

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO
CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DR. CIRO
PINHEIRO E CAMPOS.**

Ref.: Apelação Criminal nº 990.10.251309-2

**ALEXANDRE ALVES NARDONI e ANNA CAROLINA TROTTA
PEIXOTO JATOBÁ**, por seus advogados que esta subscrevem, nos autos da
Apelação em epígrafe, inconformados com o acórdão de fls. 6793/6901 e com
seu complemento de fls. 6923/6927 (embargos de declaração), vêm à presença
de Vossa Excelência, nos termos dos artigos 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da
Constituição Federal, e 26 da Lei nº 8.038/90, tempestivamente, interpor
Recurso Especial para o COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, apresentando,
para tanto, as inclusas razões e requerendo, o recebimento do recurso e
posterior remessa dos autos à Corte *ad quem*, para apreciação.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXÂNDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Aproveita a oportunidade para requerer a juntada das inclusas guias de recolhimento (de custas e de preparo de porte e remessa e retorno dos autos) devidamente quitadas (Doc. 01).

São Paulo, 16 de setembro de 2011.

ROBERTO PODVAL
OAB/SP 101.458

ODEL MIKAEL JEAN ANTUN
OAB/SP 172.515

MARCELO G. G. RAFFAINI
OAB/SP 222.933

LEONARDO DE AGUIAR SILVEIRA
OAB/SP 309.338

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

RAZÕES DE RECURSO DE ESPECIAL

RECORRENTES: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá

RECORRIDO: Ministério Público do Estado de São Paulo

ORIGEM: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
– 4ª Câmara de Direito Criminal – Apelação Criminal
nº 990.10.251309-2

Colendo Superior Tribunal de Justiça,
Excelentíssimos Srs. Ministros,
Íncrito Procurador Geral da República.

I. UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA.

Este recurso não poderia começar sem algumas palavras que, se de nada servirem juridicamente, ao menos demonstrarão a dificuldade (impossibilidade) em se fazer justiça diante da despropositada exposição que o caso, enunciado pelo simples nomes dos recorrentes acima colocados, teve.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELÔ G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Quando chamados para assumir o caso acreditávamos conhecer as dificuldades que enfrentaríamos. A investigação havia sido açodada, a autoridade policial já havia prejulgado o caso e acreditou ter desvendado seu mistério logo no primeiro dia; todo o resto foi feito com o intuito de justificar sua "certeza".

Assim, como não poderia deixar de ser, toda a investigação caminhou para uma única hipótese, confirmada pela perícia. Todas as provas que destoavam das conclusões já previamente definidas pelos investigadores/peritos foram simplesmente descartadas.

Como a investigação já havia sido finalizada, no momento oportuno requeremos todas as provas que entendíamos pertinentes, tentamos de todo modo equiparar a defesa com a acusação. Conforme preleciona FERRAJOLI um processo leal presume igualdade de armas, tendo a defesa os mesmos poderes que são dados à acusação.

Igualdade inexistiu, paridade muito menos, todos nossos pedidos foram prontamente negados, alguns com justificativas pífias, outros até sem qualquer justificativa. O fato é que, conforme se verá a seguir, a preparação para o julgamento bem demonstrou que caminhávamos para um julgamento com resultado pré-anunciado.

Todos os tópicos a seguir pontuados dão a exata dimensão do que ora se coloca. E o fazemos sem nenhum tipo de ofensa aos personagens que nesses autos atuaram. Estamos absolutamente convencidos de que todo o cerceamento ocorrido, toda prova negada, todo constrangimento passado deram-se com as melhores das intenções. O caso abalou a todos, a mídia influiu sobre todos os personagens desta triste história, inclusive no Tribunal e Juízo *a quo* incapazes, a nosso ver, de perceberem o quanto suas reiteradas negativas impossibilitaram um julgamento minimamente equilibrado.

RANULFO DE MELO FREIRE, lembrado por SHECAIRA ao se aposentar do antigo Tribunal de Alçada Criminal em seu discurso, com propriedade costumeira afirmou: *"País em que é incipiente a formação de uma sociedade de estrutura democrática, não é fácil o ministério de julgar. Com o ouvido e a vista empanados de som e imagem (rádio e canal de televisão) pregando o extermínio indiscriminado do marginal, não sei com que armas o meu Tribunal de Alçada Criminal (não só agora, mas desde a geração de juízes que integram o Tribunal de Justiça) pôde e pode travar a luta pela consecução do devido processo legal. E já se observou que à medida que cresciam a violência e o arbítrio o TACRIM – sem se dar conta, talvez – ampliava, nos julgamentos, os mecanismos de defesa"*.

É disso que se trata. A cobrança midiática, a necessidade de um julgamento rápido (aqui não se reclama pela rapidez, apenas demonstra-se o tratamento desigual que este caso teve em relação a todos os demais) levaram os magistrados de 1ª e 2ª instância a impossibilitarem uma paridade de armas. Acreditávamos que o Poder Judiciário Paulista chamasse de fato para si a responsabilidade de garantir um processo igualitário, que pudesse distribuir Justiça, enfim, que garantisse, em última análise, a vigência material da própria Constituição Federal. O que se constatou, todavia, não foi a realização desses anseios, mas, inversamente, diante do peso da missão a ele conferida, viu-se magistrados sofrendo um processo de recolhimento.

Infelizmente a imprensa transformou o crime num espetáculo interativo para, logo em seguida, cobrar do Poder Judiciário a solução em tempo real, com *gran finale*, numa volta instintiva à idéia de retribuição, como se a decisão do juiz para o caso concreto tivesse a função, ou mesmo o efeito, de vingar a sociedade e de apagar o crime. Foi exatamente o que se deu nesse caso, conforme ao final veremos.

Essa (cada vez mais freqüente) confusão entre justiça criminal e segurança pública, da qual resulta a cobrança de que o Estado-juiz

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

cumpra tarefas que não apenas não são suas, como ainda, são missões impossíveis, colocam-no em verdadeira situação limite, levando-o a transigir as regras do devido processo legal, a generalidade das garantias e direitos individuais fundamentais.

Foi o que se viu na condução deste processo, é o que tentaremos demonstrar nas próximas páginas, no afã de conseguirmos expressar o quão injusto foi o andamento deste triste processo que culminou com a condenação e a exagerada pena imposta aos recorrentes, transmitida pelas caixas de som colocadas na frente do fórum para que o público pudesse aclamar aquela sentença carregada de rancor.

O público primeiro aplaudiu, depois, como não poderia deixar de ser, agrediu os condenados ao deixarem o prédio, bem como os advogados que sob proteção policial foram para casa, pois ali nada mais nos restava a não ser a esperança deste momento.

A esperança de que com a mesma crença de RANULFO DE MELO FREIRE de que quanto mais difícil o caso, mais complexo, quanto mais a sociedade cobra, mais corajosos e legalistas serão os julgadores, mais alto falarão em nome não do réu, mas da defesa de um processo justo e igualitário.

II. O JULGAMENTO DOS RECORRENTES: DO TRIBUNAL DO JÚRI AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULISTA.

A ação penal a que responde os recorrentes já é do conhecimento desta Corte. Não bastasse a larga exposição dos fatos nos veículos de comunicação, que tornaram o caso um dos de maior repercussão na imprensa nacional, estes já foram objetos de diversos recursos e ações que

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

tiveram trâmite junto a este SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Assim, a fim de evitar considerações desnecessárias, essa defesa limita-se a tecer os esclarecimentos que, de fato, objetivamente dizem respeito ao mérito deste recurso, o qual visa sanar *contrariedades* à Lei Federal ocorridas no trâmite da ação penal e no julgamento dos recorrentes, bem como *uniformizar entendimento divergentes* sobre mesma questão federal

Como se sabe, entre os dias 22 a 26 de março de 2010, os recorrentes foram submetidos a julgamento pelo 2º Tribunal do Júri da Capital/SP, sendo considerados, pelo Conselho de Sentença, culpados pela morte de ISABELLA NARDONI.

Como resultado do julgamento, os jurados reconheceram em face dos recorrentes a *autoria e a materialidade do homicídio* e acolheram as *três qualificadoras apontadas pela acusação*, isto é, a utilização de meio cruel e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, bem como a finalidade de ocultação de crime anterior.

Quanto ao crime conexo imputado pela acusação, a *fraude processual*, o conselho de sentença reconheceu além da *autoria e materialidade do delito*, a incidência de *causa de aumento de pena*, consistente na destinação da suposta conduta caracterizadora deste ilícito ter sido tendente a produzir efeito em processo penal.

Por meio de **majorações completamente alheias aos critérios legais e constitucionais da dosimetria da pena**, os recorrentes foram condenados à reprimenda estratosférica. O recorrente ALEXANDRE foi condenado à pena de 31 anos e 01 mês e 10 dias. A recorrente ANA, por sua vez, foi condenada à pena de 26 anos e 08 meses de reclusão.

Durante o julgamento, entretanto, foi apresentado aos

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

jurados um contexto fático-probatório angariado nos autos absolutamente destoante das conclusões atingidas pela votação do Conselho de Sentença.

Dos depoimentos das testemunhas ouvidas em plenário e dos laudos periciais ali apresentados, extraiu-se outra realidade. A realidade de um casal que teve sua vida *indevidamente* destruída por uma fatalidade. De uma família, porque os recorrentes são pais de duas crianças (PIETRO e CAUÃ), que teve sua rotina devassada pelo julgamento antecipado dos fatos e pela atuação opressiva da imprensa.

As provas produzidas em julgamento refletiram o que se apurou na instrução processual e na investigação: **a tragédia que vitimou a pequena ISABELLA, infelizmente, não teve sua autoria comprovada.**

Em face dos recorrentes, injustamente apontados como autores dos fatos, não foi demonstrado um único elemento de prova que indicasse serem os responsáveis por essa barbárie.

Animados ou intimidados pela atuação da imprensa, a qual desde o dia da tragédia já havia dado seu "*verdicto*" sobre os fatos, os jurados, por sua votação, conferiram à completa ausência de provas existente nos autos sobre a autoria do delito o indevido poder de autorizar a condenação dos recorrentes.

Por essa razão a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso de apelação, que visava, de um lado, o reconhecimento de *flagrantes nulidades e de ilegalidades grosseiras na aplicação da pena*. Nesse sentido, já no recurso de apelação levaram-se ao Tribunal de Justiça Paulista as flagrantes violações legais verificadas na espécie:

(a) infringência ao art. 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de realização de reprodução simulada das teses defensivas;

- (b) infringência ao art. 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de realização de animação gráfica das teses defensivas;
- (c) infringência ao art. 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de exibição à defesa da tela de proteção retirada do local dos fatos para confronto de perfuração;
- (d) infringência ao art. 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de realização de reexame, com luzes forenses, do local dos fatos e dos lençóis das camas dos irmãos da vítima;
- (e) infringência aos artigos 159, parágrafo 6º; 279, inciso II e 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de realização de contraprova no material biológico conservado;
- (f) infringência ao art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal pelo impedimento da perita oficial Rosângela Monteiro para subscrever laudo complementar;
- (g) infringência ao art. 479 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do pedido de juntada tempestiva de documentos para o Plenário do Júri;
- (h) infringência ao art. 422 do Código de Processo Penal pelo indeferimento do cumprimento de diligência já deferida;
- (i) infringência ao art. 271 do Código de Processo Penal pela oitiva da assistente de acusação em Plenário na condição de testemunha;
- (j) infringência ao art. 159 *caput*, incisos e parágrafos, do Código de Processo Penal pela ilegal presença do assistente técnico da assistente de acusação em Plenário;
- (l) infringência ao artigo 59 do CPP, diante da não observância dos

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELÔ G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

critérios legais de majoração da pena.

De outro lado, também, apresentou-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que **o Conselho de Sentença optou por um caminho ilegal, desamparado de qualquer elemento fático-probatório, decidindo contrariamente às conclusões exaradas nos laudos periciais e nos testemunhos dos peritos que os elaboraram.**

Até porque, no caso em questão, não há como duvidar que os jurados, assim como todos aqueles que assistiram ao julgamento, para lá se dirigiram já com a condenação dos recorrentes delineada em suas mentes. É inegável, e as constantes violações à legislação infraconstitucional bem demonstram esse fato.

A notoriedade e o peso que a imprensa conferiu ao “CASO ISABELLA”, como ficou conhecido, são de expressões e intensidades talvez jamais presenciadas nesse país em um julgamento criminal.

Tanto assim que estes advogados presenciaram juntamente com todos os presentes em Plenário, o DR. FRANCISCO CEMBRANELLI “esclarecendo” aos jurados **que recairia sobre seus ombros a responsabilidade de justificar seu veredicto à sociedade que lá fora os esperava.** Nas palavras do promotor, “*o Brasil estava com olhos naquela sala*”, **o resultado daquele julgamento, portanto, seria cobrado pela sociedade a cada um dos jurados.**

Mais do que técnica de oratória ou argumentação, a exposição da acusação bem demonstra **tudo de pior que a mídia e a sociedade podiam contribuir ao caso: o pré-julgamento, a pré-concepção da culpa dos recorrentes.**

Os jurados não vieram de Marte. Desde a tragédia que vitimou ISABELLA foram bombardeados pela imprensa com informações, muitas

vezes falsas, sobre o caso. Quando ingressaram no fórum, na manhã do dia 22 de março de 2010, presenciaram já na porta da entrada uma aglomeração monstruosa de populares, inclusive de crianças, que gritavam e exibiam cartazes com dizeres como “*assassinos*”, “*justiça para Isabella*”, “*eu fui assassinada pelo mau pai que eu amava*”¹.

E mesmo que se possa acreditar que os jurados a tudo isso estivessem imunes, durante toda aquela semana o que se ouvia da sala de julgamento eram gritos de “*culpados*” e “*assassinos*”. **Sabiam, portanto, os jurados que o que se iria cobrar deles não era o agir pelos critérios de Justiça. A “Justiça”, no caso dos recorrentes, podia se ouvir de dentro da sala de julgamento, já estava traçada pelo mundo lá fora: buscava-se inevitavelmente uma condenação.**

A demonstração, ocorrida no julgamento, da inexistência de provas da culpa dos recorrentes tornou-se fator desprezível. A condenação dos recorrentes já tinha seu fundamento: *a necessidade imperiosa da satisfação de todos.*

Os recorrentes não foram julgados, foram “legalmente” e moralmente linchados. Não tiveram a menor chance de ver sua inocência estabelecida, através de provas, naquele plenário. Suas responsabilidades já haviam sido estabelecidas muito antes do início do julgamento.

Prova disso é que não obstante às constatações periciais não permitirem qualquer afirmação conclusiva sobre a autoria da tragédia que vitimou ISABELLA, o veredicto tendeu à aceitação da tese acusatória desamparada de base probatória, contrariando o quanto demonstrado nos autos.

¹Fonte: http://www.google.com.br/images?hl=ptBR&source=imghp&q=cartazes+julgamento+nardoni&gbv=2&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LÚZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

A sessão de julgamento cumpriu (alguns) ritos. Mas nem os ritos, nem a defesa podiam mudar o que já estava previamente decidido. Não se poderia mesmo esperar dos jurados, leigos que carregavam o peso da opinião pública, os limites do razoável e do justo².

Todo esse cenário foi exposto ao **Tribunal de Justiça de São Paulo, que rechaçou todas as nulidades evidenciadas pela defesa, as quais importaram, inclusive, em violações aos mais caros dispositivos legais, como o direito à prova, por exemplo.** Segue a ementa:

“Júri. Homicídio triplamente qualificado, por emprego de meio cruel, mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima e para assegurar a ocultação de outro crime, contra pessoa menor de 14 anos, mais fraude em processo penal. Preliminares absolutamente inconsistentes. Realização de nova reprodução simulada. Desnecessidade. Réus que se recusaram à realização da prova, no momento a tanto destinado. Afirmativas defensivas consideradas na perícia, todavia. Tese principal de impossível reprodução, ademais. Pretendida realização de animação gráfica. Indeferimento mantido. Mero instrumento de prova, com finalidade única de aclarar compreensão do destinatário. Inexistência de qualquer óbice para que a defesa produzisse a animação, por seus próprios meios. Pretendida exibição de telas de proteção, para confronto de perfuração. Existência de uma única tela preservada. Impossibilidade de realização de qualquer confronto. Material que interessa ao processo devidamente exibido e examinado pela defesa, ademais. Objeto à plena disposição dos interessados, em Plenário. Diligência inovadora e impertinente, realizada após a fase do art. 422, do Cód.Proc.Penal. Pleito de realização de reexame

² **MÁRCIO THOMAZ BASTOS**, em colaboração à obra *Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira* (Coordenação: TUCCI, Rogério Lauria. São Paulo: Ed. RT, 1999), discorreu sobre o tema, concluindo, ao final, que a pressão e influência da mídia tendem a produzir efeitos arrasadores sobre o júri popular: “envolvidos (os jurados) pela opinião pública, construída massivamente por campanhas da mídia orquestrada e frenética, é difícil exigir deles outra conduta que não seguir a corrente” (ob.cit. p. 115).

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓIA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMERO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

com luzes forenses do local dos fatos e de objetos relacionados com o delito. Local minuciosamente examinado e periciado. Palco dos fatos inteiramente imprestável à realização de nova perícia, a esta altura. Diligência impertinente, então. Realização de contraprova no material biológico preservado. Tese já examinada e afastada por esta C. Turma Julgadora. Acusação que não se apoia nessa prova. Inexistência de demonstração de prejuízo, por fim. Pretendido reconhecimento de impedimento de perita oficial. Impossibilidade. Inaplicabilidade do art. 279, II, do Cód.Proc.Penal, que não alcança 'experts' que atuam desde o início do feito e prestam meros esclarecimentos tão somente a respeito do objeto da perícia. Juntada de documentos para exibição aos jurados. Intempestividade manifesta. Prazo legal que deve respeitar o princípio constitucional do contraditório. Ausência de indicação e demonstração de prejuízo, ademais. Indeferimento de realização de 'diligência' já defendida. Ato manifestamente impertinente e desnecessário ao esclarecimento da verdade. Providência que pode ser reexaminada pelo magistrado, à luz do art. 497, XI, do Cód.Proc.Penal. Alegação de nulidade do feito, face oitiva da assistente de acusação. Inexistência de qualquer eiva. Genitora da vítima arrolada na denúncia e ouvida ao longo de todo processo, sem que houvesse qualquer objeção defensiva. Alegação que veio a destempo. Oitiva pura e simples daquela pessoa, que não causa nulidade qualquer, mormente quando, como aqui, não presta compromisso legal. Condenação amparada em outras e robustas provas, ademais. Pretendida nulificação dos trabalhos no júri, em razão da presença de assistente técnico na bancada destinada à assistente de acusação. Presença daquele no local unicamente para operar equipamento eletrônico. Magistrado que limita suas funções, vedando-o de qualquer participação ativa. Inexistência de qualquer prejuízo efetivo ou eventual demonstrado, com a situação. Falha na quesitação. Inocorrência. Preclusão evidente. Tese defensiva verdadeiramente descabida, ademais. Pedido de transmissão televisiva dos trabalhos em Plenário. Impossibilidade. Ausência de contaminação dos jurados. Direito à intimidade preservado. Publicidade processual e liberdade de imprensa plenamente garantidas. Mérito. Resultado perfeitamente conforme a evidência dos autos. Impossibilidade de sua modificação. Decisão que somente se anula quando o julgamento não encontra amparo algum nos elementos dos autos, coisa incorrida, por aqui. Autoria certa e

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

materialidade indiscutível. Resultado absolutamente alicerçado na prova, que é forte e firme. Qualificadoras do homicídio muito bem reconhecidas. Questões concernentes ao delito de fraude processual já analisadas e afastadas, inclusive por Cortes Superiores. Apenamento. Pena-base bem fixada, de acordo com critérios do magistrado sentenciante e em pleno atendimento ao art. 59, do Cód.Penal. Segunda fase de aplicação de pena alterada, entretanto, para se adequar ao art. 68 do Cód.Penal. Sistema trifásico preservado. Apenamento do delito conexo criterioso. Apelo parcialmente provido, apenas para adequação das penas do acusado Alexandre, mantido o mais decidido”.

Daí advém a importância deste Recurso Especial.

Passada a discussão de fatos, cabe agora uma discussão acerca de questões de Direito, especialmente se o julgamento poderia ter sido realizado sem ferir a legalidade e se a forma como o juiz presidente conduziu o procedimento e o julgamento feriu normas infraconstitucionais.

A defesa e os recorrentes não se conformam com o julgamento e com o procedimento penal que culminou na condenação dos recorrentes, os quais não foram conduzidos segundo os critérios da Lei. Inúmeras diligências foram indeferidas na fase de preparação dos autos para plenário. Outras já deferidas simplesmente não foram cumpridas, mesmo a defesa tendo protestado a tempo. Até mesmo a juntada, notoriamente tempestiva, de documentos importantes para o plenário foi negada à defesa.

E mesmo que a tudo pudesse se ignorar, não há como se concordar, também, com a fixação da reprimenda, já que esta fugiu aos parâmetros de legalidade e constitucionalidade aplicáveis à dosimetria da pena. Nesse cenário em que a condenação serviu à satisfação social e à punição exemplar, não é demais acreditar que cada aumento exacerbado, repetindo-se circunstâncias legais, tenha sido calculado para se atingir a coincidente idade de

recorrentes, já que ANNA tinha 26 e ALEXANDRE tem 31 anos, na data do julgamento, ou seja, a exata medida de suas reprimendas.

O peso que os jurados carregavam no caso dos recorrentes não era da simples responsabilidade de bem decidir a causa. O peso era maior, era de dar uma resposta, uma satisfação à sociedade que, inegavelmente, esperava a condenação dos recorrentes.

Esse fardo era pesado demais para ser suportado e o desfecho da causa, já se sabia, portanto, desde o início: ***passou-se por cima de direito e garantias constitucionais e legais em nome de um pretense julgamento célere; condenaram-se os apelantes à míngua de prova técnica a demonstrar a suas responsabilidades nos fatos; e, para se alcançar a aclamada “Popular Justiça”, ignorou-se a técnica da dosimetria da reprimenda, exacerbando-se a mais não poder as penas aplicadas.***

Bem por isso é que se recorre a esta Egrégia Corte Superior demonstrando todas as violações legais que macularam o procedimento e o julgamento dos recorrentes. Isto tudo, para que os recorrentes sejam submetidos a novo julgamento, desta feita, no qual sua ampla defesa seja garantida; o contraditório possa ser exercido pela Defesa com plenitude; a ordem processual determinada pela Constituição seja respeitada; e, especialmente, no qual os jurados compreendam de fato, seus verdadeiros papéis.

III. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 422 DO CPP. OFENSA AO ‘DIREITO À PROVA’ DOS RECORRENTES.

O procedimento penal a que responderam os recorrentes está maculado por diversas contrariedades a artigos de Lei Federal,

ROBERTO PÓDVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

em especial, aos regramentos que tratam do direito à prova.

Com efeito, o rito procedimento do júri prevê uma fase própria para o requerimento de diligências preparatórias do feito para julgamento. Trata-se da oportunidade do artigo 422, CPP, assim prevista:

*Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em poderão juntar documento e **requerer diligência**".*

Ocorre, contudo, que não obstante o artigo defina um verdadeiro momento processual para a parte exercer seu direito à prova, no caso dos autos este não restou respeitado, haja vista que algumas diligências requeridas foram, ao arrepio da Lei, indeferidas.

III.a) O ARTIGO 422 DO CPP E O DIREITO À PROVA DOS RECORRENTES.

No sistema processual inquisitório, caracterizado pela exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inviabilização da presunção de inocência, o processo era destinado, exclusivamente, a “arrancar a verdade dos acusados”, sendo “louvável e justo” para esse fim, a utilização de todo e qualquer meio (inclusive, a tortura), já que o objetivo era “descobrir a verdade e, essa nunca deve ser condenada” (Nicolau Emérico, “O Manual dos Inquisidores”).

O processo penal era tido, pois, unicamente como meio para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor. Bem por isso, o direito à Defesa era absolutamente dispensável e, quando existente, apenas formal. No centro da tradição inquisitória estava, portanto, a *proeminência da figura do juiz (inquisidor)* e a subalternidade das partes na

tarifa de obtenção do material probatório.

