo crime de estelionato. Todavia, diz ele que, se na vida privada o mesmo juiz se vir na contingência de firmar um negócio com a pessoa do réu, é possível que incorpore e aceite a condição de estelionatário, que não pôde no processo reconhecer por vício na obtenção da prova. (Motivación y racionalidade de la prueba, Ed. Grijley, 2017, p. 233)

291 Revista da EMERJ, vol. 6, n.22,2 1003, p. 196, disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_sumario.htm

É preciso romper com os grilhões inquisitivos do velho Código de Processo Penal, imitador do código fascista de Mussolini, e deixar entrar o ar benfazejo do processo penal democrático, substituindo as regras monolíticas dos códigos pelos princípios da Constituição Federal. Pode-se dizer com Cesara que *“quando surge uma nova carta política, todo ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado. São consequências da **supremacia das normas constitucionais**”*²⁹².

Nas palavras de Astolpho Resende, o juiz, longe do ser inanimado a que se refere Montesquieu, *“tem sido (ou há de ser, digo eu) a alma do progresso jurídico, o laboratório artífice do direito novo contra as forças envelhecidas do direito tradicional”*.

A possibilidade que o artigo 155 do CPP abre para o juiz de considerar os elementos do inquérito policial na formação de sua convicção – desde que não apoie sua decisão **“exclusivamente”** neles – é resquício inquisitivo que se ramifica com a mítica busca da verdade real, que, ideologicamente, lhe confere poderes para gerir as provas do processo como lhe aprouver, inclusive utilizando as que não podem ser consideradas por ofensa a princípios elementares do processo penal, colocados como instrumentos de garantias do acusado.

O termo “exclusivamente”, na prática, tem permitido que os juízes se valham das informações do inquérito policial para

292 Ob. cit., p. 205.

condenar ou pronunciar, quando elas recebem alguma confirmação em juízo²⁹³.

Contudo, como bem posiciona uma ala da doutrina, o termo “**exclusivamente**” não deve ser entendido como porta aberta para livre valoração do material produzido na investigação, se presentes outras provas colhidas na instrução criminal. Não fosse assim, o convencimento judicial poderia ser construído com base **essencialmente** – e não exclusivamente! – em elementos informativos, bastando apenas a referência à existência de outras provas produzidas em juízo²⁹⁴.

Aos mais atentos, sempre se mostrou inconstitucional a norma do art. 155 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz lançar mão dos “**elementos informativos colhidos na investigação**”, para firmar sua decisão. A essa expressão se poderia acrescentar: “**desde que para favorecer o réu**”.

Assim deve ser entendido porque, adotando a Constituição Federal o sistema acusatório²⁹⁵, sempre foi incompatível com ele qualquer norma que permita ao juiz se servir de elementos do inquérito policial para lastrear a condenação.

O que se proíbe não é apenas que o juiz fundamente “*sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*”, mas que os considere, dê relevo e importância a eles na construção de sua convicção.

293 Apoiam essa posição, *et al.*, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, Código de processo penal e execução penal comentados, Editora JusPODIVM, 2017, p. 379)

294 Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, p. 333.

295 O sistema acusatório, de cariz constitucional, é o princípio informador do Código de Processo Penal, sob o qual todas as normas têm que ser interpretadas, cabendo considerar excluídas as que colidam com colunas que compõem o arcabouço jurídico penal, incluindo, entre elas, o contraditório, a imediatidade e a oralidade, pelas quais se impõe passear as provas.

Reafirmo sem cessar: se as provas colhidas na instrução criminal não forem bastante, por elas próprias, para formação de um juízo condenatório, e se as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas também não lhes emprestarem socorro, a única alternativa será a absolvição²⁹⁶.

Mesmo que não houvesse a manifesta inconstitucionalidade de parte da norma do art. 155 do Código de Processo Penal, entendo que houve derrogação tácita dele com o implemento do art. 3- A no Código de Processo Penal, trazido na Lei n. 13.964/2019, segundo o qual “**o Processo Penal tem estrutura acusatória (...)**”.