Esse método, freqüentemente adotado no seio da Igreja, a fim de reprimir a expansão das condutas heréticas, era, à época, grande inovação. Representava o avanço ao retrocesso dos métodos medievais de formação da culpa (duelos, ordálias, etc), sempre lastreados na “*irracionalidade*”, de buscar no “divino” a solução para os conflitos “dos homens”.

A bem da verdade, após a ruptura paradigmática da revolução iluminista, *duelos, ordálias e tortura*, tudo, se revelou bastante *irracional*. Eram “velhas idéias” que nos ajudaram a entender que o sistema penal deveria privilegiar a busca da verdade (que, diga-se, sempre foi seu objetivo), o respeito ao indivíduo, ao investigado.

Em outras palavras, isso significava dizer que ao acusado deveria ser concedida a plenitude (portanto, sob perspectiva formal e material) do direito de se defender. A verdade processual, nesse sentido, não seria a verdade da *vontade divina* ou *extorquida inquisitoriamente*, mas sim a verdade dialética, produzida por meio de provas e contraprovas.

Nas palavras de Ferrajoli: “*um verdadeiro modelo cognitivo de justiça penal pressupõe não apenas que a acusação seja confirmada por provas (nulla acusatio sine probatione), mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação (nulla probatio sine defensione)*”. (citado in Gomes Filho, Antônio Magalhães – Direito à prova no processo penal, RT, 1997, p. 55)

Nasciam dessa orientação, vale dizer do que Ferrajoli denominou de “*reconhecimento de poderes à defesa do acusado no procedimento probatório*”, as garantias processuais, gradativamente constitucionalizadas, do devido processo legal e da ampla defesa, da qual é espécie o direito à prova.

Inicialmente concebido como o mero reconhecimento à parte de um direito de *“empregar todas as provas de que dispõe; com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão”* (Taruffo, Michelle, Il diritto Allá prova nel processo civile, Revista di diritto processuale, 39:77, 1984), o conceito do *direito subjetivo à prova*, gradualmente foi ampliado, a fim de que, de fato, concretamente pudesse representar à parte a possibilidade de influir na condução do processo.

Afinal, *“a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica que se alcança por meio das provas”*. (Pedroso, Fernando de Almeida – Prova penal: doutrina e jurisprudência, São Paulo, RT, 2005, p. 21)

Vale dizer, se a função da prova no processo penal é a *“reconstrução”* da verdade, a abrangência do direito à prova não deveria estar restrita ao *“emprego das provas que dispõe à defesa”*. Ao contrário, para cumprir sua função, o direito à prova deve significar um verdadeiro direito da defesa em *“produzir”, “buscar”* elementos capazes de demonstrar a convicção de suas alegações.

Nesse sentido, a fim de contemplar a necessária amplitude do direito à prova é que este vem sendo entendido não só como o direito de *“empregar todas as provas de que dispõe”*, mas sim um direito à *proposição, admissibilidade, produção e valoração* da prova defensiva.

Pela garantia do direito à prova, à parte, portanto, deve ser observado: (i) um *“poder de iniciativa”*, ou *“requerimento”* de produção do material probatório, (ii) um *“direito de permissão”* do ingresso dessa prova nos autos, (iii) um *“direito de participação”* na elaboração dos elementos probantes e, por fim, (iv) um *“direito a apreciação”* pelo magistrado desse elemento introduzido no procedimento criminal.

Por óbvio, em que pese a plena satisfação da garantia constitucional do *direito à prova* depender do fiel cumprimento destas quatro vertentes, é certo que é no pronunciamento judicial relativo à “admissibilidade” ou “permissão de ingresso” das provas que se encontra o núcleo do direito em apreço.

Vale dizer, “*é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelo interessado que caracteriza a observância do direito à prova*” (Delfino Siracusano – Le prove, et. al. Manuale di diritto processuale penale, Milano, Giuffrè, 1990, v.I, p. 370-453, citado in Gomes Filho, Antônio Magalhães – ob. cit. , p. 88)

No entendimento de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, como é por meio das provas que se procura a conformação das afirmações feitas no processo com a verdade, “*em princípio não haveria limitação ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios a produção da provas*”. Todavia, continuam os autores “*A experiência indica que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas (...), ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (...), ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes fica sujeito, representando constrangimento inadmissível.*” (Teoria geral do processo, 14ª ed., Malheiros, p. 347/348)

Considerando, assim, que a regra é a possibilidade de ingresso da prova no procedimento com limitações, a satisfação da garantia em apreço depende, portanto, basicamente da definição de um **regramento legal sobre as hipóteses de rejeição das provas**, acompanhada da exigência de se **motivar exaustivamente, com base nessa disciplina, as decisões judiciais que impossibilitam o ingresso da prova no procedimento.**

É, portanto, nesse *dúplice* requisito, *disciplina legal das regras de exclusão da prova e dever de motivação das decisões que impõe óbice à produção probatória*, que se encerra o núcleo da garantia do direito à prova.

Não por outra razão que, no que tange ao tema, surgem com especial interesse ao debate, as questões relativas à **admissibilidade** (stricto sensu), **pertinência** e **relevância** da prova. Essas questões são desdobramentos teóricos da vertente da “*admissibilidade*” (lato sensu) ou do “*direito de permissão*” de ingresso dos elementos de prova no processo, e, desta forma, **norteiam toda a sistemática legal de rejeição ou exclusão das provas.**

São, portanto, a *admissibilidade* (stricto sensu), *pertinência* e *relevância* os limites à atividade probatória das partes. Esses são os critérios norteadores da atividade probatória, em especial da vertente relativa ao “ingresso” ou à “admissão” (lato sensu) da prova no procedimento criminal.

Isto quer dizer que, no processo penal, diante da já analisada “*liberdade regrada*” da produção probatória, somente não se pode permitir o ingresso (direito de permissão) no procedimento das provas *inadmissíveis, impertinentes* ou *irrelevantes*.

Na perquirição da **admissibilidade** (stricto sensu) da prova, compete a verificação de questões essencialmente *jurídicas*, como a presença de *exigências legais* para o ingresso da prova no processo penal. Nesse ponto particular, as decisões de proibição do ingresso da prova devem se ater aos aspectos de *legalidade*, vale dizer de *verificação da observância a regras jurídicas*, como a tempestividade, a licitude na obtenção, entre outras.

De outro turno, a justificação da prova pelos critérios de **pertinência** e **relevância** foge às indagações jurídicas e atingem um plano

de caráter *lógico*. Trata-se, portanto, de analisar se os elementos probatórios de futura introdução no processo são *efetivamente úteis* ao julgamento ou, ao contrário, podem representar desnecessária perda de tempo.

Toda essa sistemática dedicada à questão do *ingresso* dos elementos probatórios no procedimento penal, como se viu elemento nuclear do direito à prova, nos leva a conclusão de que, **estando a prova pretendida pela parte à margem dos critérios de exclusão, vale dizer, sendo *admissível, pertinente e relevante, não há como ser afastada a possibilidade de ingresso desta nos autos.***

E o mesmo raciocínio nos permite afirmar, sem espaço para dúvidas, que **o afastamento de determinada prova pretendida pela parte, somente pode ser realizado por meio de decisão judicial que concretamente tenha fundamento em um dos critérios legais de exclusão analisados: inadmissibilidade, impertinência ou irrelevância.**

Nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho, “a tarefa de seleção das provas obedece a critérios jurídicos (admissibilidade) ou lógicos (pertinência e relevância), cabendo ao juiz decidir a esse respeito tanto no curso do procedimento, em pronunciamentos específicos a respeito de propostas de produção de provas, como no momento da valoração.” (A motivação das decisões penais, RT, 2001, p.150)

Bem por isso, a mitigação do direito de permissão ou admissão da prova por meio de decreto judicial, cujos fundamentos não estejam recepcionados pelos critérios de exclusão examinados, certamente se trata de nítida afronta ao direito à prova da parte.

Afronta que é verificada no caso dos recorrentes, uma vez que as diligências requeridas na fase do artigo 422 do CPP foram indeferidas pelo magistrado de 1ª instância, com respaldo póstumo da decisão recorrida,

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

fora dos limites de tais regras de exclusão.

III.B) CONTRARIEDADE AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE REPRODUÇÃO SIMULADA.

Chegada à fase da “*preparação do processo para julgamento em plenário*”, a defesa requereu, dentre diversos pedidos, fosse realizada a reprodução simulada, bem como a animação gráfica das teses defensivas que se pretendia provar em plenário (fls. 4627/4633). Tratava-se, pois, de dois pedidos diversos entre si, já que referentes a meios de provas distintos.

Referidos pedidos, contudo, em que pesem distintos, restaram indeferidos pelo magistrado de primeira instância sob **um único argumento**. Nesse tópico, todavia, esta defesa refutará tão-somente o indeferimento da realização de reprodução simulada.

Pelo que se depreende do despacho judicial, não seria possível a produção da prova pretendida pela defesa porque, **em momento anterior (fase policial), já teria sido oportunizado aos recorrentes o direito de participar de reconstituição dos fatos, não tendo estes tido interesse naquela ocasião** (fl. 4666/4675).

Reiterado o pedido às fls. 4688/4694, o magistrado de primeira instância manteve o indeferimento sob o mesmo fundamento:

“No que toca à insistência por parte dos II. Drs. Defensores dos réus quanto à realização de reprodução simulada dos fatos e elaboração de animação gráfica dos fatos segundo as hipóteses de invasão do apartamento por terceira pessoa e queda accidental, tal inconformismo não procede. (...) Como já ressaltado anteriormente por este Juízo, na oportunidade própria que os réus e seus Defensores poderiam estar presentes para participarem de

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

reprodução simulada dos fatos e então apresentarem a versão que entendessem a mais correta, os mesmos apesar de devidamente intimados e também porque não estavam presos naquela ocasião, simplesmente se recusaram a comparecer ao local dos fatos para participarem da elaboração daquele trabalho da perícia ou mesmo fornecer qualquer informação nesse sentido". (fls. 4699/4705).

Requeridas novamente as diligências na sessão de julgamento, como preceitua o artigo 571, inciso V, do Código de Processo Penal, estas restaram indeferidas sob o mesmo fundamento.

Diante de tal fato, e com o advento da condenação dos recorrentes, a Defesa, em sede de apelação, arguiu a nulidade do feito em razão do indeferimento do referido pedido.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, todavia, afastou a tese, nos seguintes termos:

"Por primeiro, pretexta-se utilidade do feito, em face ao indeferimento de realização de nova reprodução simulada, em relação aos fatos aqui tratados, com as versões de que terceira pessoa teria cometido o delito, ou que a queda da vítima teria sido acidental.

Sem razão, no entanto.

E por variados motivos.

Que passam a ser desfilados.

A começar pelo fato de que a segunda tese – queda acidental - não é, e nunca foi, sustentada pela defesa, tanto pelos atuais, quanto pelos antigos patronos dos acusados.

Por maior esforço lógico que se possa fazer, data venia, não se concebe como é de que modo teria ocorrido o que se quer produzir.

E como a tese não aparece nos autos, ilógico seria prestar-se o processo a produzir uma prova de um fato que, sobre de todo fora da realidade processual e não razoável, é impertinente e inverossímil.

Donde, só por aí, a impertinência manifesta da alegação.

Demais disso, constata-se que, ainda em inquisitório, os acusados se recusaram a participar da realização da reconstituição, quando ainda em liberdade se encontravam e poderiam espontânea e livremente opinar sobre a diligência, indicando fatos que pudessem ser de seu interesse.

Dando mostras de que pouco ou nenhum interesse - ou estratégia da defesa de então, sabe-se lá - demonstraram por esta espécie de prova.

Na verdade, nada obstante e muito ao contrário do alegado em sede recursal, os diligentes e competentes "experts" do Instituto de Criminalística de São Paulo, ao elaborar preciso e detalhado laudo técnico (f. 2.518/2.581), levaram, sim, em consideração as versões apresentadas em Delegacia de Polícia pelos acusados.

E para isto basta o registro de que, tanto é verdade, que simplesmente tiveram a cautela e precisão de cronometrar o tempo que o casal teria despendido para realizar tudo aquilo que se falou - resumidamente: Alexandre deixar o veículo, subir até o apartamento de elevador com a vítima Isabella, acender luzes, preparar as camas de todos os filhos, recolher brinquedos, apagar luzes, trancar a porta do imóvel, descer de elevador até a garagem, permanecer por determinado período no automóvel e retornar ao apartamento, já com toda a família, incluso a acusada Anna (f. 2.531/2.534).

Basta compulsar aquele trabalho técnico, para se ter certeza de tanto.

Regularmente cientificada do teor deste laudo, a defesa silenciou-se, assim como o fez na fase do art. 422 do Cód.Proc.Penal.

Mas, vale dizer, o grande óbice ao deferimento da pretensão da defesa, quanto a isto, é que ela, já se disse anteriormente, se limita a afirmar que havia uma terceira pessoa no apartamento, a real autora do crime imputado aos réus.

Ora.

Apenas com esta afirmação, não é possível realizar simulação alguma, pois não aponta os fatos, ou seja, o que efetivamente teria ocorrido no interior do imóvel, ou que este tal terceiro estaria ali a fazer, ou qual sua verdadeira ação que acabou por redundar nas conseqüências conhecidas - a simples alegação da presença de um terceiro, sem a discriminação de suas supostas condutas, inviabiliza por completo e obviamente a realização de qualquer simulação.

Não haveria, portanto, o que simular.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓIA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Suposto possível a tal reprodução e reconstituição, indaga-se qual a ação que tocara à este tal terceiro nos fatos ?

Como se faria a reconstituição, se não se sabe nem se supõe - e nem se indica - sequer que tipo de comportamento teria aquele tido na ação delituosa ?

De qualquer maneira, e exatamente como sedimentado pela ilustre origem, a defesa poderia ter elaborado sua reprodução simulada dos fatos, por seus próprios meios, para o fim de representar seus argumentos ao Conselho de Sentença (f. 6.337).

Não o fez.

Não pode agora, e nesta fase processual, beneficiar-se da alegação, para ver decretada nulidade procedimental.”

Como se vê, o TRIBUNAL PAULISTA, além de chancelar as razões expostas em 1º grau para o indeferimento do pleito – suposta extemporaneidade -, aduziu também ser inútil o pedido, posto que alegadamente inviável a reprodução simulada da ação de um terceiro no apartamento.

Os argumentos trazidos no acórdão combatido, contudo, não se sustentam. Representam, a bem da verdade, violação ao direito à prova, expresso no art. 422 do Código de Processo Penal, posto que desgarrados dos critérios legais de exclusão da prova. Vejamos.

Como se observou, a admissibilidade está relacionada à observância das *exigências jurídicas de ingresso da prova no processo penal*. Nesse sentido, todos os questionamentos ou impugnações que se façam sobre a admissibilidade (stricto sensu) da prova necessariamente devem estar relacionados a aspectos contidos na Lei.

Assim, a prova *inadmissível* no processo é aquela que por determinada circunstância deixou de observar os *preceitos legais* (Lei em sentido amplo) em sua produção. Não por outra razão, dispõe nosso artigo 157 do Código de Processo Penal que “são inadmissíveis, devendo ser

desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

De fato, a questão da *tempestividade* ou da *preclusão* da atividade probatória, argumento utilizado tanto pelo magistrado de primeira instância quanto pelo Tribunal Paulista para indeferir o pedido dos recorrentes, é tema adstrito à admissibilidade (*stricto sensu*) da prova, já que é na Lei que deverá estar previsto o momento adequado de requerimento e produção da prova no processo penal.

Com efeito, nosso ordenamento tem diversas previsões *legais* relacionadas ao momento adequado de produção das provas. O artigo 41 e o 396-A do Código de Processo Penal, por exemplo, facultam à acusação e à defesa, respectivamente, a indicação de testemunhas. O artigo 402 do mesmo diploma, por outro turno, prevê às partes oportunidade de requerer diligências ao final da instrução. Vê-se, portanto, que a *tempestividade* da atividade probatória, por ser elemento da admissibilidade (*stricto sensu*) da prova, deve ser verificada, necessariamente, na própria legislação, vale dizer, na *letra da Lei*.

Bem por isso, é que se pode afirmar, com toda certeza, que a prova pretendida pela defesa dos recorrentes – reprodução simulada – não era intempestiva ou extemporânea, já que foi requerida em momento oportuno.

De fato, se a *tempestividade* da atividade probatória deve ser verificada na Lei, basta uma leitura do artigo 422 do Código de Processo Penal (já transcrito), para se verificar ter a diligência defensiva sido requerida em momento apropriado.

Considerando que o artigo 422 do Código de Processo Penal está localizado sob o título “*da preparação do processo para julgamento em plenário*”, esse é o dispositivo que garante às partes, em igualdade de posições, o

direito à produção das provas que queiram exibir em plenário, no julgamento.

O artigo em comento, que estabelece o momento adequado para os requerimentos de prova posteriores à pronúncia, ainda é taxativo em permitir às partes o requerimento de diligências. Com redação dada pela Lei nº 11.689/08, o artigo veio suprimir a antiga fase do libelo (para a acusação) e de sua contrariedade (para a defesa), todavia, não eliminando a possibilidade de se arrolar testemunhas e requerer diligências necessárias ao julgamento.

Nesse sentido, **Guilherme de Souza Nucci**³ afirma que *“eliminados o libelo e a contrariedade, objeto de análise em tópico abaixo, ao receber os autos, o juiz presidente do Tribunal do Júri deve providenciar a intimação do Ministério Público (ou do querelante) para que ofereça, querendo, o seu rol de testemunhas, até o máximo de cinco, para depoimento em plenário. Pode, ainda, juntar documentos e requerer diligências. A mesma intimação será encaminhada à defesa, com idêntico objetivo e também no prazo de cinco dias (art. 422, caput, CPP)”.*

Tem-se, pois, que **o momento do artigo 422 do Código de Processo Penal, antiga contrariedade ao libelo então prevista no parágrafo único do artigo 421 do mesmo diploma, é o momento processual adequado (tempestivo) para se requerer diligências após a fase de “formação da culpa”.** Nada de intempestivo, nem de extemporâneo, há no requerido pela defesa dos recorrentes. O requerimento foi pontual, oportuno; feito no momento adequado. Ao contrário, se requerida em momento processual diverso é que tal diligência deveria ser tida por intempestiva, como já se manifestou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

³ Tribunal do Júri, RT, 2008, p. 99.

*“As diligências devem ser requeridas quando do oferecimento da contrariedade ao libelo (CPP, art. 421, parágrafo único), sob pena de serem consideradas extemporâneas”.*⁴

O fundamento, portanto, adotado na decisão não tem razão jurídica para subsistir. Argumentar que a diligência requerida pela defesa de reprodução simulada seria extemporânea já que houve prévia oportunidade de produção na fase inquisitiva não tem amparo legal.

Aliás, nesse ponto em particular, contrariando frontalmente o fundamento adotado na decisão, **o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se manifestou no sentido de ser a fase do (antigo) artigo 421, § único, do Código de Processo Penal, atual artigo 422 do mesmo diploma, o momento adequado para se requer especificamente a reprodução simulada dos fatos:**

*“Habeas Corpus. Crime de homicídio. (...) Impugnação do indeferimento do pedido de reprodução simulada dos fatos. (...) Pretensão que poderá ser deduzida na fase dos arts. 421 a 425 do CPP.”*⁵

Vê-se, portanto, que, pela letra da Lei e pela interpretação que lhe dão os doutrinadores e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é a fase do artigo 422 do Código de Processo Penal (a antiga contrariedade ao libelo prevista no parágrafo único do artigo 421 do mesmo diploma) o momento apropriado para a defesa requerer diligências, dentre elas, como no caso, a reprodução simulada.

Carece, portanto, de legalidade o fundamento da “intempestividade” adotado pelo magistrado de primeira instância e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para indeferir a prova requerida pela defesa.

⁴ STF, HC nº 80.723, Rel. CARLOS VELOSO.

⁵ STF, HC nº 76450, Rel. MAURÍCIO CORRÊA.

Nem se diga que referida ilegalidade poderia ser elidida pelo argumento utilizado de que a prova já teria sido produzida na fase investigativa, recusando-se naquela oportunidade a defesa de ter participado do ato.

Mais uma vez recorrendo-se à Lei, fonte de todas as questões pertinentes à admissibilidade (*stricto sensu*) da prova, **não há qualquer previsão de que a mencionada diligência somente poderia ser adotada naquele momento processual, a investigação.**

E nem poderia existir tamanho absurdo. Já se tornou lugar comum dizer que na fase investigativa vigora o princípio *inquisitório*. Bem por isso, todas as provas produzidas nessa fase preliminar devem ser, quando possível, necessariamente refeitas em juízo, sob o crivo do contraditório.

Não é outra a idéia que norteia a novel disposição do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal. Neste artigo, “*ao dizer que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, excluindo, ao mesmo tempo, que possa utilizar exclusivamente elementos de informativos colhidos na investigação, o legislador consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é prova e aquilo que constitui elemento informativo da investigação.*”⁶

Ainda que os recorrentes tivessem participado daquele ato na fase investigativa poderiam pedir sua repetição em juízo, agora sob o crivo das garantias legais.

E, como nunca é demais lembrar, na fase judicial do rito dos procedimentos relativos à competência do Tribunal do Júri, existem

⁶ MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (coord), ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e outros (part.) – As reformas no processo penal, RT, 2008, p. 250.

duas previsões legais de momentos próprios para que a defesa possa requerer as diligências que entender pertinentes, dentre elas a própria reconstituição.

O artigo 406, § 3º, do Código de Processo Penal prevê a oportunidade de a defesa formular as diligências que entender pertinentes na fase de instrução preliminar, de “formação da culpa”. Já o mencionado artigo 422 do Código de Processo Penal, prevê a idêntica oportunidade, para a preparação do procedimento para o julgamento em plenário.

Não há, seguramente, uma espécie de “rol de diligências” que devem ser requeridas em um ou outro momento processual. **Ambos dispositivos prevêm momentos legalmente oportunos para o requerimento de quaisquer diligências de interesse à causa, ficando a cargo da conveniência das partes a formulação das provas que entendem necessárias a uma ou a outra fase do rito processual do júri.**

O procedimento é uma sucessão de atos que se encadeiam no tempo e, portanto, quando da realização da reprodução simulada da hipótese da acusação, ocorrida na fase investigativa, os recorrentes não tinham sido pronunciados. Portanto, poderiam não ter os recorrentes (ou seus defensores) naquele momento interesse em relação à preparação daquela prova. Aí está, precisamente, a justificativa para que o artigo 422 do Código de Processo Penal faça, deste momento processual, não apenas a ocasião de o juiz sanar nulidades, mas também a de produção de provas que interessem para o julgamento da causa.

Ao contrário do artigo 402 do Código de Processo Penal, afeto ao rito dos procedimentos de competência do juízo singular, que prevê expressamente a possibilidade das partes requerem somente as diligências “cuja necessidade se origine de circunstância ou fatos apurados na instrução”, o mencionado artigo 422 do mesmo diploma legal, aplicado ao caso dos recorrentes, prevê a possibilidade da defesa simplesmente “requerer diligências”.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALÍCE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

sem a imposição de qualquer limitação (respeitando-se, evidentemente, os critérios de admissibilidade (amplo sensu) da prova).

Assim, nos feitos de competência do Tribunal do Júri, iniciada a “preparação do processo para o julgamento em plenário”, na esteira dos artigos 422 e 423, inciso I, do Código de Processo Penal, **podem ser requeridas e devem ser permitidas todas as diligências “de interesse ao julgamento da causa”, não havendo qualquer outra limitação à atividade probatória nessa fase processual.**

Inexiste, portanto, ao contrário do que sugeriu o acórdão recorrido, uma espécie de *obrigação legal* dos recorrentes em terem que participar da reconstituição produzida na fase de investigação, sob pena de *preclusão* da oportunidade de produção desta prova.

Como se observou largamente nessas considerações, em nenhum momento a Lei, fonte da admissibilidade da prova, impõe tal condição. Ao revés, como se viu, a Lei estabelece durante a instrução dois momentos apropriados para o requerimento e a realização de quaisquer diligências de interesse à causa, tendo a defesa dos recorrentes respeitado tais previsões.