Ora, em se confirmando, peremptoriamente, que o processo penal é regido pelo sistema acusatório, todas as disposições com ranços do sistema inquisitivo – paridos no período do Estado Novo – ficam derogados, entre elas a norma do art. 155 do Código de Processo Penal, que autoriza o juiz se valer dos elementos do inquérito para estruturar a condenação, com a única condição de que sua convicção não seja assentada “**exclusivamente**” neles²⁹⁷.

296 A verdade, que é sempre a processual, é aquela construída por meio da dialética das partes, na apresentação da tese e da antítese, nos argumentos e contra-argumentos, provas e contraprovas. O estado de **incerteza** deve ser o marco inicial da ação penal para o juiz. Ao Ministério Público compete provar o fato acusatório por meio de provas a serem produzidas **no processo**, não se fiando nas informações estampadas no inquérito, que contribuiriam na formação da sua *opinio delicti*, salvo se se tratar de provas irrepetíveis, antecipadas ou cautelares. Se não logra êxito em demonstrá-las na instrução criminal, se não se desincumbe a contento do *onus probandi* que lhe recai, não cabe chamar em auxílio ou socorro as informações do inquérito, nem o juiz acolhê-las e tomá-las em consideração na construção da sentença condenatória.

297 Nesse sentido, por todos, a bela lição de André Nicolitt: “*O contraditório é da essência do processo (art. 5º, LV, da CF/1998). Não poderia ser diferente em relação às provas, que também devem se submeter à dialética da tese e antítese. As partes devem ter ciência das provas produzidas e oportunidade para manifestação e até para produção de contraprovas. Qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada pelo juízo, e a decisão que negligenciar essa lógica é nula por violação de princípio constitucional [...]. Como registramos, o devido processo legal é um conjunto de princípios, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a motivação, etc. Aqui isto fica muito evidente, pois temos que trabalhar também com o princípio da presunção de inocência, o que impõe à acusação o ônus da prova e ainda como regra de julgamento o in dubio pro reo. Destarte, se a prova produzida sob o crivo do contraditório, por si só, é incapaz de possibilitar a formação de um juízo condenatório, está evidenciada insuficiência de prova, impondo-se a absolvição do réu. Na medida em que a prova insuficiente do processo contraditório é complementada com as informações do inquérito (não contraditório), formando a convicção condenatória do julgador, estamos convictos de que os elementos inquisitivamente colhidos*”

De mais a mais, a “livre apreciação da prova” que se permite ao juiz é limitada àquelas produzidas em contraditório, às provas cautelares, às não repetíveis e antecipadas. (CPP, art. 155)

A prova judicial não é uma atividade totalmente livre do juiz, que deve conduzir sua avaliação sobre o acervo probatório validamente introduzido no processo, dentro de uma estrutura institucionalizada de regras que condicionam a obtenção do conhecimento e que visam garantir uma resposta mais ou menos rápida, que, em algum momento, ponha fim ao conflito, como também garantir outros valores que, junto com a obtenção da verdade, se consideram dignos de proteção²⁹⁸.

A **verdade** que o juiz há de perseguir é a oficial, aquela que se pode obter com base na avaliação das provas validamente introduzidas no processo, como também aquelas que se permite considerá-las e valorizá-las.

Já dissemos que a “livre valoração”, permitida ao julgador, não pode se dar fora das regras que caracterizam o devido processo legal. Ela significa apenas que ele é livre somente no sentido de que não está sujeito a normas jurídicas que predetermine o resultado da valoração, como se dava com as provas legais ou taxadas²⁹⁹.

Em um Estado de Direito não se permite ao juiz atuar fora das regras que institucionalizam **quando, como, onde e perante quem** as provas devem ser produzidas.

foram decisivos para a condenação, vulnerando o contraditório e a presunção de inocência. A conclusão não é outra: a decisão tem que ser fruto de prova colhida exclusivamente no curso do processo, isto é, com contraditório, ressalvadas apenas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O dispositivo deveria dispor afirmativamente dizendo: o juiz só pode decidir com base exclusivamente na prova produzida perante o contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Mas, infelizmente, o legislador dispôs de forma negativa: o juiz não poderá decidir com base exclusivamente na prova do inquérito, ressalvadas [...], deixando margem à conclusão de que, contrario sensu, se poderia decidir mesclando provas (do processo) com informações (do inquérito), o que é inconstitucional” (Manual de processo penal, Ed. D’Plácido, 7. ed., 2018, p. 698-699).