Assim, a alegada *intempestividade* da prova pretendida não tem, diante de tudo que se ponderou, amparo legal. A admissibilidade da prova nessa fase processual é, portanto, ampla, bastando somente o interesse para o julgamento da causa.

Não obstante sustente o acórdão recorrido que a prova pretendida pela Defesa seria inútil, o que violaria os requisitos de pertinência e relevância do “direito de permissão” da atividade probatória, fato é que os argumentos apresentados pelo Tribunal *a quo* não convencem:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

"Mas vale dizer, o grande óbice ao deferimento da pretensão da defesa, quanto a isto, é que ela, já se disse anteriormente limita a afirmar que havia uma terceira pessoa no apartamento, a real autora do crime imputado aos réus. (...) Não haveria, portanto, o que simular. Suposto possível a tal reprodução e reconstituição, indaga-se qual a ação que tocaria a este tal terceiro nos fatos?"

A reprodução simulada da tese defensiva justamente tem o condão de analisar a *viabilidade fática* da versão apresentada pelos recorrentes em juízo.

É óbvio que os recorrentes não presenciaram com seus próprios olhos os fatos, isto é, o momento exato que a terceira pessoa teria matado a vítima, defenestrando-a. Bem por isso, por certo, não podem descrever a conduta desta pessoa para ser reproduzida por simulação na diligência requerida.

Isto, contudo, em absoluto, não quer dizer que a tese defensiva não possa ser reproduzida por simulação, com a participação e auxílio dos recorrentes. Isto porque os atos a serem reproduzidos **são os adotados pelos recorrentes. A reprodução simulada tem, assim, a finalidade de demonstrar que há viabilidade fática (no espaço e no tempo) nestas condutas, as quais, como se percebe não coloca os recorrentes na cena dos fatos no momento da morte da vítima, o que, por sua vez, nos faz concluir pela existência da denominada terceira pessoa.**

Esta é a reprodução simulada que se requereu e que foi indevidamente deferida sob o pretexto de que nada haveria a ser reproduzido.

Neste ponto, contudo, poderia se cogitar que a essa simulação da conduta dos recorrentes já se procedeu na reprodução realizada em fase policial. Afinal, consta de decisão recorrida que os "*competentes experts do Instituto de Criminalística de São Paulo, ao elaborar preciso e detalhado laudo*



técnico levaram sim em consideração as versões apresentadas em delegacia de Polícia pelos acusados. E para isto para o registro de que, tanto é verdade que simplesmente tiveram a cautela e precisão de cronometrar o tempo que o casal teria despendido para realizar tudo aquilo que se falou”.

Todavia, é óbvio que aquele trabalho de “cronometrar o tempo que o casal teria despendido para realizar tudo aquilo que se falou” não se confunde em nada com a efetiva reprodução simulada da versão defensiva que foi requerida quando da fase da preparação do feito para julgamento em plenário.

Primeiro, por um motivo óbvio: **cronometrar não é simular a reprodução de fatos**. A perícia na fase investigativa **não fez registros de simulação de atos de forma orientada por quem os teriam realizado**. A perícia, simplesmente, cronometrou um conjunto de ações.

Segundo, porque também é óbvio que a presença dos recorrentes altera substancialmente a dinâmica do trabalho de reprodução, pois, in loco, podem demonstrar como cada gesto, cada detalhe se operou. É nítido que isso não ocorreu naquela “cronometragem” realizada em fase policial.

Para se ter uma imagem clara do que se está falando, podemos observar concretamente as ações dos recorrentes que foram “cronometradas” **a esmo** pela perícia. Com efeito, a decisão recorrida assim resume as ações “cronometradas” dos recorrentes: *“resumidamente: Alexandre deixar o veículo, subir até o apartamento de elevador com a vítima Isabella, ascender luzes, preparar as camas de todos os filhos, recolher brinquedos, apagar luzes, trancar a porta do imóvel, descer de elevador até a garagem, permanecer por determinado período no automóvel, retornar ao apartamento, já com toda a família”.*

Pois bem. **Dentro desse universo temos ações de tempo de execução imponderáveis, que não, portanto, não podiam ser “cronometradas”. Por exemplo: Qual o tempo de arrumar uma cama? Qual o tempo de recolher brinquedos? É óbvio que, para se cronometrar o tempo de tais ações, era necessário saber em que consistia o “arrumar” ou “recolher brinquedos”. Isto sem contar, por exemplo, que o tempo de subir de elevador que, sabidamente, depende do andar em que ele se encontra antes de ser acionado.**

O que se quer dizer é que **sem a presença dos recorrentes para esclarecer os exatos atos e gestos realizados em suas minúcias não há como se cronometrar quaisquer destas ações.**

É por isso que a reprodução simulada requerida não se confunde com a mera “*cronometragem*” **a esmo** que foi realizada pelo IC na fase investigativa, e nem pode ser tida como inútil, pois não se pretende com ela, a simulação de atos de terceiro.

Ainda, ninguém irá dizer (como mesmo não disse nem o magistrado de primeira instância, nem o acórdão guerreado) que o esclarecimento da hipótese aventada pela Defesa não tenha interesse ao julgamento da causa. Tem. Muito, já que neste país, ao menos enquanto a ordem jurídica for a que está estabelecida na Constituição Federal vigente, ninguém será culpado – nem pode correr o risco de virar culpado – apenas porque a acusação não acredita que seja inocente.

Ora, a utilidade da reprodução simulada está em verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo. Objetiva a prova, portanto, unicamente saber-se da coerência, ou não, das versões apresentadas, o que, diga-se de passagem, não foi apresentado por nenhum dos laudos periciais. No caso em tela, reveste-se a diligência requerida

de maior importância, pois somente a versão ofertada pela acusação é que consta dos laudos.

Em diversas oportunidades, **em casos também afetos à competência do Tribunal do Júri, o próprio E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a pertinência e relevância (utilidade) da diligência de reconstituição dos fatos, inclusive, anulando decisões que a indeferiam, tudo em nome da liberdade de produção de provas das partes:**

“O conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal por conta da reconsideração da decisão que havia deferido o pedido de realização da reprodução simulada dos fatos narrados na denúncia (...).

A propósito, ainda, importante considerar que, se o juiz indefere no processo penal a produção de uma prova pleiteada pela defesa, cuja pretensão reveste-se de mínima plausibilidade, surge aí a idéia de reverenciar-se o devido processo legal, sobretudo por tratar-se de princípio protetivo da liberdade do cidadão (art. 5º, LIV, CF). *Em sendo assim, afigura-se intuitivo que o remédio constitucional cabível com vistas a reparar essa situação jurídica anômala só pode ser mesmo o habeas corpus, e não o mandado de segurança.*

Válido lembrar, de início, que a busca da verdade real é algo que deve ser perseguido a todo tempo dentro do processo penal, de modo que, tendo a reprodução simulada dos fatos o propósito de melhor esclarecer a dinâmica do delito em apuração, ou seja, como se desenvolveu a sua execução, nada obsta que seja determinada a pretendida reconstituição, *aflorando sempre recomendável que a autoridade presidente do evento tome todas as precauções necessárias para a segurança dos participantes, especialmente da testemunha presencial, responsável por fornecer os elementos necessários à realização da prova em apreço. (...).*

Aliás, convém assinalar que a reprodução simulada dos fatos poderá perfeitamente acontecer, contanto que “não contrarie a moralidade ou a ordem pública, a fim de verificar a possibilidade de ter a infração penal sido

praticada de determinada forma", na dicção do artigo 7º do Código de Processo Penal, consoante o escólio de Norberto Avena.

Cumpre anotar, também, que essa fonte de prova classifica-se como mais um importante elemento de convicção para o julgador, togado ou leigo, na medida em que lhe será apresentada a reprodução da dinâmica dos acontecimentos durante a execução do crime, permitindo-lhe cotejar o resultado obtido com toda a prova testemunhal já colhida nos autos da ação penal.⁷

*"Acordam, em Terceira Câmara Criminal de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, acolher a preliminar para declara a nulidade da r. decisão determinando-se a realização da reconstituição e a inquirição da sra. Rosa, manifestando-se..."*⁸

*"Concederam a ordem em favor de João (...) para o fim de anular a r. sentença de pronúncia contra ele prolatada, prosseguindo-se o feito com a intimação da defesa para manifestação sobre o processamento e para a realização de reconstituição do crime, cumpridas as formalidades legais até nova decisão na forma dos artigos 406 e SS do Código de Processo Penal."*⁹

Assim, além de admissível, a prova pretendida pelos recorrentes mostrava-se pertinente e relevante, tendo, por conseguinte, interesse à causa.

Diante de tudo que se ponderou, considerando o direito subjetivo da parte à prova no processo penal, o qual somente pode ser mitigado no caso concreto diante das regras legais de exclusão da prova – inadmissibilidade, impertinência e irrelevância –, é possível concluir que o indeferimento da diligência requerida pelos recorrentes foi desgarrado da letra

⁷ TJ/SP, HC nº 990.09.181005-3, Rel. MOREIRA DA SILVA.

⁸ TJ/SP, RESE nº 339.451-3/6, Rel. LUIZ PANTALEÃO.

⁹ TJ/SP, HC nº 945.209.3/6, Rel. CIRO CAMPOS.

da Lei, configurando verdadeiro desrespeito ao artigo 422 do Código de Processo Penal.

Deste modo, de rigor seja admitido o presente recurso, declarando-se a nulidade absoluta do despacho de fl. 4666/4675 e dos atos processuais posteriores, diante da evidente afronta ao art. 422 do Código de Processo Penal.

III.C) CONTRARIEDADE AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE ANIMAÇÃO GRÁFICA.

Conforme já se narrou, na fase do art. 422 do CPP, a Defesa requereu a elaboração de animação gráfica das teses defensivas.

O magistrado singular, contudo, ignorou por completo o pleito, tendo se limitado a analisar outro requerimento defensivo, consistente na reprodução simulada que, como já visto, restou indeferida em virtude de uma suposta intempestividade.

Reiterados ambos os pedidos, o juiz, **sem aditar** ou **ampliar** sua fundamentação, apenas manteve o fundamento (único) do primeiro despacho, agora para estender o indeferimento à animação gráfica:

“No que toca à insistência por parte dos II. Drs. Defensores dos réus quanto à realização de reprodução simuladas dos fatos e elaboração de animação gráfica dos fatos segundo as hipóteses de invasão do apartamento por terceira pessoa e queda accidental, tal inconformismo não procede. (...) Como já ressaltado anteriormente por este Juízo, na oportunidade própria que os réus e seus Defensores poderiam estar presentes para participarem de reprodução simulada dos fatos e então apresentarem a versão que entendessem a mais correta, os mesmos apesar de devidamente intimados e também porque não estavam presos naquela ocasião, simplesmente se

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

recusaram a comparecer ao local dos fatos para participarem da elaboração daquele trabalho da perícia ou mesmo fornecer qualquer informação nesse sentido". (fls. 4699/4705).

Igual situação se deu na abertura da sessão em plenário. Foi indeferida a realização de ambas as diligências sob a repetida assertiva de que seriam extemporâneos.

Esta defesa então arguiu, em sede de recurso de apelação, a nulidade do feito em virtude do indeferimento da animação gráfica, a qual foi afastada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

"Quanto à pretendida nulificação do processo, em razão do indeferimento do pedido de realização de animação gráfica, supostamente elaborado "com a tese acusatória" (f. 6.454), melhor sorte não assiste aos acusados.

Simplesmente porque, àquele momento, não existia sequer uma tese acusatória, técnica e teoricamente considerada, já que a denúncia não tinha sido oferecida, tampouco recebida pelo Poder Judiciário.

E mesmo que assim não fosse, a pretensão não tinha, e não tem ainda, qualquer fundamento.

Dês que ela - a animação gráfica - não constitui prova, tecnicamente falando.

Trata-se de um instrumento de prova, que visa apenas e tão somente aclarar sua compreensão pelo destinatário, criando e reproduzindo imagens em movimento, utilizando a tecnologia de um software.

(...)

De mais a mais, este relator, ao apreciar uma das tantas liminares em 'Habeas Corpus' pleiteadas pela defesa ao longo do processo, ponderou que era absolutamente desnecessária, técnica e teoricamente, autorização judicial para a produção de animação gráfica das teses defensivas.

*Consignou, ainda, como era de ser, que a defesa poderia "produzi-la por seus próprios meios e requerer sua juntada aos autos, desde que respeitados os prazos impostos pela legislação processual penal" ("**Habeas Corpus" n° 990.10.099890-0).***

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALÉXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Donde não se enxergar, também aqui, qualquer causa que possibilite a nulificação do feito.”

Como se vê, no entender do Tribunal recorrido, a decisão de 1º grau não estaria maculada pois a pretendida animação gráfica (i) não constituiria prova e (ii) poderia ter sido produzida e juntada aos autos pela defesa, *“desde que respeitados os prazos impostos pela legislação processual penal”*.

Tanto os argumentos expostos no acórdão guerreado, como aquele aduzido pelo magistrado singular, não merecem prosperar.

Ora, conforme amplamente exposto no tópico anterior, a diligência pretendida pela defesa – *animação gráfica* – foi requerida na fase do art. 422 do Código de Processo Penal, ou seja, no momento apropriado para requerimento de diligências.

Não há que se falar, assim, em intempestividade da prova.

No que concerne à assertiva de que a animação gráfica “não é prova”, nada mais falacioso.

Ora, conforme elucida ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, o termo prova “indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão, também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidos no processo (meios de provas) e, ainda, dá nome ao resultado dessas atividades” (Direito à Prova no Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. cit. 41).

É a prova, portanto, o resultado da atividade das

partes tendente à reconstrução dos fatos, à obtenção de uma verdade cognitiva para prolação da decisão de mérito.

Disso decorre que se constituem prova todos os elementos que visem estabelecer a verdade dos fatos.

Ora, se o objeto da animação gráfica era, conforme reconhece o próprio acórdão recorrido, “aclerar a compreensão” dos fatos, criando e reproduzindo imagens em movimento, é evidente tratar-se de mecanismo que visa “estabelecer a existência da verdade” (Tourinho Filho, Manual de Processo Penal, p. cit. 476).

Com efeito, o direito das partes à prova consiste na possibilidade de trazerem aos autos todos os elementos probatórios necessários ao exercício de sua defesa.

A prova, nesse cenário, segundo leciona LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, “*tem importância fundamental no processo, pois constitui o elemento integrador do convencimento do juiz com os fatos da causa*” (2ª ed., 1999, RT, p. 160).

Nesse sentido, portanto, prova é tudo que integra o convencimento do juiz sobre os fatos, no caso, também, a animação gráfica.

Assim, independentemente de como se venha classificar a animação gráfica, o fato é que esta **constitui mais um elemento integrador do convencimento dos fatos investigados.** E, nesse sentido, como qualquer outro elemento de prova, **pode ter sim influenciado na convicção dos fatos formada pelo juiz natural da causa.**

Bem assim, a produção desta prova não poderia ter sido tolhida da defesa, ainda mais sabendo-se que a acusação já dispunha,

para as teses que pretendia ver provadas, desse meio de prova. **Assim, indeferir a produção desta prova à defesa sob o argumento de que seria um “mero recurso áudio visual” seria reconhecer que apenas à acusação poderia estar disponível tal dispositivo.**

Assim, ao contrário do quanto afirmado no acórdão recorrido, portanto, a pretendida animação gráfica era meio de prova necessário ao exercício da defesa dos recorrentes.

Com efeito, o indeferimento da animação gráfica, que demonstraria outra versão que não a da acusação, levou os jurados inexoravelmente a ter conhecimento de uma única versão – a tese acusatória. Esta passou ser tida como única e verdadeira, além do apelo emocional, nada técnico, que foi dado ao vídeo da tese acusatória. Aliás, este termina com a imagem da criança Isabella, obviamente para impressionar os jurados.

Qual a razão de a defesa ter sido impossibilitada de ter o mesmo direito, o mesmo tratamento? Porque se indeferiu a reprodução da versão fática da tese defensiva? Qual a razão de se indeferir um julgamento igualitário?

Mais uma vez a defesa foi tratada de forma desigual, sendo seu direito à produção probatória tolhido veementemente.

Por todo exposto, de rigor seja admitido o presente recurso, declarando-se a nulidade absoluta do despacho de fl. 4666/4675 e dos atos processuais posteriores, diante da evidente afronta ao art. 422 do Código de Processo Penal.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

III.d) CONTRARIEDADE AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXIBIÇÃO À DEFESA DAS TELAS DE PROTEÇÃO ORIGINAL E UTILIZADA NA REPRODUÇÃO DOS FATOS.

Para indeferir a pretensão dos recorrentes no sentido de que a estes fossem exibidas as *telas de proteção* das janelas do apartamento onde se deram os fatos, o magistrado utilizou fundamento **flagrantemente desamparado da realidade**.

Com efeito, asseverou-se na decisão que indeferiu o pleito:

“Fica indeferido, no entanto, o pedido formulado pela defesa (...) visando a exibição das telas originais de proteção do quarto da vítima e do quarto dos irmãos desta, que foram retirados do local dos fatos para análise.

(...)

Por mais que se reconheça que a busca da verdade real é o objetivo precípua dentro do processo penal, não é menos certo, também, que esse mesmo sistema processual penal pátrio estabelece momentos apropriados para que determinados atos processuais sejam praticados pelas partes, visando assim respeitar a marcha regular do processo tendente a atingir seu fim.

Portanto, cabe a parte praticar ato processual em momento oportuno previsto em lei, sob pena de ficar obstada sua realização em momento posterior (...)

(...) quando instados os II. Defensores dos réus a se manifestarem na fase do art. 422 do Código de Processo Penal, a fim de requererem as diligências que entendessem necessárias para a preparação do julgamento da causa perante o Tribunal do Júri, mais uma vez silenciaram e nada requereram nesse sentido.” (fl. 4949)

Para o juiz a diligência pretendida pela defesa, vale dizer, de mera exibição das telas de proteção da janela do apartamento onde se deram os fatos, *não* seria possível de ser realizada porque a defesa não fez o

requerimento em momento oportuno, qual seja do artigo 422, do Código Processual Penal.

O mesmo se deu quando da abertura dos trabalhos em plenário. Reiterado o pedido de exibição das duas telas de proteção o pleito foi indeferido sob o fundamento de que a *“diligência deveria ter sido requerida por ela quando se manifestou na fase do art. 422 do CPP.”* (fl. 6337)

Sob a ótica do magistrado, portanto, a prova pleiteada seria *inadmissível* por uma (suposta) inobservância da regra jurídica da *tempestividade* da produção dos atos probatórios.

Não lhe assiste razão, contudo.

Com acerto ponderou o juiz ser a fase do *artigo 422 do Código de Processo Penal* o momento oportuno para os recorrentes requererem *“as diligências que entendessem necessárias para a preparação do julgamento da causa perante o Tribunal do Júri”*. Sobre esse ponto, diga-se, estes defensores já se manifestaram em tópico anterior.

Todavia, não obstante essas premissas (válidas) firmadas equivocou-se o magistrado ao afirmar que os recorrentes, especificamente sobre a pretendida exibição das telas de proteção, *“silenciaram e nada requereram nesse sentido”*.

Se bem atentarmos para os requerimentos formulados quando da abertura da fase do *artigo 422 do Código de Processo Penal*, à fl. 4631, a defesa, referindo-se à tela de proteção utilizada na reprodução simulada e a existente no local dos fatos (retirada para análise), expressamente asseverou:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“Em razão do questionamento feito no item XIV, acima, requer-se a apresentação das duas telas, para confronto da perfuração pela Defesa”.

A defesa dos recorrentes, portanto, ao contrário da argumentação utilizada do juiz, requereu em momento oportuno (a fase do art. 422, CPP) a exibição das duas telas de proteção (a utilizada na reprodução simulada e a que estava instalada no local dos fatos) para análise das perfurações.

Não há intempestividade na prova requerida pela defesa, **para tanto basta uma singela leitura do pedido que foi feito à fl. 4631, acima transcrito.**

Assim, diante das infundadas argumentações do magistrado de primeira instância, essa defesa arguiu, em sede de recurso de apelação, a nulidade do feito pelo indeferimento da prova pretendida – *exibição das duas telas de proteção* –, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, a afastou sob os seguintes fundamentos:

*“O mesmo se diga quanto à pretendida **exibição das telas originais de proteção** retiradas do quarto da vítima e do quarto dos irmãos desta, para confronto de perfuração.*

Em verdade, a defesa formulou pleito, durante a fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal, para que lhe fossem exibidas as telas de proteção do quarto dos irmãos da vítima e aquela utilizada na reprodução simulada - f. 4.630/4.631.

*Ocorre que este último objeto, utilizado exclusivamente para simular o evento trágico que vitimou Isabella, **não foi preservado** pelo festejado Instituto de Criminalística de São Paulo, conforme se constata no laudo complementar de respostas aos questionamentos ofertados na fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal, /4.813.*

*Isso porque, exatamente na linha do já decidido por este mesmo relator, a tela utilizada na reprodução simulada dos fatos constituía peça de uma **mera simulação**, com a finalidade apenas de ilustrar a hipótese sob*

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ÁLICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

investigação, para uma melhor compreensão dos fatos.

*Daí a evidente **desnecessidade** em se conservar o material naquela repartição pública, com conseqüente descarte.*

*Vale dizer. Preservou-se **unicamente** a tela original, essa sim relacionada aos fatos, "que guardava e guarda os elementos materiais de interesse do caso" (f. 4.813), já que **por ela** fora defenestrada a pequena vítima.*

*E esta peça - **única** a ter interesse efetivo ao processo, frise-se - foi **regularmente apresentada à defesa**, aos 28.set.2009, que pôde, àquele momento, examiná-la da forma que entendeu conveniente e adequada.*

Aliás, podiam, como possivelmente devem ter, ao menos, cogitado a hipótese, os defensores dos acusados, de ter examinado a tela original também em Plenário, já que à plena disposição das partes, àquele momento.

Se não o fizeram foi porque, ou não quiseram ou, mais uma vez, o ato consistia em mera estratégia de defesa, para que de futuro viesse a ser alegado, como está a ser.

Em suma. O requerimento formulado pela defesa - exibição de duas telas, para confronto de perfuração - não podia efetivamente ser deferido, tanto que não o foi, já que inexistia uma segunda peça conservada pelo Instituto de Criminalística.

Não se podendo, por isso mesmo, realizar qualquer 'confronto' de perfuração.

Assim, sobre a impossibilidade do tal confronto, a evidente desnecessidade da situação, porque absolutamente alheia aos fatos aquela tela, que não a do quarto onde morta a infante.

Donde a inviabilidade manifesta da pretensão.

Muito embora ciente de tanto, a defesa, ao depois, afirmou - sem a mínima prova da alegação - que o aqui elogiado trabalho pericial "usou a tela de proteção do quarto de Isabella, retirada do local na própria data da reprodução simulada; não usou sequer a tela original para sobrepor os buracos, ou para replicar o corte da tela"

E com esta mera afirmação - improvada, veja bem -, tentou adiar a realização do júri.

Malgrado o respeito que se tem à douta defesa, exercida direta e indiretamente de forma segura e competente por um dos mais brilhantes advogados paulistas, com certeza, o pleito era mesmo de ser indeferido;

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALÉCIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXÁNDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALÉCIO
ADVOGADOS

como o foi, torne-se a afirmar.

*Dês que e no mínimo, em se tratando de **diligência inovadora**, não requerida na fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal, e evidentemente **impertinente**, já se disse, o resultado não poderia ser outro, senão seu indeferimento.”*

Ao que parece das decisões acima transcritas, tanto o magistrado de primeira instância, quanto o Desembargador Relator não se atentaram ao fato de que esta defesa requereu, em momento oportuno, a prova pretendida. No voto do Desembargador Relator, inclusive, há uma nítida confusão a respeito da tempestividade do requerimento da defesa, pois ora afirma que “a defesa formulou pleito, durante a fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal”, ora afirma que “em se tratando de **diligência inovadora**, não requerida na fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal, e evidentemente **impertinente...**”.

Ora, como se viu, o pedido seguiu todas as regras jurídicas de ingresso no processo penal, inclusive, a tempestividade. Sendo, portanto, a pretensão de produção probatória plenamente admissível, o seu indeferimento gerou prejuízo à defesa dos recorrentes.

Deste modo, não assiste razão às argumentações apresentadas pelo magistrado de primeira instância e pelo Desembargador Relator no tocante à suposta intempestividade do requerimento formulado por esta defesa.

Além do mais, não assiste razão aos argumentos do Tribunal no sentido de que (i) a defesa já havia tido acesso a tal objeto em outra oportunidade e (ii) o IC não havia conservado a tela de proteção utilizada na reprodução simulada. Destacamos:

“Em verdade, a defesa formulou pleito, durante a fase do artigo 422 do Cód.Proc.Penal, para que lhe fossem exibidas as telas de proteção do quarto dos irmãos da vítima e aquela utilizada na reprodução simulada.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMÉIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

RODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Ocorre que este último objeto, utilizado exclusivamente para simular o evento trágico que vitimou Isabella não foi preservado pelo festejado Instituto de Criminalística de São Paulo, conforme se constata no laudo complementar de respostas aos questionamentos ofertados na fase do art. 422 do Cód.Proc.Penal.

(...)

Preservou-se unicamente a tela original, essa sim relacionada aos fatos, 'que guardava e guarda os elementos materiais de interesse ao caso', já que por ela fora defenestrada a pequena vítima.

E esta peça – única a ter interesse efetivo ao processo frise-se, foi regularmente apresentada à defesa, aos 28.set.2009, que pôde, àquele momento, examiná-la da forma que entendeu conveniente e adequada.”

In casu, é nítido o interesse da prova pretendida ao procedimento. No despacho que indeferiu o pedido da defesa de exibição das telas de proteção o juiz afirmou que: “o objetivo pretendido com a exibição destes materiais seria a produção de registro fotográfico e confrontação com o que foi utilizado pelos srs. Peritos que elaboraram o laudo de reprodução simulada dos fatos”.

É de se perceber, pelo trecho transcrito, que o próprio magistrado compreendeu a finalidade do requerimento de exibição das telas de proteção formulado pela defesa.

E não só entendeu, como, também, o juiz não formulou nenhum óbice com relação a esse ponto, vale dizer, a utilidade do pedido à causa. O juiz, a bem da verdade, nem poderia ter observado qualquer óbice relativo ao interesse da diligência. Isto porque, a tela de proteção que estava instalada no local dos fatos foi retirada, periciada e, como outros objetos, conservada em poder do Estado. Se fosse, a tela de proteção, desnecessária ou irrelevante ao processo estaria até hoje na janela do edifício onde se deram os fatos.

Não está no edifício, contudo. Foi conservada devido ao seu nítido e evidente interesse para a causa. E, estando sob a guarda do Estado, não há alternativa à defesa senão a formulação de pedido perante o juízo da causa para ter regular acesso a este objeto.

Estando apreendida a referida tela de proteção, somente por meio de requerimento ao juiz é que a defesa pode ter acesso à prova. E por isso mesmo cai por terra o argumento da decisão recorrida de que a a prova poderia ser indeferida porque a defesa já teria tido acesso à mencionada tela anteriormente à fase de preparação do feito para julgamento.

A tela de proteção é peça de interesse e compõem o feito assim como qualquer uma das mais de 7 mil folhas dos autos. Obviamente, apenas por uma questão de lógica organizacional, não está referida tela acondicionada entre estes volumes que compõem o feito.

Todavia, isso não quer dizer que à defesa possa ser imposto um limite de vezes para ter acesso ao referido objeto. Obviamente, sendo elemento dos autos, a defesa pode ter acesso a este objeto a qualquer momento e quantas vezes julgar necessárias.

Assim, parece evidente que o fato de já ter sido a tela apresentada à defesa em outra oportunidade não é causa para se indeferir novamente a sua exibição. Afinal repita-se, não existe um número máximo de oportunidades para que a defesa tenha acesso aos elementos que compõem o feito.

Sem razão, portanto, o argumento da decisão recorrida de que seria desnecessária a exibição da tela de proteção haja vista a defesa já ter tido acesso a mesma em outra oportunidade. A decisão recorrida ao agir desta forma impõe desautorizado limite ao direito à prova dos recorrentes, que poderiam ter acesso a tal objeto em qualquer

oportunidade, já que este compunha o feito.

Assim, não há como se dizer que pretender verificar um objeto apreendido no procedimento não tenha *utilidade* à causa. Parece-nos óbvio que há evidente interesse à causa verificar uma determinada prova preservada nos autos.

E neste ponto, ressalte-se, o fato de não ter sido conservada a tela de proteção utilizada na reprodução simulada, por sua vez, não torna desnecessário o pedido dos recorrentes, já que, como se disse, a tela de proteção original poderia ter sido naquele momento disponibilizada a estes defensores.

Ora não é verdade que os elementos utilizados na reprodução simulada não tenham interesse ao caso. A reprodução simulada foi fartamente utilizada em plenário pela acusação como prova supostamente incriminadora dos recorrentes.

Assim, é óbvio que à defesa interessa examinar os elementos utilizados na referida reprodução, com o fim de verificar a credibilidade da prova que foi amplamente utilizada em plenário.

Por isso cremos que a atitude do IC foi gritantemente irresponsável ao deixar de conservar a tela de proteção utilizada na reprodução simulada (pelo nítido interesse já exposto). **E, obviamente, este fato não pode ser tido em prejuízo à defesa que, não obstante a irresponsabilidade do IC, possuía o direito de que lhe fosse exibida da tela de proteção original, essa sim conservada.**

Diga-se, ademais, que o pedido era extremamente simples e em nada demandaria atrasos no feito. Simplesmente foi requerida a exibição à defesa das telas de proteção. **Bastaria disponibilizar um dia para**

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

acesso ao material, nada mais. Todavia, preferiu o magistrado tolher esse direito da defesa, simplesmente indeferindo a produção da prova.

E, nunca é demais lembrar, os recorrentes foram condenados às penas de 26 anos, para a recorrente Anna e de 31 anos, para o recorrente Alexandre, sendo certo que, o mínimo de acesso à prova dos autos, se espera lhes fosse conferido.

Sendo admissível, pertinente e relevante, era (e ainda é) direito da defesa o deferimento do pedido de exibição da tela de proteção que estava instalada no local dos fatos.

O indeferimento do acesso aos advogados das provas colhidas e utilizadas no júri, mais que tudo, bem demonstra o tratamento conferido aos defensores. Além de a defesa trabalhar contra toda opinião pública e contra a imprensa, ainda tinha pela frente o Poder Judiciário Paulista que nos pedidos mais mezinhos talhou o direito de defesa dos recorrentes, inclusive, impedindo-os de ter acesso a material apreendido no feito.

Desta forma, já que consubstanciado o cerceamento de defesa aos recorrentes, em virtude de infração ao artigo 422 do Código de Processo Penal, de rigor seja admitido o presente recurso, declarando-se a nulidade absoluta do despacho de fl. 4949 e dos atos processuais posteriores.

III.E) CONTRARIEDADE AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO REEXAME, COM LUZES FORENSES, DO LOCAL DOS FATOS E DOS LENÇÓIS DAS CAMAS DOS IRMÃOS DA VÍTIMA

O cerceamento à defesa dos recorrentes não finalizou por aí. Com efeito, também foi indeferida pretensão desses defensores ao

reexame, com luzes forenses, do local dos fatos e dos lençóis dos irmãos da vítima.

Tal requerimento, formulado na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal, foi indeferido sob o seguinte fundamento:

“Incabível, de igual forma, os pedidos dos Defensores dos réus para que fossem realizadas novas perícias nos lençóis das camas do quarto dos irmãos da vítima e também no local dos fatos (...)

Primeiro porque não foi mencionado, em momento algum deste feito, até o presente momento, que qualquer dos irmãos da vítima apresentasse algum ferimento no dia dos fatos que justificasse a realização de nova perícia, com luzes forenses, nos lençóis das camas onde estes dormiam ou mesmo em outros cômodos do imóvel à procura de vestígios de sangue destes.

Além disso, a mera referência à expressão “material biológico diverso” mostra-se extremamente genérica e pode englobar uma gama enorme de possibilidades, mesmo porque os irmãos da vítima dormiam efetivamente nas referidas camas daquele quarto, de forma que algum material biológico dos mesmos poderia ser identificado, o que, no entanto, não os ligaria exatamente ao fato.

(...)

Ademais o crime já ocorreu há mais de um ano e as chaves do apartamento já foram restituídas aos parentes dos réus há muito tempo, os quais, inclusive, já autorizaram a entrada no local dos assistentes técnicos por eles contratados, (...) o que por si só, já seria suficiente para descaracterizar bastante o local e tornar evidentemente imprestável qualquer trabalho pericial ali.” (fl. 4671)

Quando reiterado o pedido em plenário, a negativa da realização da diligência manteve-se pelos mesmos fundamentos.

E o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ao analisar a questão em sede de apelação, afastou a tese de nulidade, decorrente do indeferimento pelo Juízo singular:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*“Já quanto à pretendida nulificação processual, face ao indeferimento do pedido de **reexame, com luzes forenses, do local dos fatos e dos lençóis das camas dos irmãos da vítima, sem razão os acusados, mais uma vez.***

Sempre respeitosamente e data venia.

*Afinal, evidentemente **despicienda a diligência.***

Respeitosamente, torna-se a afirmar.

Difícil imaginar, na crônica policial ou judiciária brasileira, uma cena de crime mais estudada, mais periciada, mais devassada que o local onde se deram os fatos que vitimaram Isabella.

E mais.

Perícias realizadas, esta a mais pura verdade, com detalhes que sabe-se, por experiência forense, incomuns à esmagadora maioria dos processos do País.

Já tratadas e elogiadas, em parte, no V.Acórdão da laura deste mesmo relator, e que examinou a pronúncia contra os acusados, mantendo-a.

Dito isto, conclui-se que a repetição de demorados e dispendiosos procedimentos periciais, às expensas de escassos recursos públicos, apenas por inconformismo da defesa com as suas conclusões, - sem qualquer elemento concreto e objetivo que indique a necessidade disto - não é medida razoável - inconformismo este que parece voltar-se, na verdade, contra a ciência, e não contra a decisão atacada.

Acrescenta-se, ainda, que transcorridos a esta altura i aproximadamente pouco mais de três anos da noite em que ocorreram os fatos, certamente vestígio algum teria restado a ser descoberto com o emprego das luzes artificiais.

Sobretudo porque, nesse interim, lá transitaram, dentre outros, familiares dos acusados, peritos, assistentes técnicos, policiais, fotógrafos, legistas, testemunhas, advogados, o membro do Ministério Público de origem e, até mesmo, um sem-número de equipes de jornalismo.

De sorte que, em conseqüência, o local foi significativamente alterado e descaracterizado, a demonstrar sua total e absoluta imprestabilidade, a esta altura, para a realização de qualquer tipo de perícia idônea.

Assim, acertadíssima a decisão da ilustre origem, ao indeferir a realização

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

da impertinente diligência.”

As justificativas apresentadas pelo magistrado de primeira instância e pelo Tribunal Paulista, todavia, não são aptas a afastar a pretensão da defesa à produção da referida perícia, uma vez que não se enquadram às regras legais de exclusão da prova.

Cumprе frisar, primeiramente, que o requerimento defensivo para a realização de exame, com luzes forenses, no local dos fatos e nos lençóis das camas dos irmãos da vítima foi *tempestivo*, realizado, como já ponderado, na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal.

A prova pericial pretendida era (e é) medida *prevista em lei*, e sua execução *não ofende direitos e garantias individuais* dos acusados. Sobre esses aspectos (jurídicos) não ousaram discordar o magistrado e o Desembargador Relator.

Os alegados óbices levantados para a realização da perícia com luzes forenses estariam, assim, adstritos aos critérios lógicos (*pertinência e relevância*) de produção da prova, razão pela qual, nesse recurso, ao menos nesse tópico, se dará ênfase a tais requisitos.

Com efeito, foi demonstrada a finalidade da prova. O que a defesa pediu na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal e reiterou em plenário, foi a realização de **“reexame dos lençóis das camas dos irmãos da vítima, com luzes forenses, na busca de material biológico diverso daqueles já consignados no laudo inicial”**. (fls. 4632 e 6336 respectivamente)

Houve, portanto, o apontamento de uma **diligência específica** a ser concretizada, qual seja, **a realização de perícia com luzes forenses**. Ora, “*luzes forenses*” são lanternas portáteis (ou mesmo lâmpadas de maior porte) que emitem luzes de diferentes comprimentos de onda, ajudando a

revelar coisas que normalmente passariam despercebidas a olho nu. Trata-se, portanto, de diligência com técnica conhecida dos *experts* de nosso Instituto de Criminalística.

O **objeto** da perícia também foi **especificado**. A leitura do pedido revela que a defesa expressamente requereu a realização de exame nos **“lençóis das camas dos irmãos da vítima”**.

Por fim, houve, também, delimitação do **objetivo** da perícia. A diligência foi requerida com o fim específico de se buscar **“material biológico diverso daqueles já consignados no laudo inicial”**. Como se sabe, sob a incidência das luzes forenses as fibras sintéticas ficam fluorescentes na maioria dos comprimentos de onda, e os materiais orgânicos, como fibras de algodão, saliva, urina, sêmen e ossos, ficam opacos e esbranquiçados sob a luz negra.

Bem por isso, estando identificado o *tipo de perícia*, seu *objeto* e *objetivo* não há como se dizer, como fez o acórdão recorrido, que a defesa não esclareceu **“qualquer elemento concreto e objetivo que indique a necessidade disto”**.

Ora, o objeto e objetivo da perícia, intimamente ligados às circunstâncias em que se deram os fatos, revelam a tal *necessidade* da diligência. Era ela absolutamente pertinente à causa, umbilicalmente vinculada à dinâmica do ocorrido.

Dizer mais do que isso ao requerer a prova, seria, certamente, adiantar teses defensivas. A defesa não pode ser compelida a demonstrar em minúcias o que pretende ou não provar com as diligências que requer. Basta ver, para tanto, que, quando se arrola testemunhas, não se cogita da exigência de identificar o tema sobre o qual cada uma irá depor. Ou, ainda, quando se pede a juntada de determinado documento, não se reclama da parte

que identifique, naquele momento, o exato alcance do conteúdo probatório daquela prova.

E não só. A este respeito, o requerimento só poderia ter o que o juiz chamou de “*justificativa*”, ou o que o Desembargador Relator chamou de “*elemento concreto e objetivo que indique a necessidade disto*” conforme seu resultado, o que apenas reforça a necessidade de realização da prova pericial.

Da mesma forma que não se pode dizer que a defesa dos recorrentes deixou de especificar sua pretensão quando requereu o exame com luzes forenses, não se pode afirmar, como fez o magistrado de primeira instância, que uma *suposta ausência de evidências sobre estarem os irmãos da vítima lesionados* afastaria a realização da prova pretendida.

É que o argumento, ainda que tomado como verdade absoluta (e não é), não esgota o objetivo da diligência requerida. Isto porque, o objetivo da perícia, devidamente especificado quando do requerimento desta, não se restringe à busca de materiais biológicos (sangue, por exemplo) dos irmãos da vítima. O que se requereu foi a busca de materiais genéticos, sem se especificar tratar-se dos irmãos da vítima.

Isso quer dizer que para o objetivo da perícia requerida pela defesa, consistente no exame de luzes forenses no local dos fatos e nos lençóis dos irmãos da vítima, pouca (ou nenhuma) importância tem o alegado fato de não haver evidências de que estes estariam lesionados.

A pretensão, como se viu, da defesa é maior e mesmo que pudesse ser tomada como verdade a assertiva do juiz, essa não poderia inviabilizar a adoção da medida pleiteada.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Não é demais lembrar, segundo a denúncia, a vítima teria sido atirada pela janela do quarto de seus irmãos. Portanto, em sendo assim, no local onde se requisitou a perícia, os lençóis das camas dos irmãos da vítima, podem estar presentes materiais biológicos de outros indivíduos que ali estiveram na data dos fatos.

Melhor sorte não é reservada aos argumentos do magistrado e do Tribunal *a quo* no sentido de que o decurso do tempo já teria tornado inócua a realização da perícia pretendida pela defesa.

Isto porque, **não é possível aos magistrados concluírem, pelos peritos, os eventuais resultados de perícia não realizada**. Ora se, de qualquer forma, científica e tecnicamente, a perícia estiver comprometida pela ação do tempo, cabe aos peritos dizerem e, ainda, esclarecerem a nós, leigos, os motivos desse comprometimento.

Ademais, em que pese as chaves do apartamento onde se deram os fatos imputados já terem sido restituídas aos familiares dos recorrentes, é certo que **os lençóis das camas dos irmãos da vítima encontram-se sob a guarda do juízo de primeira instância, justamente em razão de sua importância e interesse à causa**.

O objeto da perícia (os lençóis) está, ao contrário do afirmado, **devidamente preservado, justamente para possibilitar a adoção de perícias que se mostrarem necessárias, como é o caso do requerimento defensivo sob exame**.

De nenhuma serventia tem a conservação desses objetos relacionados aos fatos, se o reexame dos mesmos, quando requeridos pela defesa, é sempre indeferido, sob a luz de argumentos que não se amoldam às regras legais de exclusão da prova.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL RÔMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

O resultado de tais exames poderia influenciar no julgamento em plenário e, mesmo sendo a defesa a parte que tem compromisso exclusivo, intransigível e irrenunciável com os interesses dos recorrentes, tanto a acusação quanto o juiz têm interesse em que haja julgamento justo; em que a verdade seja buscada pelos meios legalmente permitidos.

Deveria ter tido, assim, o magistrado mais cautela na etapa de preparação do processo para julgamento em plenário, permitindo à parte a produção de provas plenamente admissíveis no processo penal, como é o exame, com luzes forenses, no local dos fatos e nos lençóis das camas dos irmãos da vítima, com o fim de localização de materiais biológicos não identificados.

A questão era clara, objetiva, direta. Contudo, mais uma vez foi negado aos recorrentes o direito de participar da produção da prova. Aliás, para que prova, para que defesa – eles devem ser condenados. É o que deseja a sociedade, é o que fizeram os jurados, é o que chancelou o juiz e o Tribunal. E a defesa que não se atreva a buscar defender seus clientes, isso, como vimos, não seria permitido, como de fato não foi.

O indeferimento do pleito defensivo implicou, pois, na violação do art. 422 do CPP, na exata medida que se impossibilitou, uma vez mais, a produção probatória pela Defesa.

Assim, de rigor seja o presente recurso admitido, com a consequente declaração da nulidade absoluta do despacho de fl. 4671 e dos atos processuais posteriores, medida que se impõe.

III.F) CONTRARIEDADE AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA JÁ DEFERIDA.

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Ainda na fase do art. 422 do Código de Processo Penal, os recorrentes formularam aos técnicos do Instituto de Criminalística e do Instituto Médico Legal várias questões sobre aos laudos juntados aos autos.

Dentre as perguntas, foi questionado, levando-se em conta a boa técnica pericial, se foram feitas as fotografias da cena do crime e dos objetos lá localizados na posição exata em que se encontravam. E, em caso positivo, porque não foram juntadas aos autos.

À pergunta, a perita Rosangela Monteiro respondeu que *“as fotografias iniciais (sic) do local, realizadas na madrugada do dia 30 de abril de 2008, foram capturadas pelo método convencional – analógico. Este método apresenta falhas, pois não há como controlar os resultados dos registros, senão somente após a revelação do filme. No presente caso todas as fotografias pertinentes foram realizadas, **porém nem todas se apresentaram em condições de utilização no laudo.**”* (fl. 4810 – grifamos e sublinhamos)

Diante da informação do Instituto de Criminalística no sentido de que nem todas as fotos retiradas na madrugada do dia 30 de abril de 2008 do local dos fatos constavam dos autos, a defesa prontamente requereu nova expedição de ofício ao I.C. solicitando o agendamento de dia e hora para o que os defensores pudessem obter cópia de todos os registros fotográficos dos trabalhos periciais (fls. 4844/4845).

Aberta vista dos autos ao representante do Ministério Público, este, por seu turno, não se opôs ao acesso das fotos requeridas “mediante prévio agendamento e na presença do responsável.” (fl. 4931). A magistrada de primeira instância assim decidiu:

*“Assim sendo, **determino**, à princípio, que **seja oficiado ao I.C. para que informe se aquelas fotografias não utilizadas no laudo pericial ainda se encontram preservadas perante aquele órgão público e, em caso positivo, que seja designada data para que as partes possam ter***

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHÁ JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

acesso à elas no ambiente daquele instituto, informando a este Juízo com antecedência para que possa providenciar a intimação dos interessados." (fl. 4948).

Todavia, em que pese a expressa ordem judicial para expedição de ofício ao I.C., **a serventia da 2ª Vara do Tribunal do Júri do Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo não cumpriu a ordem judicial** até o dia do julgamento em plenário.

Pois bem, iniciada a sessão de julgamento a defesa informou ao magistrado que estava pendente de cumprimento pela serventia daquele Juízo uma diligência que já havia sido deferida, requerendo, portanto, a realização "do pedido deferido fls. 1918 consistente na exibição das fotos não utilizadas no laudo inicial". (fl. 6336)

Ao contrário do procedimento adotado com as demais questões ventiladas pela defesa, o magistrado não deu nenhuma fundamentação específica sobre a questão. Apenas genericamente indeferiu assim mencionando: "indeferidas assim todas as questões preliminares que haviam sido suscitadas pela Defesa na abertura dos trabalhos da presente sessão de julgamento, determino que os presentes trabalhos em Plenário tenham sua continuidade regularmente." (fl. 6338)

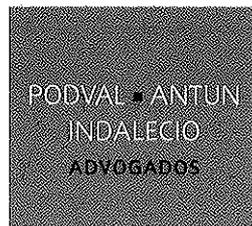
Suscitada a questão em sede de Recurso de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se posicionou, afastando, mais uma vez, a nulidade arguida pela defesa:

"No que diz ao indeferimento do cumprimento de 'diligência' já deferida, também aqui sem razão qualquer a alegação de nulidade. Ainda na fase do art. 422 do Cód.Proc.Penal, a defesa pleiteou esclarecimentos junto ao Instituto de Criminalística, a respeito da eventual existência de fotografias da cena do crime, não juntadas aos laudos. Em atendimento ao requerimento, aquele órgão público informou que, em

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXÁNDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI



*razão da obtenção de imagens pelo **método analógico**, em que não é possível, sabe-se, controlar o resultado dos registros obtidos, muitas das fotografias não se apresentaram em condições de utilização nos laudos - / 4.810.*

*Ou seja, estavam **imprestáveis** à colocação no trabalho técnico. Insatisfeitos, requereram a designação de data e hora para a verificação daquelas fotografias, junto ao Instituto de Criminalística, **o que foi providenciado, a princípio**, pelo douto magistrado.*

Ocorre que a serventia de origem deixou de dar cumprimento à determinação judicial, abrindo-se ensejo à alegação de nulidade.

Que não tem fomento, e sempre data venia.

***Não** há como nulificar o procedimento por esta razão.*

***A uma porque** aquilo que pretendia saber do Instituto de Criminalística - motivo pelo qual certas imagens não foram utilizadas nos laudos oficiais - já **foi** suficiente e adequadamente respondido.*

O que esvazia, propriamente, a essência da alegação e da intenção quanto a isto.