298 Marina Gascón Abellán, Prueba y verdad en el derecho, p. 78

299 Jordi Ferrer Beltrán, La valoración de la prueba, *ob. cit.*, p. 45.

Antes de mais nada, para que uma prova seja considerada é preciso que tenha ela **idoneidade**, que é exigência de ela reunir condições intrínsecas e extrínsecas para que se adaptem ao requisito de validade da atividade probatória, pois somente um ato probatório válido tem aptidão para ter eficácia³⁰⁰.

Nessa ordem de ideias, para que um enunciado possa ser considerado verdadeiro, deve resistir aos filtros que as normas jurídicas estabelecem como condição de existência, validade e eficácia.

Antes de o juiz valorar determinado elemento probatório, impõe-se-lhe submetê-lo a controle de **como** foi introduzido no processo e se, à luz das normas legais, **pode** merecer consideração em sua atividade cognoscitiva.

O controle deve ser feito em dois momentos: **ex ante**, pela seleção do material probatório feito em abstrato pelo legislador (pense-se nas restrições legais à admissibilidade de certas provas, por exemplo) ou pelo próprio juiz – com a participação das partes em contraditório –, nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas; e **ex post**, quando a validade do raciocínio judicial pode ser verificado por outros sujeitos, por meio do exame da motivação³⁰¹.

No processo penal, a sentença é resultado da avaliação que o juiz faz da prova, não de qualquer prova, mas somente daquelas que as normas jurídicas conferem validade e aptidão para serem consideradas na formação de seu convencimento, o que, evidentemente, deixa de fora os elementos informativos do inquérito policial, pelas razões já expendidas.

E a razão óbvia de não se poder considerar as informações do inquérito policial, observa Jordi Nieva Fenoll, é que “a

300 Jorge Rosas Yataco, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Ed. Legales, 1. ed., Vol 1, p. 238.

301 Antônio Magalhães Gomes Filho, *ob. cit.*, p. 122.

polícia prescinde da presunção de inocência no seu trabalho cotidiano de investigação. Se é assim, sua atividade vulnera esse direito fundamental e, portanto, está viciado por uma evidente ilegalidade, embora compreensível, se desejada. É preciso não perder de vista esta conclusão, porque se der por boas, não as ações de investigação policial, mas suas próprias conclusões, não seriam os juízes que julgariam, mas a polícia, o que resultaria de todo inaceitável em um Estado de Direito, em que os sujeitos do poder judicial, investidos de jurisdição, são os que julgam, e não os órgãos do poder executivo, absolutamente sem independência e imparcialidade.

Em consequência, é necessário que os juízes, que são independentes e imparciais, revisem essa atuação policial, que é única que é apta para julgar. Dessa maneira, a atividade policial de investigação não resulta completamente inútil, mas serve, simplesmente, como ponto de partida que tem que passar por um rigoroso filtro de imparcialidade e da presunção de inocência, e que pode servir para organizar a atividade probatória do processo. Mas em nenhum caso pode servir para fundamentar uma sentença condenatória, porque é somente a dita atividade probatória que pode fazê-lo. Em consequência, é uma autêntica fraude dar por boas, com um simples revestimento formal, atividade policial de investigação, porque supõe uma distorção da jurisdição e suas garantias”³⁰².