***A duas porque** "não se trata, assim, de indeferimento de diligência indispensável requerida pela defesa, na fase do art. 422, do CPP, e que estivesse pendente de realização, mas sim de providência, de ofício, determinada pelo nobre Juiz-presidente, dentro de sua prerrogativa, expressamente prevista no art. 497, inc. XI, do CPP, em relação à ordenação de provas.*

*E tratando-se de diligência do juízo, ainda que pendente de realização, não se configura a meu ver o alegado cerceamento se o próprio magistrado, reexaminando a utilidade da medida, vem a entendê-la **desnecessária ao esclarecimento da verdade** e, em face dos elementos probatórios existentes nos autos, opta pela realização do julgamento. Nesse sentido, confira-se in TACRIM-SP, HC, Rei. Xavier Homrich, JUTACRIM-SP, 34/119"-f 6.753/6.754.*

***A três porque**, tal como não o fizera nas outras preliminares suscitadas, a defesa não indica, muito menos demonstra a ocorrência de **qualquer prejuízo**, pelo não cumprimento da providência.*

E como antes e outras vezes já se lançou por aqui, a ausência do prejuízo desmotiva qualquer possibilidade de vício.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXÁNDRA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

***E, finalmente, a quatro** - e isto verdadeiramente importa - porque nulificar todo um procedimento da repercussão que assumiu, complexo, duradouro e com nada menos do que **34 robustos volumes**, em face da existência daquilo que se entendeu por **fotografias borradas e imprestáveis (!!!)**, seria de um descuido e descaso **sem tamanho, inusitado e verdadeiramente despropositado** para com a seriedade da Justiça, e em última análise para com a própria sociedade, que quer ver do Judiciário pronta atuação nesses e em casos similares.”*

Os argumentos da decisão recorrida, entretanto, não afastam os critérios de admissibilidade da prova já analisados. Em verdade, o uso da expressão “*e isto verdadeiramente importa*” demonstra na realidade que de todos os supostos fundamentos levantados é o último que realmente move a decisão judicial. Depois de passarmos pelos primeiro, chegaremos a ele.

O primeiro argumento levantado, isto é, de que a pretensão da defesa já estaria satisfeita com a resposta de que “*nem todas se apresentaram em condições de utilização no laudo*” não é verdade. A pretensão da defesa era (e esse foi o pedido) de acesso a tais fotos não utilizadas nos laudos periciais.

Inclusive, esse pedido foi justamente formulado pela defesa diante da resposta da perita no sentido de que havia fotos não utilizadas. Ou seja, a resposta do IC não era causa de satisfação à pretensão da defesa, mas foi, ao contrário, causa que despertou tal pretensão.

Nesse sentido, pouco importa a alegação de que tais fotos seriam “imprestáveis ao feito”. **É direito da defesa conferir tais afirmações**, afinal não há outro modo de saber se a perícia está ou não fazendo afirmações condizentes com a realidade.

A situação se assemelha, por exemplo, a hipótese de escutas telefônicas. Em um universo imenso de interceptações, a autoridade

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA/
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

investigativa pode proceder à transcrição de algumas, que julga ter interesse para a causa. Isto não quer dizer que a parte (acusada) não tem o direito de requerer o acesso à totalidade das interceptações para, efetivamente, decidir e confirmar se algum outro trecho, eventualmente, pode lhe interessar.

É óbvio que pode. E tanto pode que a pretensão foi deferida pelo magistrado, mas não cumprida. Assim, todos os requisitos exigidos para a produção da prova (admissibilidade, pertinência e relevância) foram reconhecidos. A questão é de *não cumprimento da ordem judicial*.

Sabendo disso, a decisão recorrida levanta outros três (pseudos) fundamentos para tentar conferir ar de legalidade ao que evidentemente está incorreto.

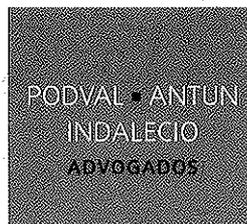
Passou-se, então, a dizer que a diligência não precisaria ser cumprida, pois era diligência do juízo e não da parte. Inverídica a afirmação. Foi diligência requerida pelos recorrentes. Diante da informação do Instituto de Criminalística no sentido de que nem todas as fotos retiradas na madrugada do dia 30 de abril de 2008 do local dos fatos constavam dos autos, a defesa prontamente requereu nova expedição de ofício ao I.C. solicitando o agendamento de dia e hora para o que os defensores pudessem obter cópia de todos os registros fotográficos dos trabalhos periciais (fls. 4844/4845).

Da mesma forma, argumentou-se na decisão recorrida, em terceiro lugar, que não haveria prejuízo à defesa. O prejuízo é decorrente da própria utilidade da prova. Ou seja, se uma prova é útil ao processo é porque se realizada tem o condão de evidenciar um fato secundário que, por sua vez, pode alterar a convicção sobre o fato principal investigado. Isto quer dizer que a não realização desta prova obsta concretização destas relações de causalidade, suprimindo da defesa uma possibilidade de influir na convicção do fato principal.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI



É por isso que **sempre que houver uma decisão desfavorável à parte acusada há insito prejuízo a esta, especialmente no caso em apreço, no qual, já se disse, não se pode ter conhecimento dos fatos que levaram à formação da convicção do Conselho de Sentença.** Assim já decidiu o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

*“Alegou-se – e, em casos análogos, se alega sempre – não ter sido demonstrado o prejuízo da defesa. **Mas o dano, esse resulta do teor mesmo do julgamento contrário ao réu e, como tal, é certo e inquestionável.** Tenho relevado este fato intransponível. O prejuízo da defesa, em casos semelhantes, é sempre certo. Presumida é apenas a relação jurídico-causal entre o vício do processo e o teor gravoso do julgamento. E tal relação não pode deixar de presumir-se ante a impossibilidade absoluta de se atribuir o resultado injurioso ao réu a causa jurídica independente.*

Só se poderia, deveras, afastar, quando menos, esse nexos entre defeito processual e a certeza do prejuízo da defesa, se o resultado concreto do julgamento, caso em que qualquer recurso seria absolutamente anódino e infrutífero, lhe tivesse sido favorável. Todas as vezes em que, sob arguição de vício processual na sessão de julgamento ou na decisão, a defesa saía de algum modo prejudicada, não é lícito opor argumentação baseada na hipótese de que, fosse outro o procedimento adotado, segundo a lei, o resultado teria sido o mesmo. É simplesmente impossível saber como se comportariam os julgadores, ou o prolator da decisão, se houvesse sido observada a ordem legal do processo garantido pela Constituição!

Noutras palavras, não há como nem por onde argumentar com o fato de que a defesa não seria capaz de demonstrar outro prejuízo, senão resultado danoso do caso concreto, porque não se pode prever, ou melhor, não se pode adivinhar que, se tivesse sido outra a ordem observada, o resultado do julgamento teria sido o mesmo”.(STF, HC 87.926, Min. Rel. Cezar Peluso, Plenário, data j. 20/02/2008).

Mas, como se disse, o que move a decisão recorrida é mesmo o último argumento explicitado. Isto é, o de que em nome da credibilidade da justiça e da necessidade de resposta aos anseios sociais não se

pode anular, por esse fato, um caso desta repercussão e desta complexidade.

Apesar de sabermos que é justamente esse sentimento de “*necessidade de resposta*” à sociedade que sempre permeou as decisões adotadas neste caso, assusta-nos a franqueza de explicitá-lo por escrito nos autos.

Isto porque o ‘direito à prova’ tem caráter de garantia constitucional, bem por isso tem aplicação inafastável no procedimento penal. Desta forma, cabe ao Poder Judiciário a aplicação deste preceito na prática, vale dizer, zelar pelo seu efetivo cumprimento em cada caso concreto.

Na decisão recorrida, contudo, não se reconheceu o direito à prova dos recorrentes sob o (falso) pretexto de que nulificar um processo volumoso e de repercussão nacional causaria danos à imagem do Judiciário perante a sociedade, que pugna pela aclamada rápida justiça (leia-se: *odiosa vingança*)

Essa argumentação, sinceramente, nos faz refletir: *Se o caso tivesse dois ou três volumes, como a maioria dos feitos, poderia se dar guarita ao direito à prova? Se o caso não tivesse tido repercussão na imprensa, como a maioria dos casos, poderia ser resguardado o direito à prova dos recorrentes?*

A bem da verdade, compartilhamos da orientação de que a resposta do Poder Judiciário que confere respeito à sociedade é aquela que não limita a aplicação das garantias individuais. A resposta adequada do Poder Judiciário à sociedade é aquela que garante a aplicação incondicional da Lei.

O argumento da decisão recorrida para afastar a aplicação do direito à prova, contudo, choca e demonstra que há na hipótese dos autos violação destas garantias que, reiteradamente, no caso, são dispensadas

em nome de uma “*seriedade da Justiça*”.

Bem por isso, também sob esse prisma, o presente recurso deve ser admitido para declarar nulo o julgamento em que os recorrentes foram submetidos, posto que em evidente afronta ao art. 422 do Código de Processo Penal, determinando-se, assim, seja conferido à defesa o acesso à integralidade das fotos tiradas pelo Instituto de Criminalística no local dos fatos (pedido este que havia sido deferido à fl. 4948, no dia 11 de janeiro p.p.).

IV. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 159, § 6º, 279, INCISO II, E 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE CONTRAPROVA NO MATERIAL BIOLÓGICO CONSERVADO.

Também na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal, bem como na sessão de julgamento, esses defensores requereram ao juízo de 1ª instância fosse possibilitada à defesa a realização de contraprova no material biológico conservado no Instituto de Criminalística identificado como sendo sangue dos recorrentes.

Pretendia (e pretende) a defesa com o pedido formulado não a realização de *nova perícia*, mas de verdadeira *contraprova* no material conservado. Ou seja, não se objetivava com o pedido novo exame pericial a ser realizado por peritos oficiais, mas **sim contra-perícia realizada diretamente pelos assistentes técnicos da defesa**, como, aliás, faculta nossa legislação infraconstitucional no artigo 159, §6 do CPP.

Isto porque, os apelantes afirmaram que em nenhum momento da investigação e da instrução criminal lhes foi retirado sangue, em

que pese em diversas perícias oficiais nos autos ter sido utilizado aquele material conservado em laboratório, como se sangue dos recorrentes fosse, para análises comparativas.

Se não bastasse só a dúvida lançada pelos recorrentes, a alegação destes foi, de fato, corroborada quando, posteriormente, **o Instituto Criminalística, por meio do núcleo de perícias em crimes contra a pessoa, confirmou não existir em seu poder qualquer termo de coleta de sangue dos recorrentes.** (fl. 4750)

Não obstante esse fato, o magistrado indeferiu o pedido de *contraprova* formulado pela defesa, autorizando somente que nova análise fosse feita no material pelos peritos oficiais.

Para indeferir o direito à contra-prova, o juiz argumentou que a defesa apenas teria questionado *elemento formal* da perícia, a existência ou não de termo de coleta de sangue, e não teria lançado “*suspeita ou dúvida a respeito da validade do laudo pericial atacado por ela, de forma que não se justificaria a realização de ‘contra-perícia’ na hipótese dos autos*”. (fls. 4672)

Por seu turno, no julgamento da apelação interposta pelos recorrentes, o Tribunal *a quo* não reconheceu a ocorrência da nulidade por cerceamento de defesa sob dois fundamentos, ambos ligados a uma suposta *impertinência* da prova requerida. O primeiro fundamento da decisão recorrida residiria no fato de o IC ter realizado “*reexame de confronto das amostras de sangue coletadas na noite dos fatos com o material capilar e bucal dos acusados, para o fim de espancar quaisquer dúvidas que ainda pairassem a respeito da origem das primeiras amostras*”.

O segundo fundamento da decisão recorrida residiria no fato de que a prova pretendida não teria utilidade ao feito, vez que “*o resultado alcançado, isto é, a condenação dos apelantes, não se apoiou em*

momento algum em eventual conclusão extraída de exames realizados no material sanguíneo colhidos dos apelantes”.

Contudo, nem os fundamentos invocados em primeira instância, tampouco aqueles presentes no acórdão recorrido, são aptos a justificar o indeferimento da diligência pleiteada pelos recorrentes.

Inicialmente, verifica-se que o motivo utilizado para afastar o pedido de contraprova pelo juízo de primeiro grau – *ausência de questionamento sobre aspectos materiais do laudo impugnado* – é absolutamente desprovido de amparo legal e representou grave cerceamento à atuação dos defensores dos recorrentes.

É a *contra-perícia* expressão essencial do *contraditório*, revelando **o direito que tem a parte de, por meio dos assistentes técnicos, ter acesso direto ao objeto das perícias, para suas próprias avaliações, modo pelo qual se exerce plenamente o princípio do contraditório**. Por tal razão, AURY LOPES JÚNIOR¹⁰ observa, ainda, que “*nada impede que a parte interessada recorra a ‘peritos particulares’ (ou seja, profissionais que possuam conhecimento técnico naquela área, mas que não sejam peritos oficiais ou nomeados pelo juiz) para fazer uma contraprova pericial”*.

In casu, como se viu, apesar de o questionamento formulado pela defesa ser, inclusive, prévio às questões materiais do laudo, pois a ausência de termo de coleta de sangue nos registros do Instituto de Criminalística coloca dúvida sobre a própria natureza do material conservado (se é ou não sangue e se pertence efetivamente aos recorrentes), é certo que esse argumento utilizado pela decisão não é fundamento apto a afastar a possibilidade que todo acusado tem no processo penal de requerer a realização

¹⁰ *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 608/609.

de *contraprova*, vale dizer, de ter acesso direto ao objeto das perícias oficiais.

Como se disse, a admissibilidade está ligada aos aspectos *legais* de introdução da prova no processo penal. Isso quer dizer que todas suas exigências devem, necessariamente, decorrer de Lei.

A *contraprova*, prevista no **artigo 159, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal** assim está disciplinada:

“Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível sua conservação”.

A lei é clara em afirmar que *“o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado para exame pelos assistentes”*. Perícia e contra-perícia, nesse sentido, por suas definições legais não se confundem. Contraprova pericial, podemos dizer, é o oposto de prova pericial.

A prova pericial é realizada por peritos oficiais e a contraprova pericial é realizada diretamente pelos assistentes técnicos da parte, sob as condições acima analisadas.

Ainda, são ***requisitos de legalidade ou validade*** da *contra-perícia* que (i) seja requerida pela parte, (ii) posteriormente à perícia oficial. Ainda, (iii) que se realize no ambiente do órgão oficial, (iv) sob a supervisão do perito oficial e (v) destine-se a objeto cuja conservação é possível.

Portanto, é nítido que, como é bem anotado por **ARTHUR DA MÔTTA TRIGUEIROS NETO**, “os assistentes técnicos terão acesso ao material probatório que serviu de base à perícia no próprio laboratório do órgão

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRIÑA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

oficial, desde seja requerido pela parte e acompanhado pelo perito oficial”¹¹.

No caso, os recorrentes requereram fosse a contra-perícia realizada exatamente nesses termos que prevê a legislação. Vale dizer, a defesa (i) requereu o acesso direto ao material conservado, (ii) nas dependências do Instituto de Criminalística, (iii) na presença de peritos oficiais. Assim pode se ler do pedido formulado:

“seja designada data (próxima), para que a Defesa e seus assistentes técnicos compareçam nas sedes do Núcleo de Toxicologia do IML e do Laboratório de DNA do IC, onde deverão estar disponíveis os materiais biológicos dos acusados recém colhidos, assim como todas as amostras de sangue atribuídas a eles, para que procedam à suas análises, com o fim de identificar seus respectivos contribuintes, na presença de perito oficial a ser designado por este Juízo” (fl.4631)

A contraprova requerida cumpriu todos os requisitos legais de admissibilidade e não poderia ter sido indeferida. A parte tem direito de que seus assistentes técnicos tenham acesso direto ao objeto das perícias, por ser o único modo de se conferir se os resultados das perícias oficiais foram efetivamente acertados.

Aliás, é como vem decidindo o Ministro **JOAQUIM BARBOSA**¹², relator prevento no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para o presente processo: ***“(…) Tendo em vista o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 159 do CPP, defiro parcialmente o pedido, a fim de que seja requisitado ao INC que disponibilize aos assistentes técnicos do acusado, ‘no ambiente do órgão oficial’ (INC) e ‘na presença de perito oficial’, todo o ‘material probatório que serviu de base à perícia’. (...) fixo o prazo de quinze dias para que os assistentes técnicos apresentem parecer sobre a perícia”***.

¹¹ Comentários às recentes reformas no Código de Processo Penal, Forense, 2008, p. 127.

¹² STF, Decisão monocrática AP 470/MG, 01/12/2009.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIÓLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

A Lei não põe qualquer outro requisito de validade à produção de contraprova pericial senão os ora examinados. **Não é, portanto, como quis fazer crer o magistrado de primeiro grau, a existência de dúvida acerca da regularidade material da perícia oficial *requisito legal* de admissibilidade da produção de contraprova pericial.**

A parte tem, respeitadas as condições descritas no artigo 159 do Código de Processo Penal, **o direito de ter acesso direto ao objeto das perícias para suas próprias avaliações e, assim, exercer plenamente o contraditório.** Não serve, assim, o alegado argumento de que não houve questionamentos sobre elementos materiais do próprio laudo oficial. A Lei não formalizou tal exigência, não sendo lícito ao magistrado, sob tal argumento, tolher da parte o direito a ter *acesso direto* aos objetos das periciais oficiais.

Aliás, nem poderia ser esse um requisito, pois muitas vezes até mesmo para se questionar materialmente a prova pericial é preciso que os assistentes técnicos tenham acesso ao objeto da perícia, para realização de contraprova.

A bem da verdade, não raras vezes **é a própria realização da contraprova pericial que irá revelar as incongruências e vicissitudes materiais das provas periciais (oficiais).** Bem por isso, não pode ser o argumento utilizado pelo magistrado elevado à categoria requisito para a realização das contra-perícias.

É esta é a primeira razão pela qual mostram-se igualmente equivocados os fundamentos presentes no acórdão recorrido de que o material biológico cuja realização de contraprova foi indeferida não teria servido de base à condenação e de que a defesa, conseqüentemente, não teria experimentado prejuízo em decorrência do indeferimento.

O equívoco reside no fato de que a contraprova poderia, eventualmente, produzir resultado apto a desmerecer, ou retirar a credibilidade das provas periciais que tiveram como base aqueles materiais biológicos conservados. O acesso da defesa e de seus assistentes técnicos a referidos materiais é o único meio de se atestar a confiabilidade das provas que foram produzidas a partir deles.

Justamente por tal razão que **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**¹³ assevera que *“a perícia oficial deve guardar material suficiente para a realização de contraprova, isto é, para eventual análise de outros técnicos, normalmente os assistentes indicados pelas partes. Sem o referido material, tornar-se-ia impossível criticar o laudo oficial, em determinadas situações”*.

Além do mais, a realização de contraprova que encontrasse resultados diversos da perícia oficial **poderia revelar uma nova vertente probatória a ser utilizada pela defesa**. Sendo indeferida a contraperícia, negou-se à defesa a possibilidade de apurar a presença de novos elementos de prova a serem explorados.

Desses fatos resultam a pertinência e a relevância da prova pretendida. Era, pois, útil ao processo, o que, aliás, se constata do próprio deferimento da realização de nova perícia pelo magistrado.

Por outro lado, assusta-nos o argumento de suposta irrelevância da prova no deslinde do feito, como se ela não tivesse peso na condenação dos recorrentes.

Primeiro porque saber se o material biológico conservado é mesmo sangue e se foi retirado dos apelantes é de crucial

¹³ Código de Processo Penal Comentado, RT, 2008, p. 371.

importância para causa, haja vista ter sido utilizado como base de comparação em diversas outras perícias. **Isto quer dizer que o só fato de se ter conservado material biológico dos recorrentes já demonstra a imprescindibilidade da prova para o feito.**

E segundo. **Tratando-se de procedimento julgado pelo Tribunal de Júri não há como saber se os jurados valoraram ou não as perícias de DNAs que utilizaram os materiais biológicos dos recorrentes. Nem o magistrado, nem a acusação, nem ninguém tem condições de dizer que circunstância ou elemento dos autos motivou os jurados a votarem de determinada forma os quesitos que lhes foram submetidos.**

O que se sabe é, apenas, que o material biológico dos recorrentes foi utilizado em diversas perícias que foram apresentadas aos jurados. Inclusive, no julgamento, a perita oficial ROSANGELA MONTEIRO, como se estivesse em uma sala de aula, **mostrou diversos gráficos e tabelas ilustrando aos jurados o procedimento de comparação de DNAs.**

Assim, por óbvio, exames de DNA podem sim ter sido sopesados pelos jurados durante a votação, não sendo lícito, portanto, falar que tais exames não influíram no convencimento do Conselho de Sentença.

Assim, o fundamento do acórdão recorrido, de que os recorrentes não experimentaram qualquer prejuízo pelo indeferimento da prova requerida, é mera especulação abstrata, desgarrada da realidade que somente seria conhecida após a realização da contra-perícia requerida, a qual definiria a existência ou inexistência de novos elementos de interesse para a causa. Da mesma forma, não é possível saber em que grau as perícias influenciaram o convencimento dos jurados.

E, nesse ponto, diversamente do afirmado no acórdão recorrido, a nulidade por cerceamento de defesa não foi sanada pela realização

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

de nova perícia oficial pelos mesmos peritos que, anteriormente, haviam realizado a primeira perícia cuja contraprova a defesa requerera. Segundo consta da fundamentação do acórdão recorrido:

*“O culto magistrado **Doutor Maurício Fossen**, entretanto, e após intermináveis pedidos da defesa, houve por bem, por **excesso de zelo e mera prudência**, por certo, permitir que fosse **novamente** coletado material genético dos acusados, diverso de sangue”.* (fls. 6.812)

Contudo, **não** satisfaz a pretensão da defesa a **decisão do juiz de realizar nova perícia oficial no material biológico conservado**, sendo os assistentes técnicos expectadores dessa diligência.

Isto porque, não obstante a realização de exame de confronto pelo *experts* do Instituto de Criminalística o que, de fato, se requereu foi **a realização de contraprova**. Ou seja, os recorrentes não pretenderam nova perícia por parte dos mesmos técnicos do IC. **Pretendiam verdadeira contraprova, isto é, que os assistentes dos recorrentes tivessem acesso e analisassem o material probatório.**

Pior ainda, como no caso dos autos, quando os mesmos peritos que realizaram a primeira avaliação são designados para realizarem essa nova prova pericial.

O *Código de Processo Penal* expressamente veda essa forma de atuação:

*“Art. 279 – **Não poderão ser peritos:***

*Inciso II – Os que tiverem prestado depoimento no processo ou **opinado anteriormente sobre o objeto da perícia**”*

Primeiro porque é tendência humana, natural, que os peritos ao realizarem a nova perícia tendam a confirmar suas afirmações

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICÉ RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

anteriores. Segundo porque se incorreram em equívoco técnico (involuntário) na primeira perícia, podem os peritos, muito bem, inclusive por desconhecimento, incorrer no mesmo erro.

De fato, é exatamente esta a situação encontrada nos autos. As peritas Norma e Cristina assinam o laudo colocado em questão e foram elas próprias que realizaram esse novo trabalho pericial sobre o sangue.

A ilegalidade é *dupla*, portanto. **Não permitiram à parte ter acesso ao material conservado e permitiram que as mesmas peritas que realizaram a perícia contestada realizassem esse segundo exame pericial, tudo em total confronto com a disciplina aplicável à matéria.**

A extensão do direito dos recorrentes é *clara*, seus assistentes técnicos podem ter acesso direto ao objeto das perícias, devendo tal direito ser respeitado, sob pena de se cercear a produção probatória da parte.

Preenchendo a contraprova pericial todos os requisitos de ingresso no processo penal, não poderia ter sido negada à defesa dos recorrentes. É direito inerente ao contraditório que a parte possa, por meio de seus assistentes técnicos, ter acesso direto ao material objeto de perícia.

Nesse sentido preleciona **ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO**¹⁴ que “no Estado democrático de direito, em que a liberdade individual é reconhecida como premissa fundamental para a justa organização da sociedade, é evidente que as decisões penais, que incidem exatamente sobre o status libertatis do cidadão, só podem ser legitimadas por um saber resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a dupla ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a

¹⁴ *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*existência de provas concludentes não se poderá superar a presunção de inocência do acusado; **mas é igualmente necessário que essas mesmas provas sejam produzidas com a participação e controle da defesa e, ainda, que possa haver contraprova**”.*

Substituir esse direito de contraprova por nova prova pericial, realizada pelos mesmos peritos oficiais, sendo os assistentes meros expectadores dessa diligência, não atende a esse direito da parte, configurando verdadeiro cerceamento do direito à produção de provas no processo penal. Cerceamento este que é causa de inequívoca nulidade diante da violação aos artigos 159, parágrafo 6º, 279, inciso II, e 422 do Código de Processo Penal.

V. CONTRARIEDADE AO ART. 279, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO IMPEDIMENTO DA PERITA OFICIAL ROSANGELA MONTEIRO PARA SUBSCREVER LAUDO COMPLEMENTAR.

O V. Acórdão, ainda, **contrariou** o disposto no art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal, por admitir a validade de laudo pericial complementar realizado pela mesma perita responsável pelo laudo pericial originário.

Com efeito, na fase do art. 422 do Código de Processo Penal (fls. 4627/4633), a defesa requereu a elaboração de perícia complementar, com quesitação a ser respondida pelos técnicos do Instituto de Criminalística, com relação ao laudo inicial subscrito pela perita ROSANGELA MONTEIRO.

Deferida e cumprida a diligência, qual não foi a surpresa dos Recorrentes e seus defensores quando tomaram ciência de que a própria perita ROSANGELA, subscritora do laudo questionado, havia elaborado o

laudo complementar n. 01/030/56427/09 (fls. 4.799/4.815).

Inconformada com o fato, a defesa ofereceu exceção de impedimento em face da perita ROSANGELA, vez que o art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal proíbe expressamente a atuação de *expert* que já tiver opinado anteriormente sobre o objeto da perícia (fls. 4901/4929).

Todavia, em que pese os sólidos fundamentos expostos no corpo da exceção de impedimento, o seu processamento foi negado (fls. 4950/4951). Entendeu o magistrado de primeiro grau que o laudo requerido pela defesa não se tratava de “nova perícia” ou “perícia complementar”, mas de “meros esclarecimentos” e que, por isso, natural que fossem respondidos pela mesma perita que subscreveu o laudo questionado, **não sendo assim aplicável a disposição do artigo 279 do Código de Processo Penal:**

“portanto, como se vê, não se tratando a hipótese dos autos de nova perícia, mas sim de meros esclarecimentos sobre perícia já realizada anteriormente não tem aplicação ao caso dos autos a disposição legal contida no art. 279, inciso II do Código de Processo Penal, no qual se baseia a defesa para argüir o impedimento da Sra. Perita judicial, Dra Rosângela Monteiro” (fl. 4951)

Iniciados os trabalhos em plenário, foi reiterado o pedido de impedimento da perita ROSANGELA para subscrever o laudo complementar, sendo, contudo, novamente negado, sob o mesmo fundamento:

“Não há também que se falar de acolhimento da alegação de impedimento da Sra. perita Rosângela, já que não se trata de hipótese que autoriza tal procedimento. Isto porque o trabalho pericial apresentado por ela não se tratou de nova perícia, mas sim de meros esclarecimentos”. (fl. 6337)

Em razões de apelação, os Recorrentes sustentaram, à guisa de preliminar, a existência de **nulidade**, em virtude do manifesto

desrespeito ao art. 279, *caput* e inciso II, do Código de Processo Penal. Contudo, o V. Acórdão reconheceu a inexistência da referida nulidade, e, assim como fez o magistrado de primeiro grau, adotou entendimento **frontal e manifestamente contrário** ao sentido da norma processual em comentário:

“Sorte também não assiste aos acusados, quando pretendem o reconhecimento de ***impedimento da perita oficial, Dra. Rosângela Monteiro***, para subscrever laudo técnico de esclarecimento aos questionamentos feitos na fase do art. 422, do Digesto Processual Pátrio.

Para tanto, invoca-se o art. 279, II, do mesmo diploma:

Art. 279. Não poderão ser peritos:

II – os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

Dês que tal dispositivo veda a atuação daqueles que, dentro ou fora dos autos, já tenham se pronunciado sobre o caso em oportunidade anterior.

O que aqui **inocorre**.

A competente ***Dra. Rosângela Monteiro*** participou contributiva e ativamente da perícia, nela iniciando seus trabalhos e conclusões **antes** mesmo de prestar depoimento na fase do “*judicium accusationis*” ou em plenário do júri.

E tal participação, importante ressaltar, se deu apenas para **esclarecer aspectos diretamente relacionados à perícia**, muitos deles – *senão todos* – **suscitados pela própria defesa**.

Não mais do que isso.”

O entendimento adotado pelo V. Acórdão é **manifestamente contrário** à norma prevista no art. 279, II, do Código de Processo Penal, a qual proíbe expressamente a atuação, como perito, de *expert* **que já tiver opinado anteriormente sobre o objeto da perícia**.

O Código de Processo Penal expressamente veda essa forma de atuação, resguardando-se, portanto, a **imparcialidade** dos auxiliares da justiça:

“Art. 279 – **Não poderão ser peritos:**

Inciso II – Os que tiverem prestado depoimento no processo ou *opinado anteriormente sobre o objeto da perícia*”

Primeiro, porque é tendência humana, natural, que os peritos, ao realizarem a nova perícia, tendam a confirmar suas afirmações anteriores.

Segundo, porque se incorreram em equívoco técnico (involuntário) na primeira perícia, podem os peritos, muito bem, inclusive por desconhecimento, incorrer no mesmo erro.

Isto porque, como já disse, é tendência humana, natural, que os peritos ao realizarem a nova perícia tendam a confirmar suas afirmações anteriores.

E foi isso que fez a perita. Com efeito, basta uma leitura do laudo de fls. 4799/4815 para se verificar que, em diversos momentos, a perita ROSÂNGELA esquivou-se dos quesitos que lhe haviam sido propostos, para sustentar e defender seus trabalhos anteriores: os laudos de fls. 657/762, 3593/3663, 1278/1298 e 2518/2575.

A contrariedade ao dispositivo em comento (art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal) exsurge ainda mais evidente quando se lê, do V. Acórdão, afirmação no sentido de que a atuação da perita deu-se apenas para **esclarecer** aspectos diretamente relacionados à perícia, sendo os mesmos suscitados pela própria defesa.

Ora, a referida norma processual **não estabelece qualquer distinção** entre nova perícia, meros esclarecimentos ou complementações. **Veda toda e qualquer atuação do mesmo perito que já havia se manifestado antes nos autos.**

E essa vedação, como já dito, decorre da própria finalidade teleológica da **proibição** de nova atuação, que deve resguardar a **imparcialidade** do agente público responsável pelo laudo.

Tanto é assim que o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Súmula de nº 371, que diz: “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão”. Ora, a própria Corte Suprema, como se vê, não fez qualquer distinção entre complementação ou esclarecimentos de perícia: **se o expert já tiver atuado antes, de qualquer forma que seja, deve ser considerado impedido.**

E, nos autos em questão, a parcialidade com que agiu a Perita acarretou prejuízo concreto à defesa, não se tratando, portanto, de mera impugnação em abstrato. Apenas a título exemplificativo podemos citar o seguinte ponto: questionada pela defesa se o modelo que desenvolveu o teste das marcas de camiseta na tela de proteção atuou em pé ou ajoelhado, a perita respondeu desconhecer a existência de debilidade de membro, sentido ou função do apelante. A questão, todavia, não foi esta: a defesa indagou se o ator – e não o acusado – exerceu seu papel em pé.

A questão tinha relevância. No próprio depoimento em plenário (fl. 5826) a perita foi clara em afirmar que pela altura da janela e da cama que estava encostada logo abaixo dela, o agressor, necessariamente, teria que estar ajoelhado ao cortar a tela de proteção e defenestrar a vítima.

Ora, se essa era uma situação necessária, porque não informou quando questionada pela defesa. Preferiu a perita, todavia, tentar ridicularizar a defesa que, efetivamente, colaborar com a verdade.

De toda forma, não cabe aqui repreensão, sequer moral, à *expert*, até mesmo por ser, nesta fase, **vedado o reexame da prova.** É

claro que a defesa, aberta ou velada, de posicionamentos passados é conduta absolutamente normal a qualquer ser humano. E como se disse, é considerando essa circunstância que nosso Código de Processo Penal, visando evitar danos à imparcialidade e à idoneidade na produção de provas técnicas, determinou a impossibilidade de um mesmo perito manifestar-se em um mesmo processo, sobre o mesmo objeto, **quando suas conclusões são colocadas em questão.**

O impedimento da perita ROSÂNGELA MONTEIRO é nítido, dadas as considerações acima feitas. Portanto, por força do art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal, o laudo complementar n° 01/030/56427/09 (fls. 4799/4815) deve ter sua nulidade absoluta reconhecida devendo ser desentranhado dos autos principais, para que o outro seja elaborado por peritos diversos.

VI. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 479 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DA JUNTADA TEMPESTIVA DE DOCUMENTOS PARA UTILIZAÇÃO EM PLENÁRIO.

Dispõe o art. 479 do Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei n° 11.689 de 2008, que:

*“Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de **3 (três) dias úteis**, dando-se ciência à outra parte”.*

O art. 479 do Código de Processo Penal traz uma exceção à regra geral quanto à prova documental, disposta no art. 231 do mesmo caderno legal, já que limita a juntada de documentos e objetos à antecedência mínima de 3 dias do julgamento.

Cumprindo o disposto naquele dispositivo processual, a defesa, então, protocolou para juntada na ação penal os documentos que pretendia exibir em plenário, com a exata antecedência prescrita pela Lei.

De fato, na **quarta-feira** (17/03), os recorrentes, **dentro do prazo previsto no art. 479 do Código de Processo Penal**, requereram a juntada de um frasco de sangue e de um CD contendo duas fotos da tela de proteção que existia na janela do quarto do local dos fatos (fls. 5505/5506).

Em despacho proferido na própria petição, o magistrado, contudo, **negou** a juntada dos documentos requeridos na quarta-feira (17/03), sob o seguinte fundamento:

*“Indefiro, no entanto, a juntada do “frasco com sangue” e de novo CD, posto que já escoado o prazo para tanto, **o qual se conta da forma retroativa e que, portanto, encerrou-se no dia de ontem** (referindo-se a terça-feira, dia 16/03). Contudo, caso não haja oposição do órgão de acusação, quando da instalação do julgamento em plenário, tais objetos poderão ser exibidos.”* (fls. 5505 e verso)

Iniciada a sessão de julgamento no dia 22 daquele mês, foi solicitada novamente pelos recorrentes a juntada do frasco de sangue e de um CD para utilização em plenário, restando **indeferido** o pedido pela mesma razão:

“Por fim, quanto ao pedido de autorização para juntada de novo material (sangue) contido em tubo de ensaio e novo CD com fotos, que a Defesa tentou fazer juntar aos autos no último dia 17.03.2010 (fls. 5505/5506), o indeferimento fica mantido, posto que apresentado fora do prazo para tanto. Isto porque o prazo para a juntada de novos documentos é de 03 dias, antes da data da realização do julgamento dos réus em Plenário. No caso

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓIA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

dos autos, o julgamento foi designado para a data de hoje, ou seja, 22.03.2010, uma segunda-feira. Como o prazo, nesta hipótese, é contado de forma retroativa, o primeiro dia útil anterior seria a sexta-feira que antecedeu esta data, ou seja, 19.03.2010. Contados 03 dias retroativos a partir deste marco, verifica-se que o prazo preclusivo para a juntada de novos documentos e materiais aos autos seria até as 19:00 horas da terça-feira anterior, ou seja, 16.03.2010. Como a petição foi protocolada em Cartório apenas no dia 17.03.2010, sua intempestividade foi reconhecida, ficando assim indeferida a juntada daqueles novos documentos e materiais aos autos, o que fica aqui ratificado". (fl. 6338)

Percebe-se, contudo, que o critério adotado pelo magistrado na contagem do tríduo legal, que versa o art. 479 do Código de Processo Penal, encontra-se **equivocado**. Por tal razão, em sua apelação os ora recorrentes requereram a decretação da nulidade da condenação pelo cerceamento de defesa consistente na indevida vedação de juntada aos autos e utilização em plenário dos documentos tempestivamente apresentados.

Contudo, o acórdão recorrido também decidiu tal questão de modo errôneo. O Tribunal *a quo* entendeu por excluir do cômputo do prazo tanto o dia inicial da contagem – a segunda-feira, 22 de março de 2010 – quanto o dia do final – a quarta-feira anterior, 17 de março de 2010:

"O prazo para a juntada de novos documentos para serem apresentados aos Srs. Jurados é de 3 dias úteis inteiros, anteriores à realização da sessão plenária.

(...)

E se assim é, não pode o intérprete, ao aplicar a norma do art. 479 do Cód.Proc.Penal, querer introduzir o dia do julgamento no tríduo legal.

Exatamente porque, como se disse, a formalidade da juntada do documento deve estar perfeita e acabada antes daquele prazo estipulado em lei – 3 dias.

(...)

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSÓN G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Contabilizados três dias a partir daquele marco (primeiro dia útil antecedente a 22.mar.2010, ou seja, 19.mar.2010, sexta-feira), constata-se que o prazo fatal para a juntada daquilo que se queria mostrar em Plenário se encerraria, como de fato se encerrou, ao fim do expediente forense da terça-feira, às 19:00 horas de 16.mar.2010". (fls. 6.816/6.818)

Ao final, ainda restou consignado no acórdão recorrido que os recorrentes não demonstraram qual o prejuízo por eles sofrido:

“Finalmente e ainda que assim não fosse, não demonstrou a defesa, sequer indicou, em verdade, onde estaria o prejuízo na ausência de juntada daqueles documntos.”

Mais uma vez, entretanto, não encontram amparo legal, doutrinário nem jurisprudencial os fundamentos utilizados para manter o indeferimento da juntada dos documentos que seriam utilizados em plenário.

O que se nota é que, em realidade, tanto a decisão de primeira instância, quanto aquela proferida pelo Tribunal de origem aplicaram um critério de contagem do referido prazo desconhecido e inexistente em nossa legislação. A devida aplicação dos critérios de contagem de prazos presentes em nosso Código de Processo Penal evidenciaria o cerceamento de defesa ao qual os recorrentes foram submetidos.

Por certo, não se desconhece que, quanto ao critério de contagem do prazo do artigo 479 supracitado, a doutrina diverge quanto à aplicabilidade ou não da regra prevista no art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal. Contudo, qualquer uma das duas posições que for adotada conduzirá a mesma conclusão acerca da tempestividade da juntada dos documentos pelos recorrentes.

Há na doutrina¹⁵ e na jurisprudência¹⁶ quem defenda que a contagem do tríduo legal deve obedecer a regra estatuída no art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, ou seja, **não se computa no prazo o dia do começo, mas inclui-se o dia do vencimento.**

Todavia, também há em sentido contrário, autores¹⁷ que afirmam que: *“o dia do começo será aquele em que foi despachada ou protocolada a petição instruída com as peças cuja leitura se pretenda em plenário do Tribunal do Júri, **não se aplicando ao prazo a regra do § 1º do art. 798 do CPP, incluindo-se, portanto, o dia do começo.**”*

Em qualquer critério que se estabeleça, contudo, a contagem feita no acórdão recorrido está equivocada. A sessão plenária em que foram julgados os recorrentes teve início em uma segunda-feira, dia 22 de março. **Assim, em qualquer critério que se queira adotar, o dia 17 de março, a quarta-feira que antecedeu ao julgamento, seria apto ao protocolo de documentos.**

Nas lições de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**¹⁸, a quem tanto recorreu o magistrado na sentença, o prazo do artigo em comento se faz pela ***“contagem normal de processo penal, partindo-se do dia do julgamento para trás, não se incluindo o primeiro, mas incluindo-se o último”***.

Assim, não se incluindo a segunda-feira do

¹⁵ Nesse sentido: **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** in *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 790 e **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO** in *Código de Processo Penal Comentado*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

¹⁶ 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, HC nº 92.958-3/SP, Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**, D.J. 30/04/2008.

¹⁷ **JULIO FABRINI MIRABETE**, *Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 520.

¹⁸ *Código de Processo Penal Comentado*, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 804.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

juízo, teríamos três dias de trás para frente, sexta-feira, quinta-feira e quarta-feira, incluindo-se esta no prazo.

O mesmo **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**¹⁹ apresenta exemplo que encerra, de uma vez por todas, com as dúvidas acerca da data até na qual pode ser realizada a juntada dos documentos ao afirmar que “*computa-se o dia do julgamento (art. 798, §1º, CPP). Assim, se este estiver **designado para o dia 20**, pode o documento ser apresentado, para ciência, à parte contrária **até o dia 17**. Logo, **não são três dias inteiros** (17, 18 e 19, devendo ser apresentado até o dia 16) (...)”.*

De forma igualmente didática, **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO**²⁰ diz que: “*Assim, se a sessão do Júri foi realizada numa **sexta-feira**, o documento deve ser apresentado, no mínimo, na **terça-feira**.” Na hipótese dos autos, sendo o julgamento uma segunda-feira, esse prazo seria a quarta-feira que o antecede.*

E, como se não bastassem os ensinamentos dos mencionados professores, há precedente do Colendo **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** no qual o Excelentíssimo **MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**²¹, definiu que a contagem do referido tríduo deveria ser feita da mesma maneira que os recorrentes fizeram:

*“Segundo consta dos autos, o pedido de juntada de novos documentos foi deduzido no dia **15 de abril de 2002**, sendo que a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri estava designada para o dia **18 de abril subsequente**”.*

No processo em questão, fora indeferida a juntada de

¹⁹ Código de Processo Penal Comentado, 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 804.

²⁰ Código de Processo Penal Comentado, 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

²¹ HC nº 92.958-3, 2ª Turma, j. 01/04/2008.

documentos no dia 15 de abril para serem utilizados em julgamento no dia 18 abril. Contudo, o Colendo **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** concluiu que tal juntada fora **tempestiva** e, por tal razão, anulou o julgamento por cerceamento de defesa.

O referido acórdão do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, portanto, versou sobre situação idêntica à presente. Naquele caso a partir do dia do julgamento foram contados três dias para trás, excluindo-se o primeiro, uma quinta-feira, 18 de abril de 2002, e incluindo-se o último, uma segunda-feira, 15 de abril de 2002, no qual ainda foi permitida a juntada de documentos. Aplicando-se o mesmo método de cálculo ao presente caso, iniciando-se a contagem no dia do julgamento e seguindo o cálculo três dias úteis para trás, excluindo-se o primeiro dia, a segunda-feira, 22 de março de 2010, e incluindo-se o último, a quarta-feira, 17 de março de 2010, tem-se que foi tempestiva a juntada de documentos neste último dia.

Conclui-se, portanto, que o método de contagem do prazo mencionado no art. 479 do Código de Processo Penal adotado pelo acórdão recorrido – pelo qual foram excluídos da contagem tanto o dia inicial do prazo, a segunda-feira, 22 de março de 2010, quanto o dia final, a quarta-feira anterior, 17 de março de 2010 - está equivocado. Como visto, tal forma de contagem não encontra amparo legal, não havendo em nosso sistema processual penal nenhuma hipótese em que sejam excluídos da contagem, **ao mesmo tempo**, o dia **inicial** e o **final** do prazo.

Assim, em decorrência deste lapso, **inegável o prejuízo a defesa**, vez que se tolheu dos recorrentes o direito de participar da formação da prova, já que **os documentos protocolados tempestivamente nos autos não puderam ser utilizados em plenário.**

Vale dizer, documentos que ingressaram nos autos tempestivamente foram extirpados da ação penal em razão da contagem de

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

prazo errônea pelo magistrado singular e pelo Tribunal de origem, sem que os jurados pudessem ter acesso e, portanto, criarem seu convencimento sobre os fatos.

A defesa tinha, **independentemente do conteúdo dos elementos juntados às fls. 5505/5506**, o direito de exibir os objetos e documentos na sessão de julgamento já que protocolados tempestivamente e, desta forma, usá-los para **influenciar os jurados na decisão final**. Todavia, não foi o que aconteceu, devendo, por mais essa razão, ser o julgamento anulado.

Nesse sentido, vale colacionar mais um trecho do voto do **MINISTRO JOAQUIM BARBOSA**²², proferido no já referido *habeas corpus* em que os impetrantes alegavam ter havido cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da juntada de documentos que a defesa protocolou tempestivamente e pretendia ler em plenário:

*“Assim, o que precisamos perquirir é se, no caso em questão, o prejuízo pode ser considerado **flagrante, evidente, ou não**, caso em que sua declaração somente seria possível se tempestivamente argüida pela parte interessada (ou seja, logo após o pregão, nos termos do art. 541, V, do Código de Processo Penal), tal como destacado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça aqui impugnado.*

*Como se pode perceber, o que aconteceu na ação penal de origem **não foi uma mera inobservância da forma** de um ato processual. O ato impugnado não foi praticado em error in procedendo, **mas sim em error in judicando**. Impediu-se a juntada de documentos para leitura em plenário, com base em uma **intempestividade que não ocorreu**. Assim, em alguma medida, **é inegável que houve o alegado cerceamento à defesa do paciente**, principalmente no que tange à sua **participação na formação da prova** (princípio do contraditório).*

²² HC nº 92.958-3, 2ª Turma, DJ. 01/04/2008.

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

No caso do *habeas corpus* supracitado, o ministro reconheceu que o magistrado agiu em *error in iudicando* ao impedir a juntada tempestiva de documentos para leitura em plenário, situação, esta, **idêntica com a dos recorrentes.**

Como consequência do erro do magistrado, o **MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** concluiu seu voto afirmando que o interesse público foi ofendido, porquanto o veredicto foi dado sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conselho de sentença, justamente da forma como foi proferido no caso dos recorrentes. Diante de tal circunstância, o Ministro concluiu pela caracterização de **nulidade absoluta** do processo:

“A meu ver, a impossibilidade de realização ampla do contraditório e do direito de defesa do paciente, com todos os meios a ela inerentes, é causa incontestada de nulidade absoluta. Como destacam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANÇE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (Opus cit., p. 94). “a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta”.

Assim, não importa o efeito que a leitura dos referidos documentos causaria nos jurados durante aquela sessão de julgamento. A defesa tinha, independentemente da relevância do seu conteúdo, o direito de ler aqueles documentos em plenário e, assim, tentar influenciar na decisão final dos jurados. (...)

Portanto, ofende o interesse público uma decisão que foi prolatada sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento do órgão julgado.

Do exposto, eu concedo a ordem, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Sumaré, com a possibilidade de leitura dos documentos cuja juntada foi requerida através da petição por cópias às fls. 241/242. Fica desde logo vedada a reformatio in pejus da pena.

Desse modo, sendo **absoluta** a nulidade decorrente do

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXÁNDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

indeferimento da juntada de documentos tempestivamente apresentados, mostra-se igualmente equivocado o fundamento do acórdão recorrido consistente na aplicação do brocardo "*pas de nullité sans grief*", vez que o reconhecimento da referida nulidade processual dispensa a demonstração do prejuízo experimentado pela defesa.

E ainda que assim não fosse, é evidente, como já se observou, o prejuízo à defesa, na medida em que os documentos protocolados tempestivamente não puderam ser lidos e exibidos em plenário e, por conseguinte, não tiveram a oportunidade de influenciar os jurados na decisão final.

Como se sabe, e não é demais lembrar, os recorrentes foram condenados a penas altíssimas. A impossibilidade de juntada dos documentos e a conseqüente impossibilidade de utilização em plenário revela, assim, nítido prejuízo diante da condenação dos recorrentes.

Com efeito, caso tivesse sido possibilitada a utilização dos documentos em plenário haveria a possibilidade de que algum desses documentos influísse na íntima convicção dos jurados de molde a mudar o julgamento. Essa possibilidade foi tolhida indevidamente dos recorrentes donde se deflui o prejuízo da defesa.

Por todo exposto, um fato é incontestável: a petição de fls. 5505/5506 aportou aos autos dentro do prazo estipulado no art. 479 do Código de Processo Penal, qualquer que seja o critério adotado de contagem do prazo.

Destarte, havendo contrariedade ao art. 479 do Código de Processo Penal, deve ser reconhecida a nulidade do julgamento dos apelantes, vez que à defesa foi negada a participação na produção da prova, na medida em que foi impossibilitada de ler e de exhibir documentos em plenário que aportaram

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PÁULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

aos autos tempestivamente.

VII. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 271 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DA OITIVA DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO.

Conforme se passará a analisar a seguir, a decisão recorrida contrariou manifestamente o art. 271 do Código de Processo Penal, mantendo orientação que concedeu à assistência de acusação prerrogativa que não lhe cabia, inexistente dentre as suas expressas funções legais.