Do exposto, concluo que os testemunhos de Osmar Antunes, de Elias Patrício e XXXXXXXX, mesmo que pudessem ser tomados como consistentes e coerentes, dignos de credibilidade e confiabilidade – de cujas qualidades não estão revestidos –, a não repetição

302 La duda en el proceso penal, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 98.

deles em juízo, sob as garantias que formam o “devido processo legal”, não permite que sejam considerados como provas para a pronúncia.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, o que se verifica é que o Ministério Público não se desincumbiu a contento do ônus probatório que lhe cabia, não conseguindo trazer provas que apontem a participação dos recorrentes na chacina de Taquaruçu.

A prova indiciária, na qual se baseia a denúncia e a pronúncia, é falha na comprovação do fato-base, que não se revelou acreditado no processo, comprometendo o método inferencial. Além de se tratar de indício único, mesmo fosse digno de credibilidade – que se demonstrou não ser – ele não seria necessário, mas contingente, e nessa condição jamais pode conduzir a uma conclusão segura de que Doca participou da chacina, e que Polaco foi seu mandante.

Ademais, os informantes e as testemunhas inquiridas em juízo apenas relataram o que Osmar Antunes lhes contou. A falta da inquirição deste, em juízo, descredencia que se leve em conta o depoimento prestado perante a autoridade policial e debilita os dos que apenas reproduziram aquilo que dele ouviram dizer.

Além disso, revelou-se, à luz da psicologia forense, que o depoimento de Osmar – que foi a fonte para as testemunhas e informantes de referência auscultadas no processo – é, para dizer o mínimo, altamente questionável quanto à autenticidade e credibilidade do relatado.

Mas ainda que se pudesse considerar as informações trazidas por essa e por outras testemunhas, elas não conseguiram formar

um acervo sólido e seguro que permita afirmar a participação dos recorrentes nos crimes que se lhes imputa a denúncia.

Demonstrou-se também que, mesmo que se pudesse extrair toda força probatória da prova oral produzida no inquérito e em juízo, não seria ela bastante para atingir o *standard* probatório da decisão de pronúncia, que é estabelecido como de **alta probabilidade**, e não de juízo de possibilidade ou de mera probabilidade (**mais provável que não**).

Em adendo, sobram provas do álibi do Doca no processo, que demonstrou, a mais não poder, que não podia estar na cena dos crimes, como afirmou Osmar Antunes, pela língua de quem se boatizou, mais que conversa de salão, que sendo um dos integrantes dos “encapuzados”, participou da chacina.

Mas não apenas isso: se o reconhecimento de Doca se deu porque o identificaram como a pessoa que, no grupo dos “encapuzados”, andava com dificuldades – provavelmente em razão da leishmaniose –, provou-se também que, ao tempo da chacina, ele já se encontrava completamente restabelecido da doença, a ponto de já estar usando calçado.

A tudo isso ainda acrescentam as informações já recolhidas no Inquérito Complementar n. 95/2017, cujas investigações dão sinais seguros de que os crimes ocorreram para desocupação da área, que teria sido vendida a um empresário que impunha essa condição para proceder ao pagamento do restante do preço.

Todas essas circunstâncias abrem espaço para afirmar que a hipótese acusatória não foi **confirmada** na prova dos autos. Mesmo que, hipoteticamente, assim possa considerá-la, ela não resistiria ao teste de **refutação** quando confrontada com a hipótese de inocência, o que

emascula ainda mais o acervo probatório na verificação do cumprimento do *standard* que o legislador desenhou para a pronúncia.

A situação dos autos não é de dúvidas, que autorizariam a impronúncia, mas de certeza quanto à inocência dos recorrentes diante do álibi comprovado do Doca, que demonstrou não ser ele a pessoa que Osmar Antunes viu nas proximidades do teatro dos crimes.

À vista do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, conheço dos recursos e **DOU-LHES PROVIMENTO** para **absolver sumariamente** os recorrentes **Pedro Ramos Nogueira** e **Valdelir João de Souza**, com fundamento no artigo 415, inciso II, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura em favor de **Pedro Ramos Nogueira**, salvo se, por outro motivo, estiver preso, bem como contramandado de prisão em favor de **Valdelir João de Souza**, recolhendo-se todos os mandados expedidos em seu desfavor, sobretudo dando-se a devida baixa no BNMP.

É como voto.