A mãe da vítima, ANA CAROLINA JATOBÁ, após requerer a habilitação nos autos como assistente a acusação (fl. 1142) passou a exercer os atos inerentes à função.

Ocorre que, na fase de preparação do processo para julgamento em plenário, o Ministério Público arrolou como testemunha, dentre outras pessoas, **a própria assistente da acusação habilitada nos autos** (fl. 4598).

Dessa forma, antes da oitiva da assistente da acusação/testemunha da acusação ANA CAROLINA em plenário, a defesa se opôs oportunamente à sua realização já que não consta como atribuição do assistente da acusação a de testemunhar em juízo.

Em verdade, conforme preceitua o art. 271 do Código de Processo Penal, a figura da assistência de acusação teria as seguintes atribuições na ação penal:

*“Art. 271. Ao assistente será permitido **propor meios de prova**, requer*

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXÁNDRIANA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º e 598”.

Percebe-se, portanto, que consta do rol taxativo do assistente da acusação as seguintes atividades: (i) *propor meios de prova*; (ii) *requerer perguntas às testemunhas*; (iii) *aditar o libelo*; (iv) *apresentar alegações finais*; (v) *participar dos debates orais*; e (vi) *arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público e pelo próprio assistente*.

Inobstante a objeção da defesa, o magistrado autorizou a colheita da prova oral da assistente da acusação sob o argumento de que ***“não existe óbice legal algum à oitiva da assistente da acusação como testemunha, posto que a atuação técnica é feita através da profissional contratada por ela.”*** (fl. 6339)

Denota-se, assim, que o juízo de 1ª instância autorizou a produção da prova oral acusatória, por meio do depoimento da assistente da acusação, sob o mesmo fundamento que a defesa pleiteou o seu indeferimento, a saber: **a falta de previsão legal.**

O que se pode observar é que para o magistrado não haveria óbice no fato da assistente da acusação ser ouvida como testemunha já que não há lei que o proíba, ao passo que a defesa sustentava ser ilegal a oitiva do assistente justamente porque não há lei que lhe atribua a faculdade de testemunhar em juízo.

Inconformada com a patente ilegalidade do ato, a defesa sustentou novamente a nulidade em sede de apelação – argüindo, fundamentalmente, a inexistência de previsão legal para a prerrogativa concedida à assistente de acusação.

ROBERTO PÓDVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

E, aqui, mais uma vez, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo seguiu a linha adotada pela instância inferior e afirmou ser possível a oitiva da assistente de acusação em plenário, “*não havendo na legislação processual pátria qualquer causa impeditiva, ou mesmo restritiva, que inviabilize o ato*” (fl. 6826).

Ignoram, contudo, tanto magistrado de piso quanto à 4ª Câmara Criminal do TJSP, o fato de que estamos tratando de ramo do Direito Público e não Privado. As regras processuais penais são normas conjuntas de Direito Público e, portanto, devem ser interpretadas segundo critérios próprios desse ramo jurídico.

Dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que o Poder Público obedecerá, dentre outros, **o princípio da legalidade**. Referido princípio assume feição diversa da prevista para os particulares, uma vez que estes se movem por vontade própria na medida em que aos agentes públicos somente é facultado agir por imposição ou autorização legal.

E não se diga, conforme o fez a 4ª Câmara Criminal do TJSP, que “*se a lei admite o mais – oitiva da vítima –, admite evidentemente, o menos – **colheita das palavras da assistente de acusação***” (fl. 6826), pois tal formulação representa evidente afronta ao princípio da legalidade.

É nesse sentido que ensina o professor **LUIS ALBERTO BARROSO**²³: “*os indivíduos e pessoas privadas podem fazer tudo o que a lei não veda; os **Poderes Públicos somente podem praticar os atos determinados pela lei. Como decorrência, tudo aquilo que não resulta da prescrição legal é vedado ao administrador.***”

²³ Princípio da Legalidade, Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ: São Paulo, 1997, vol. 1, pág. 15-28.

Assim, em respeito ao princípio da legalidade, para ser tida como **válida** ou **legítima** a oitiva do assistente da acusação como testemunha **deveria haver, necessariamente, previsão legal no rol taxativo que lhe atribuisse tal função.**

Todavia, como vimos no início deste tópico, **não existe previsão legal que atribua ao assistente da acusação a faculdade de testemunhar em juízo.** Veja que existe a possibilidade do assistente da acusação “*requerer perguntas às testemunhas*”, todavia esta atividade não se confunde com a possibilidade de testemunhar. O direito de requerer perguntas do assistente da acusação restringe-se somente ao ato de **propor** perguntas às testemunhas. E só.

Aliás, exatamente por não haver previsão legal no rol taxativo de atribuições do assistente da acusação, é que o E. Tribunal de Justiça, em outros casos, já havia se manifestado contrariamente a oitiva do assistente como testemunha:

“Entre os direitos atribuídos ao assistente no art. 271 do CPP não se contempla o de poder ser ouvido como testemunha. Seria o mesmo que o representante do Ministério Público, a certa altura, sem afastar-se do processo, resolver prestar seu testemunho sobre fatos relacionados à ação delituosa.”²⁴

A bem da verdade, a figura da *testemunha* e do *assistente da acusação* são **antagônicas** no processo penal. Isso porque, conforme conceitua **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**²⁵, a testemunha é a “*pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade*

²⁴ RT 593/315, TJSP, 3ª Câmara, Rec. 31.163-3, Rel. **GENTIL LEITE**, citada na obra de **ALBERTO SILVA FRANCO** e **RUI STOCO**, Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, p. 1952/1953.

²⁵ Código de Processo Penal Comentado, 8ª Ed., São Paulo: RT, p. 449.

do ocorrido, agindo sob o **compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade.**"

Já o assistente da acusação "*exerce nitidamente o direito de agir, manifestando pretensão contraposta à do acusado.*²⁶" Vale dizer, o assistente da acusação age de forma **parcial**, defendendo os interesses da vítima que, na maioria das vezes, converte-se com o do órgão acusatório.

Outrossim, também é verdade, conforme menciona o acórdão recorrido, que no caso dos autos o juiz determinou que a oitiva da assistente da acusação ANA CAROLINA fosse "*feita sem a prestação de compromisso legal.*" (fl. 6826)

Contudo, a dispensa de prestar o compromisso legal em nada retira o caráter **ilegal** da oitiva da assistente da acusação, porquanto **não há lei que autorize a realização de tal ato**, seja compromissada ou não com o dever de falar a verdade.

Importa dizer, não há nenhum dispositivo no Código de Processo Penal que atribua ao assistente da acusação a faculdade de ser ouvido, mesmo que na condição de informante do juízo. Por esta razão, a oitiva de Ana Carolina foi praticada à margem da lei e, portanto, tida como **ilegal**.

Sustenta, por fim, o acórdão recorrido, que não haveria nulidade na violação do art. 271 do Código de Processo Penal, uma vez que – para que o ato fosse considerado nulo – necessária seria a comprovação de que "*as palavras da assistente de acusação foram consideradas essenciais pelos Srs. Jurados, motivando-os a inclinar por esta ou por aquela posição*" (fl. 6827), o que não teria sido observado no caso em tela.

²⁶ GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 8ª Ed., São Paulo: RT, p. 556.

Ou seja, para demonstrar a violação constitucional, simplesmente foi exigido da defesa **o impossível**. A esta altura, já nem mais nos surpreendemos. Afinal, para quem tem a decisão judicial nestes autos como resposta à sociedade, de fato, não se poderia esperar outra forma de tratamento do problema.

Nem a defesa, nem o magistrado, nem a acusação, nem ninguém algum dia irá conseguir demonstrar e comprovar o que, de fato, convenceu os jurados a adotarem esta ou aquela posição na sala secreta de votação. **Isto porque os jurados não fundamentam sua decisão**. Os jurados não expõem os motivos que os levaram a decidir de tal ou qual forma.

Por isso, a condição imposta pela decisão recorrida de que *“a defesa deveria comprovar que as palavras da assistente de acusação foram consideradas essenciais pelos Srs Jurados, motivando-os a inclinar por esta ou por aquela posição”* não tem qualquer cabimento e deve ser desprezada.

Todavia, no caso dos autos, como o feito teve grande acompanhamento da imprensa, é possível demonstrar que o depoimento da assistente da acusação **pôde** sim ter influenciado a decisão dos jurados.

Isto porque, durante o depoimento prestado pela assistente de acusação, **uma das juradas ficou visivelmente emocionada**. É o que se depreende da matéria jornalística vinculada à época do julgamento: : **“Mãe emociona júri e relata: Jatobá disse que tudo foi culpa de Isabella.”** (...) **“Seu relato sobre a morte da menina, em março de 2008, emocionou até uma jurada.”**²⁷

Inegável, portanto, o prejuízo causado à defesa dos recorrentes diante da colheita **ilegítima** da prova oral acusatória com base no

²⁷ http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100323/not_imp527955,0.php

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

depoimento da assistente da acusação.

Assim, diante de tudo o quanto exposto, temos que o depoimento prestado por ANA CAROLINA é **ilegal** ao violar o art. 271 do Código de Processo Penal, vez que a Lei **não faculta ao assistente da acusação a possibilidade de ser ouvido em juízo**. Dessa forma, diante de flagrante contrariedade ao dispositivo legal, o julgamento em que foram submetidos os recorrentes deve ser anulado para que outro seja proferido sem a oitiva da assistente da acusação.

VIII. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 159 CAPUT, INCISOS E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DA PRESENÇA DO ASSISTENTE TÉCNICO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO.

O acórdão recorrido viola, mais uma vez, dispositivo do Código de Processo Penal (art. 159), ao manter a decisão do juízo singular que aceitou a presença – ilegal – de assistente técnico na bancada da acusação, desrespeitando, mais uma vez, o princípio da legalidade.

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, foi introduzida no Código de Processo Penal a figura do assistente técnico, cuja atuação antes era prevista apenas na seara cível. Assim veio disposto o novel legislativo:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

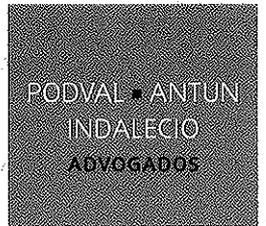
*(...) § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e **indicação de assistente técnico**.*

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIÓLO TOSI



(...) II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Percebe-se, portanto, que o Legislador atribuiu ao assistente técnico as seguintes funções: (i) a de **apresentar pareceres**, (ii) de ser **inquirido em audiência** e a (iii) de **examinar o material probatório que serviu de base à perícia**.

Pois bem, no caso dos autos, na fase do art. 422 do Código de Processo Penal, a assistente da acusação arrolou as testemunhas que pretendia ouvir em plenário, bem como indicou o médico JOÃO BAPTISTA OPITZ JUNIOR como assistente técnico (fl. 4610), sendo ambos os pedidos deferidos.

Juntamente dos peritos oficiais, da assistente da acusação e da defesa, o assistente técnico indicado acompanhou a exibição às partes do material probatório que serviu de base à perícia oficial, tudo tendo transcorrido na forma como preceitua o § 6º, do art. 159, do Código de Processo Penal (fls. 4618/4619).

Como após a exibição do material a assistente da acusação não requereu nem a oitiva de seu assistente técnico nem apresentou laudo por ele subscrito, a defesa supôs que o trabalho daquele auxiliar tinha se restringido àquela diligência. Ledo engano.

Ao iniciar a sessão de julgamento, a defesa foi surpreendida com a presença do médico JOÃO BATISTA sentado ao lado da advogada assistente da acusação. Prontamente a defesa requereu que “*ficasse consignado em ata seu protesto quanto à presença do Assistente técnico-perito da Assistente da Acusação na bancada destinada a Acusação em plenário, uma vez*

que tal perito não pode interferir ativamente durante o julgamento, **sendo a bancada destinada às partes habilitadas.**” (fl. 6339).

Não obstante inexistir atribuição legal para tanto, o magistrado tolerou a presença do assistente técnico na bancada destinada à advogada assistente da acusação nesses termos:

*“Com relação ao outro protesto formulado pela Defesa quanto à presença do Assistente técnico-perito na bancada da Acusação, **inexiste qualquer óbice legal para tanto pela sua só presença na bancada.** Evidentemente, a intervenção ativa do mesmo em plenário fica obstada, posto que reservada exclusivamente ao Promotor de Justiça e à Advogada contratada pela Assistente da Acusação, sendo que a atuação daquele profissional técnico dar-se-á apenas para orientar a Advogada na bancada, vedada qualquer intervenção do mesmo nos trabalhos em plenário”.* (fl. 6339)

Mais uma vez, percebe-se que a mesma fundamentação cotejada pela defesa para argüir a ilegalidade da presença do assistente técnico na bancada destinada à assistente da acusação, qual seja, a falta de amparo legal, foi igualmente utilizada pelo magistrado para se tolerar tal fato. Trata-se, portanto, de situação semelhante à narrada no tópico anterior.

Irresignada, a defesa argüiu a nulidade em sua apelação, apontando a evidente afronta ao art. 159 do Código de Processo Penal e a um dos princípios mais caros ao nosso processo penal: o princípio da legalidade.

Inobstante a manifesta ilegalidade na conduta do assistente técnico, o Tribunal *a quo* achou por bem manter a decisão do juízo de primeira instância. Decisão essa que, diga-se de passagem, não é baseada em qualquer fundamento legal!

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Conforme o acórdão recorrido:

“A mera e simples presença daquela pessoa na bancada destinada à acusação não tem o condão de, só por si, causar a nulificação dos trabalhos no plenário do júri” (fl. 6827).

Importa destacar mais uma vez que a 4ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo corroborou aqui com a ótica do magistrado de primeira instância (agente público), segundo a qual não havendo lei que o proíba de praticar algum ato, este estará juridicamente autorizado, já que inexistirá *“óbice legal.”*

Contudo, como visto, a atividade do Poder Público é norteada pelo princípio da legalidade. Quer dizer, aos agentes públicos só será **válida** ou **legítima** a atuação quando calçada em Lei, ao passo que para o particular é permitido desde que não haja óbice legal.

Vê-se que, não raro, o juiz confunde o seu papel enquanto agente público ao autorizar – obviamente que sempre a pedido da acusação – requerimentos que não encontram respaldo na Lei, tidos, portanto, como ilegais. Esse tópico é só mais exemplo.

Ainda em relação a essa questão, cumpre salientar o juízo *a quo* equivoca-se ao afirmar que a presença do assistente técnico foi autorizada sob a condição de que ele apenas manuseasse *“seu próprio equipamento eletrônico, já levado para a exibição de fotografias dos laudos periciais aos Srs. Jurados”*, conforme se lê do acórdão recorrido.

O que se lê, ao contrário, da decisão que deferiu a ilegal presença do perito na bancada da acusação, é que a sua função seria *“apenas”* de *“orientar a Advogada na bancada”* (fl. 6339).

Ora, se sequer a presença do assistente técnico junto

com a acusação poderia ser tolerada, dirá a sua função de “*orientar a Advogada na bancada*”!

Não obstante a absoluta inexistência de dispositivo legal que autorizasse referida conduta – **não estando ela prevista no art. 159 do Código Penal, portanto** - ela foi autorizada pelo juiz de 1ª instância e posteriormente corroborada pelo Tribunal *a quo*.

Assim, por inexistir artigo de lei que faculte ao assistente técnico indicado pela assistente de acusação lugar na bancada em plenário destinada à acusação é certo que sua permanência se deu de forma ilegal, violando, portanto, o art. 159, *caput*, incisos, parágrafos e alíneas do Código de Processo Penal. Desta forma, de rigor seja o julgamento anulado e os recorrentes submetidos a novo julgamento sem a presença do assistente técnico indicado pela assistente da acusação na bancada em plenário.

IX. A CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 121, § 2º, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL E 593, INCISO III, ALÍNEA “B” E §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM RAZÃO DO INDEVIDO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA OCULTAÇÃO.

A sentença proferida pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri e o acórdão recorrido prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contrariaram as disposições do art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal, referente à qualificadora do crime de homicídio pela suposta finalidade de ocultação de delito anterior.

Em primeiro lugar, diga-se, a questão versada não trata de revolvimento de matéria fática. **Ao contrário, diz respeito apenas a necessária correlação entre a sentença do juiz presidente do Tribunal do**

Júri com a Lei, em especial as disposições do artigo 121, § 2º, inciso V, do Código Penal.

Com efeito, o Conselho de Sentença supostamente reconheceu a mencionada qualificadora ao responder positivamente ao seguinte quesito de nº 6, constante da 1ª série de cada um dos recorrentes:

“6. O crime foi cometido para garantir a ocultação da esganadura anteriormente praticada contra a vítima, a qual já lhe havia provocado ferimentos?” (fls. 6.308 e 6.310)

Percebe-se, pois, que, segundo a decisão proferida pelo Conselho de Sentença **o homicídio de ISABELLA seria qualificado, pois cometido para ocultar a esganadura que teria sido praticada contra a vítima.**

Contudo, o juiz-presidente deveria ter descartado o referido quesito nº 6, ao invés de tê-lo apresentado para votação pelos jurados, ou desconsiderado a votação, vez que o mesmo é absolutamente contrário à Lei (*art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal*), que é clara em prever que a **ocultação somente pode ser de outro crime**. Explica-se.

Com efeito, consta do laudo necroscópico de fls. 630/652, que **a esganadura (asfixia) seria uma das causas da morte da vítima ISABELLA**. Em plenário, inclusive, esta conclusão constante do mencionado laudo foi confirmada pelo depoimento de um dos médicos legistas responsáveis por assiná-lo, o SR. PAULO TIEPPO: **“A causa da morte foi por asfixia mecânica e politraumatismo”**. (fl. 5935)

Diante de tais provas presentes nos autos, os jurados reconhecerem esse fato **ao votar positivamente** o primeiro quesito que lhe foi apresentado para votação, aquele de nº “1-A”, constante da 1ª série de cada um dos recorrentes, o qual está assim descrito:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUIZ FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DÁ LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

1-A) No dia 29 de março de 2008, por volta das 23:49 horas, na Rua Santa Leocádia, 138, apto 62, Vila Izolina Mazzei, nesta Capital, a vítima Isabella de Oliveira Nardoni, foi submetida a processo de **esganadura** que lhe ocasionou asfixia mecânica, por ação vulnerante de agente físico-mecânico, provocando assim os ferimentos descritos no laudo necroscópico de fls. 630/652, **sendo esta uma das causas de sua morte?** (fls. 6.307 e 6.309)

Vê-se, portanto, que **os jurados reconheceram a esganadura como uma das condutas que teria provocado o crime**. Assim, fica completamente **contraditória** a decisão segundo a qual o **homicídio de ISABELLA teria sido cometido para ocultar a esganadura praticada com o intuito de matar a vítima**.

Ora se a esganadura faz parte do homicídio, a decisão dos jurados acaba por afirmar ter sido o crime cometido para ocultar o próprio crime.

Justamente por tal razão que após os jurados terem respondido afirmativamente ao quesito de nº “1-A”, **o juiz-presidente deveria ter descartado o quesito nº 6**, diante da sua incompatibilidade com o que havia sido anteriormente decidido pelo Conselho de Sentença acerca da asfixia como causa da morte da vítima.

Ou, assim não procedendo, deveria o juiz-presidente ter **deixado de incluir na condenação dos recorrentes a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal**, diante da manifesta contradição entre a aplicação da referida qualificadora e a Lei que estabelece ser o crime qualifica quando cometido para ocultar outro crime e não o próprio.

Na ocasião da apelação dos recorrentes, tais insuperáveis contradições à legislação federal de regência do homicídio foram

apontadas pela defesa. Contudo, nesse ponto a apelação interposta restou não provida, a despeito da evidente presença dos vícios mencionados na sentença condenatória dos recorrentes.

Com efeito, prevê a qualificadora em questão, (disposta no § 2º, inciso V, do art. 121 do Código Penal), que o crime de homicídio é qualificado se cometido “*para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de **outro crime***”.

A lei é clara em usar a expressão “**outro**” delito. Para a configuração desta qualificadora, portanto, faz-se necessário que tenha sido cometido delito **autônomo** ao homicídio investigado, ou seja, **um delito que em nada se confunde com aquele previsto no art. 121 do Código Penal, que se está imputando.**

Nesse sentido, leciona **MAGALHÃES NORONHA** que “o *segundo crime não forma com o homicídio um delito complexo, isto é, um tipo resultante da fusão de dois ou mais tipos. O que há é conexão ou conexão entre eles. São delitos autônomos, presos por uma relação de causa e efeito ou de meio e fim*”.²⁸

Com efeito, se os jurados, de acordo com a prova técnica, decidiram que o processo de esganadura teria causado a morte de ISABELLA, é absolutamente contraditório que, depois, a sentença de primeiro grau e o acórdão recorrido decida ser esta esta esganadura um crime autônomo que servirá para qualificar o homicídio.

Há uma contradição lógica. Ou a esganadura não foi parte do homicídio ou, se foi, não pode ser considerada outro crime para servir à qualificadora em comento.

²⁸ Noronha, E. Magalhães, *Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1987-1988, p. cit. 24.

O Júri (soberano) decidiu que a esganadura fez parte do homicídio ao responder **positivamente** o quesito “1-A” que questionava se “a vítima Isabella de Oliveira Nardoni, foi submetida a processo de **esganadura** (...), **sendo esta uma das causas de sua morte?**” (fls. 6.307 e 6.309)

Se assim é, o juiz-presidente do júri, que, ao contrário dos jurados leigos, é conhecedor da Lei, não poderia ter reconhecido em sentença a qualificadora relativa à ocultação da esganadura, votada no quesito “6”²⁹.

Afinal, como já observado, **a referida qualificadora somente pode existir quando haja outro crime ocultado, o que não é o caso da esganadura, que não foi reconhecida como crime autônomo pelos jurados.**

A despeito da clareza incontestada de tais assertivas, as mesmas não foram reconhecidas pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Para tanto, o primeiro fundamento presente no acórdão recorrido foi a afirmação de que:

*“a defenestração da vítima resultou da tentativa de se ocultar as **diversas agressões precedentes** praticadas pelos recorrentes – **golpe com instrumento contundente, queda no piso do apartamento, asfixia mecânica** –, e que causaram àquela **inúmeras lesões** por todo o corpo, tais como corte na região da cabeça, ferimentos na bacia, vulva, pulso direito e pescoço”. (fls. 6.856)*

Ou seja, para o acórdão recorrido a ocultação não foi da esganadura foi de supostas outras lesões corporais.

²⁹ O crime foi cometido para garantir a ocultação da esganadura anteriormente praticada contra a vítima, a qual já lhe havia provocado ferimentos?” (fls. 6.308 e 6.310)

Contudo, tal posição esposada pelo acórdão recorrido **contraria o teor dos quesitos votados pelo Conselho de Sentença**, veredicto soberano que não poderia ser ignorado, mas sim seguido, pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Isso porque, como já demonstrado o quesito nº 6, votado positivamente pelo jurados, afirmou categoricamente que o homicídio teria servido para **ocultar somente a anterior asfixia, sem haver**, na decisão do Conselho de Sentença, **uma única menção a qualquer outra das supostas lesões corporais** que foram mencionadas pelo acórdão recorrido.

Lembremos do referido quesito: “O crime foi cometido para garantir a **ocultação da esganadura** anteriormente praticada contra a vítima, a qual já lhe havia provocado ferimentos?” (fls. 6.308 e 6.310)

Ora o quesito é claro em questionar aos jurados se o crime de homicídio foi adotado para garantir a ocultação da esganadura. Outros delitos quaisquer não constam do quesito. Outros supostos delitos mencionados pelo acórdão recorrido não foram quesitos. Repita-se, portanto, para que não reste dúvida: o quesito é expresso e absolutamente claro em dizer que a ocultação é da esganadura, somente.

Por isso, não pode a decisão recorrida pretender “maquiar” a situação dizendo que a ocultação teria sido de outros crimes que não a esganadura. Não foi essa a resposta que os jurados deram. Assim agindo o Tribunal *a quo* afastou-se da realidade apenas para deixar de reconhecer uma situação ilegal (contrária à Lei) a qual está submetida os recorrentes.

E, por outro lado, o quesito nº 1-A também deixa indubitoso que a decisão do Conselho de Sentença entendeu que a **referida asfixia foi causa da morte da vítima.**

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Sendo esse o textual conteúdo da decisão do Conselho de Sentença, não poderia o Tribunal a quo tê-la alterado indevidamente, como feito, para o entendimento de que o crime ocultado seriam lesões corporais não mencionadas nos quesitos (“*golpe com instrumento contundente, queda no piso do apartamento*”), além da caracterização da própria asfixia como anterior lesão corporal ao invés de como parte do homicídio.

E, da mesma forma, é preciso que se diga que está equivocado o segundo fundamento presente no acórdão recorrido para refutar a tese defensiva. Com efeito, também se argumentou no acórdão recorrido que a mencionada contrariedade à Lei teria sido apresentada a intempestivamente pela defesa. Leia-se:

*“Estivesse insatisfeita a defesa com a qualificadora e a forma como foi formulado o quesito a seu respeito, caberia a ela apontar seu inconformismo e registra-lo em ata, **ainda em Plenário**. Não pode agora, verdadeiramente a **destempo**, querer levantar o tema, para determinar-se novo julgamento popular”.*

Contudo, tal fundamento não se sustenta por uma razão bastante simples: a defesa não está inconformada com a forma como foi elaborado o quesito. A insatisfação da defesa é com a sentença do juiz togado que ao acatar tal posicionamento agiu de forma contrária à Lei, o que foi respaldado pelo Tribunal a quo.

O teor dos quesitos nº 1-A e nº 6 não são abstratamente incompatíveis, mas a incompatibilidade decorreu da aplicação concretamente dada a eles pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri na interpretação do veredicto do Conselho de Sentença.

Ora, no momento da elaboração dos quesitos, antes de submetê-los a votação, a presença de ambos era perfeitamente

possível: caso fosse respondido “não” para o quesito nº 1-A (que definiu a asfixia como causa da morte da vítima), de modo que se entendesse que a asfixia não foi parte do homicídio, **seria plenamente válido** que os jurados tivessem que responder o quesito nº 6 para definirem se a esganadura foi crime de lesão corporal anterior que o homicídio pretendeu ocultar.

Dáí porque **anteriormente ao início da votação pelo Conselho de Sentença os mencionados quesitos não eram incompatíveis entre si** e não deveriam ter sido impugnados pela defesa sob pena de preclusão.

Aliás, estando a qualificadora na pronúncia dos recorrentes era obrigatória a sua quesitação ao Conselho de Sentença. Não poderia contra isto ter-se insurgido a defesa.

Por outro lado, tendo os jurados votado **afirmativamente o quesito 1-A**, de modo que ficou definida a sua decisão de que a asfixia foi parte do homicídio da vítima, **o juiz-presidente deveria ter descartado, em sentença, o quesito nº 6**, diante da sua incompatibilidade com a resposta dada ao quesito 1-A.

Desse modo, equivocada a decisão do Tribunal *a quo* ao manter na condenação dos recorrentes a qualificadora referente ao homicídio praticado para ocultar “*outro*” delito que, na prática, era o mesmo homicídio,

A prática de “*outro crime*”, conforme mencionado pelo legislador no art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal, não se confunde com a prática de “*atos*” que, conjuntamente, resultaram no único crime de homicídio.

Conforme brilhantemente observado pelo jurista **NELSON HUNGRIA**, “*é de notar-se que o outro crime, em caso algum, forma unidade complexa com o homicídio. Há simples conexidade entre eles, devendo aplicar-se cumulativamente as penas respectivas (art. 51), e não somente*

*a do homicídio qualificado*³⁰.

Sendo nítida a necessidade da existência de delito autônomo para a configuração da qualificadora, e sendo a esganadura conduta inerente ao próprio crime de homicídio imputado aos recorrentes, certa é a desconformidade da sentença e do acórdão recorrido com a Lei.

Assim, a inclusão nas penas dos recorrentes da qualificadora consistente no homicídio praticado para ocultar outro crime, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é decisão absolutamente contrária ao texto expresso do art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal, bem como é absolutamente contrária ao que foi decidido pelo conselho de sentença no quesito nº “1-A”, presente na série de quesitos de cada um dos recorrentes, de modo que no acórdão recorrido há ofensa tanto ao mencionado artigo 121, § 2º, inciso V, do Código Penal, quanto ao artigo 593, inciso III, alínea “b” e §1º do Código de Processo Penal.

Por tal razão, requerem os recorrentes seja provido o presente recurso especial para que seja excluída das suas penas o aumento decorrente da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso V, do Código Penal.

X. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 347 DO CÓDIGO PENAL.

Como já exposto em tópico específico, o Conselho de Sentença condenou os ora recorrentes pelo delito principal, o homicídio e, ao mesmo tempo, por aquele previsto no artigo 347 do Código Penal, a fraude processual.

³⁰ Hungria, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, p. cit. 172.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÓA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Considerando a nítida desconformidade entre a sentença que condenou os apelantes ao cometimento do delito de fraude processual e a legislação penal, postulou a Defesa, em sede de apelação, fosse excluída a condenação pela prática de referido crime, com fundamento no artigo 593, inciso III, §1º, do Código de Processo Penal.

O Tribunal paulista, contudo, ao analisar a questão, afastou a tese defensiva, sob o seguinte argumento:

*“Enfim, não pairam dúvidas de que diversos **vestígios de sangue** encontrados no imóvel dos recorrentes foram **parcialmente removidos** por limpeza.*

*Demais disso, as provas juntadas aos juntos demonstram plenamente, também, que a **fralda de algodão – com manchas de sangue da vítima** apreendida na área de serviço do imóvel dos recorrentes, estava em **pleno processo de lavagem.***

(...) Dando mostras plenas e cabais de que tudo se fazia para ocultar todos os crimes anteriores.”

Independentemente da discussão quanto à existência ou não de base probatória para a imputação do delito de fraude processual aos apelantes – o que não é objeto do presente Recurso Especial –, o fato é que **não poderiam ter sido condenados pelo delito de fraude processual, já tendo sido responsabilizados pelo Conselho de Sentença pelo crime principal, no caso o homicídio.**

De fato, uma interpretação da sistêmica do nosso ordenamento não permite que se retire do artigo 347 do Código de Processo Penal outra conclusão. Mesmo dentro do sistema de um Código Penal de índole marcadamente autoritária como o Código Penal Brasileiro, consiste num disparate jurídico pretender punir o agente do crime principal, pelo delito de fraude processual.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Tal conclusão, aliás, se retira da própria origem da tipificação constante do art. 347 do Código Penal.

De fato, foi no Código Penal Italiano, de 1930, que o legislador brasileiro de 1940 se inspirou para trazer ao país a figura da “fraude processual”. A respeito do tema, o saudoso HELENO CLAUDIO FRAGOSO conta-nos:

“Surgiu este crime na legislação penal moderna com o código Rocco (art. 347), no qual inspirou-se o legislador brasileiro. Era até então desconhecido no direito italiano, embora não poucos autores se pronunciassem no sentido da incriminação do fato.”³¹

NELSON HUNGRIA, em seu clássico *Comentários ao Código Penal*, faz a mesma afirmação sobre a procedência do art. 347 do Código Penal Brasileiro:

“Inspirado no art. 374 do Código italiano, o dispositivo visa a coibir artificios tendentes ao falseamento da prova e, conseqüentemente, aos erros de julgamento.”³²

Está escrito naquele Código Penal - ficando evidente ter sido o tipo penal traduzido, literalmente, para compor o surgimento da fraude processual, como crime, no Brasil:

“374. FRODE PROCESSUALE. – [I]. Chiunque, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, AL fine di trarre in inganno il giudice in un atto d’ispezione [118, 258-260 c.p.c.] o di esperimento giudiziale [261 c.p.c.], ovvero il perito nella esecuzione di una perizia [61-64, 191-198 c.p.c.], immuta artificiosamente lo stato dei luoghi o delle cose o delle persone, è punito, qualora il fatto non sai

³¹ Lições de Direito Penal, 1988, p.549.

³² p. 495.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, con la reclusione da sei mesi a tre anni [375, 384].

[II]. La stessa disposizione si applica se il fatto è commesso nel corso di un procedimento penale, o anteriormente ad Esso; ma in tal caso la punibilità è esclusa, se si tratta di reato per cui non si può procedere che in seguito a querela [120], richiesta [8, 9, 10, 11, 12, 127, 313] o istanza [9, 10], e questa non è stata presentata [375, 384].”

Todavia, na Itália, existe, desde 1930, uma disposição clara de “**caso de não punibilidade**”, prevista no art. 384 do mesmo Código Penal:

*“384. (1) CASI DI NON PUNIBILITÀ. – [I]. Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, **374** e 378, non è punibile **chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto [307] da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell’onore.**”*

Como se vê, não obstante *inspirado* diretamente naquele ordenamento jurídico, o legislador brasileiro, lamentavelmente, deixou de trazer ao nosso ordenamento a norma prevista no artigo 384 do Código Penal Italiano que prevê (dentro da mais absoluta lógica, diga-se) que **não pode ser autor de tal crime aquele a quem é imputado o crime que se tenta “encobrir”**.

Apesar de não constar expressamente da legislação pátria o caso de não punibilidade na fraude processual, fato é que ele decorre de princípio comezinho do ordenamento penal pátrio e da garantia constitucional de que **ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo**; nenhum cidadão ou ser humano é obrigado a ser seu próprio algoz e, portanto, todos temos o direito de não nos auto-acusarmos.

Nesse cenário, já que, na visão do Conselho de

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Sentença, os recorrentes seriam os autores do delito de homicídio que vitimou ISABELLA, **não poderia se exigir destes qualquer dever de exibição dos vestígios da infração, caso contrário seria fazer letra morta da garantia constitucional anteriormente mencionada.**

Não é exigível, de acordo com os preceitos da Constituição Federal, que o acusado em lide penal forneça evidências à Polícia ou ao Órgão Julgador, que possam incriminá-lo.

Assim, se já seria forçoso reconhecer que com a pronúncia dos recorrentes pelo homicídio de Isabella, as condutas capituladas pelo *parquet* como fraude processual, traduziriam na verdade, nítido direito constitucional a não se auto-incriminarem, com muito mais razão nesse momento processual, tendo sido estes condenados por aquele delito principal (o homicídio).

Se quem, em tese, comete um crime, logo em seguida à ação, não pode mais esconder a prática criminosa (antes de qualquer interferência de qualquer órgão estatal, é importante que se diga), então, doravante, todo mundo é obrigado a se auto-acusar e, se não o fizer, comete outro crime: a fraude processual!

Portanto, a condenação dos recorrentes pelo delito de fraude processual, ainda que reconhecidas pelos jurados sua autoria e a materialidade, é ilegal, pois sendo estes, na visão do mesmo Conselho de Sentença, os autores do homicídio não seriam obrigados a produzir prova contra si mesmo.

Essa é a interpretação correta que o magistrado e o Tribunal *a quo* deveriam ter dado ao artigo 347 do Código de Processo. **Ao não o fazerem, mantendo a condenação dos recorrentes, violaram lei federal, dando ensejo ao presente Recurso.**

De outro lado, não se pode descuidar também do fato de que a leitura isolada do parágrafo do art. 347 do Código Penal torna a norma sem sentido. A remessa ao *caput* do artigo é, portanto, necessária, tornando essencial a existência, para configuração típica, de “*pendência de processo civil ou administrativo*”:

“Art. 347. Inovar, artificiosamente, na pendency de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.”

Fosse autônomo, o dispositivo seria *artigo* e não *parágrafo de artigo*; fosse não apenas autônomo, como também uma hipótese típica distinta, deveria conter a narração da conduta básica (a ação criminosa), e não apenas uma circunstância específica da intenção (enganar juiz ou perito), quanto ao lugar (o processo penal). Mas, se é *Parágrafo único*, do art. 347, do Código Penal, refere-se ao *caput* do art. 347, do Código Penal. **O Parágrafo único, já se vê, é simplesmente uma causa de aumento de pena do crime previsto no *caput*³³; não é crime autônomo.**

³³ Esta afirmação é encontrada já na mais básica, na mais elementar, doutrina penal, não sendo necessário recorrer a estudos aprofundados, ou digressões jurídicas complexas, até porque não parece havê-las, sobre esta questão. Assim, por exemplo, encontra-se em Damásio E. de Jesus (Direito Penal. Parte Geral, volume 1, Editora Saraiva, 19ª edição, p. 504/5) a seguinte e direta afirmação: “As causas de aumento e de diminuição da pena estão previstas na Parte Geral e na Parte Especial do CP. Quando descritas na Parte Geral, constituem circunstâncias legais genéricas; quando contidas na Parte Especial, são circunstâncias legais especiais ou específicas. São causas de fabulativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade etc.) (...) Na Parte Especial do CP encontramos as seguintes causas de aumento e de diminuição da pena: arts. 121, §§ 1º e 4º; 122, parágrafo único; 127; 129, §§ 4º e 7º; 133, § 3º; 135, parágrafo único; 141, I, 2ª figura (quando a ofensa moral não é praticada em público); 141, III, e parágrafo único; 146, § 1º; 150, § 2º; 151, § 2º (com a redação do art. 354, § 2º, do Dec.-lei n. 20.151, de 17-1-1951); 155, §§ 1º e 2º; 157, § 2º; 158, § 1º; 168, parágrafo

Nesse contexto, vale citar a lição de JOSÉ DE ALMEIDA

ASCENÇÃO:

“Nenhum preceito pode ser interpretado isoladamente do contexto. É natural que cada trecho duma lei surja como um momento do desenrolar lógico de um plano; não se coloca casualmente dentro daquele conjunto. Cada um dos números dum artigo só é compreensível se o situarmos perante todo o texto do artigo, cada artigo perante os que o antecedem ou imediatamente o seguem. Atender ao contexto é ‘situar’ uma disposição”³⁴

Assim, por determinação clara e direta contida no Código Penal, para realizar a hipótese típica, o agente há que cumprir o pressuposto objetivo expresso no *caput*: alterar provas (lugar, coisa ou pessoa), **na pendência de processo civil ou administrativo. A causa de aumento prevista no Parágrafo único faz com que, se a inovação produzida na pendência de processo civil ou administrativo, entretanto, estiver dirigida a induzir em erro, também o juiz em causa criminal, ainda que não**

*único; 170; 171, §§ 1º e 3º; 175, § 2º; 187, parágrafo único; 208, parágrafo único; 209, parágrafo único; 221; 226; 245, parágrafo único; 250, § 1º; 251, § 2º; 258; 263; 264, parágrafo único, in fine; 265, parágrafo único (acrescentado pela Lei n. 5.346, de 3-11-1967); 266, parágrafo único; 267, § 1º; 268, parágrafo único; 281, §§ 4º, 6º e 7º (de acordo com o art. 23 da Lei n. 5.726, de 29-1-1971); 285; 288, parágrafo único; 295; 296, § 2º; 297, § 1º; 299, parágrafo único; 312, § 3º; 317, § 1º; 332, parágrafo único; 333, parágrafo único; 334, § 2º; 339, §§ 1º e 2º; 342, § 2º; **347, parágrafo único**, e 357, parágrafo único.*

De observar-se que a doutrina também denomina as causas de aumento de pena previstas na Parte Especial do CP de “qualificadoras”. Também em Júlio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal. Parte Geral, volume 1, editora Atlas, p. 283) encontra-se a explicação do que seja uma causa de aumento de pena: “As causas especiais de aumento de pena, que também são consideradas qualificadoras em um sentido amplo referem-se a determinados delitos, fixando-se um aumento da sanção imposta ao crime simples em decorrência de sua existência no fato, tornado mais grave por essas circunstâncias (art. 123, parágrafo único, 146, § 1º, 150, § 2º, 155, § 1º etc.)”.

³⁴ in *O Direito – Introdução e Teoria Geral Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Ed. Almedina, 9ª edição, p. 396, grifamos.

iniciada, a sanção aplicada duplique.

É isso o que está escrito na lei federal: **prescinde-se do processo penal, jamais do processo, ou do procedimento administrativo e civil (elemento da hipótese típica, tal qual descrita no *caput*)**. Neste sentido a doutrina:

*“Fraude Processual qualificada pela natureza penal do processo (parágrafo único). Tipo objetivo: Relativamente ao caput, apenas difere o pressuposto. Aqui, a inovação, **na pendência de processo civil ou administrativo**, destina-se a produzir efeito em processo penal”³⁵*

Desse modo, para a configuração da causa de aumento prevista no parágrafo único, é necessário: i) que o agente tenha sido validamente citado em ação civil ou em procedimento administrativo, para que, dele tendo ciência inequívoca; ii) pretenda inová-lo (o processo civil ou administrativo), alterando suas provas, iii) **com o fim de produzir efeito em ação criminal**, ainda que futura.

Essa é a interpretação que deve ser dada ao artigo em comento. **No caso, certo é que sem procedimento de qualquer espécie o fato é atípico; simplesmente não se subsume à hipótese normativa da fraude processual, muito menos com a causa de aumento (e não o delito autônomo) do parágrafo único, do art. 347, do Código Penal sendo, nesse sentido ilegal a condenação dos recorrentes.**

Neste sentido também a jurisprudência:

*“FRAUDE PROCESSUAL – Requisito – **Pendência de processo civil ou administrativo** – Inocorrência – Fato imputado que ocorreu no momento do ajuizamento da ação – Interpretação do artigo 347 do Código Penal –*

³⁵ Celso Delmanto e outros, *Código Penal Comentado*, Ed. Renovar, 6ª. Edição, p. 714, grifamos.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Trancamento do inquérito policial – Ordem concedida” (TJ/SP, ementa 212570, JTJ 209/313, grifamos).

*“Consoante o artigo 347, parágrafo único (fraude processual), só ocorre **em fase de processo e não de inquérito policial**, além de não ter sido demonstrada eventual interdição criminosa do paciente mas, na verdade cessar hipotética irregularidade à época.” (TJ/SP - Rel. Marco Antonio - HC nº 422.770-3/1 - j. 04.06.2003, grifamos).*

*“FRAUDE PROCESSUAL – OCORRÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE: - A fraude processual, descrita no art. 347 do Código Penal, **é crime que contém requisito objetivo específico, aperfeiçoando-se unicamente na pendência de processo civil ou administrativo**, não sendo possível sua ocorrência no Inquérito Policial” (TACrim/SP, HC 437662/6, 15ª Câmara, Rel. Carlos Biasotti. Grifamos).*

*“Superficial leitura do parágrafo único do art. 347 do Código Penal **conduzir ao erro de supor que a fraude processual pode ter inquérito policial por cenário; mas é apodíctico que este procedimento não se define ontologicamente como processo**” (TACrim/SP, Rel. Corrêa de Moraes, BMJ 91/9, in Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 7ª edição, p. 4105. Grifamos).*

*“O delito de fraude processual não pode ter o inquérito policial por cenário, **pois este procedimento não tem natureza de processo administrativo**” (TACrim/SP, Julgados 77/98, in Celso Delmanto e outros, ob.cit., p. 715).*

E, mesmo se admitindo, muito hipoteticamente, a possibilidade de vida autônoma, independente, separada de um crime assim construído: “Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro”, de toda forma a essa hipótese normativa esdrúxula não poderiam ser condenados os recorrentes, ainda que tenham sido reconhecidas pelo Conselho de Sentença a materialidade e autoria

do delito.

Para assim concluir não é preciso analisar nenhuma prova dos autos, é preciso apenas interpretar os próprios dispositivos legais, como hipóteses típicas descritas no Código.

Para que essa afirmação fique evidente basta dizer que, fosse outra a conclusão, todo crime não imediatamente confessado, mostrado, exposto e revelado pelo seu agente estaria em concurso material necessário e inevitável com o crime de fraude processual. Afinal, todo crime se resolve perante a justiça criminal e, assim, todo crime não revelado e não confessado visa que dele não tenham conhecimento o juiz e o perito criminal.

Em outras palavras, o caso ora analisado nos leva a concluir, por analogia, que, segundo o entendimento esposado no Acórdão de fls. 6.794/6.901, quem furta e esconde a coisa furtada e disfarça o rompimento do obstáculo, teria que ser processado por furto e fraude processual; quem suprime ou reduz tributo, omitindo informação ou prestando informação falsa à autoridade fazendária no mesmo ato de fazer a declaração falsa, ou de não devolver imediatamente o dinheiro do pagamento do tributo, comete sonegação e fraude processual.

Quando o acusado, ao ser abordado por policiais militares, livra-se do bem roubado, por exemplo, ou de sua arma, estaria cometendo roubo e fraude processual.

Em resumo, a prosperar o cúmulo material da imputação de homicídio e de fraude processual chegaríamos ao cúmulo de afirmar que um crime nunca mais é um crime, mas sim dois crimes.

Evidentemente, se alguma autonomia for dada ao parágrafo único do art. 347 do Código Penal, é preciso partir da premissa de que

a hipótese típica só começa a se caracterizar para além dos atos de execução e do exaurimento do crime que se pretende encobrir (*post factum* não punível).

Claro está que os fatos aqui tratados não atendem, objetiva e subjetivamente, ao que está expresso no art. 347, Parágrafo único, do Código Penal. A conduta é atípica e **sua imputação aos recorrentes afronta clara e diretamente a lei federal.** Respeitar a lei, a técnica legislativa e o sentido dos dispositivos federais não é questão de liberdade de interpretação, **mas de legalidade estrita,** princípio fundamental do sistema jurídico pátrio.

Não tem nenhuma explicação perante nosso ordenamento penal afirmar que a limpeza de sangue do chão ou de uma fralda, pelos próprios agentes a quem se imputa o homicídio (porque assim foi reconhecido pelo Conselho de Sentença), seja mais um crime, o crime de fraude processual.

É nesse sentido, portanto, que se entende ilegal a condenação dos recorrentes pelo delito fraude processual.

Desta forma, cumpre a esse E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA reformar a decisão recorrida, anulando, diante do exposto, a condenação dos recorrentes no tocante ao crime previsto no artigo 347 do Código Penal.

XI. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL EM RAZÃO DE EVIDENTES EXCESSOS NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA.

Estabelecida a condenação dos recorrentes pelo

Conselho de Sentença, cabia ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri a fixação das penas, observando estritamente os parâmetros legais, a começar pelo artigo 59 do Código Penal, na fixação da pena-base.

No entanto, o que se verificou foi que o magistrado de piso, ao dosar a pena-base, talvez imbuído do clamor popular que norteou todo o processo, aumentou drasticamente a reprimenda dos recorrentes.

Com efeito, na primeira fase do cálculo das penas, o magistrado elevou a pena-base em 1/3 do mínimo legal, fixando-a em 16 (dezesseis) anos para ambos os recorrentes, por entender desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, as consequências do crime e suas circunstâncias (fl. 6318).

Todavia, ao se analisar cada um dos fundamentos utilizados pela sentença para concluir pelo caráter desfavorável dessas circunstâncias judiciais, verificou-se que, quando não se estava levando em conta características inerentes ao próprio tipo penal usado na condenação, o magistrado considerava circunstâncias agravantes como indicadoras negativas das circunstâncias judiciais.

Ou seja, o que a sentença fez, na verdade, foi utilizar os mesmos elementos e circunstâncias ora como agravantes da pena, ora na avaliação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, caso flagrante do repudiado bis in idem.

Verificando essa ilegalidade na fixação da pena-base, os recorrentes, em suas razões de apelação, destacaram cada uma das circunstâncias judiciais tidas como desfavoráveis, demonstrando, assim, o desacerto na exasperação da reprimenda.

O acórdão recorrido, entretanto, ao mesmo tempo em

que ignorou os argumentos postos pelos recorrentes em seu apelo, referendou as ilegalidades, adicionando mais fundamentos inidôneos às já ilegais justificativas da sentença, tornando, assim, as violações ao artigo 59 do Código Penal mais evidentes e extremas.

A fim de facilitar o exame de cada uma das violações ao texto do referido artigo de lei federal, examinaremos, abaixo, as circunstâncias judiciais separadamente.

XI.a) AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO DELITO.

Na sentença de primeiro grau, o magistrado afirmou que circunstâncias específicas do delito seriam desfavoráveis aos recorrentes:

“Com efeito, as circunstâncias específicas que envolveram a prática do crime ora em exame demonstram a presença de uma frieza emocional e uma insensibilidade acentuada por parte dos réus, os quais após terem passado um dia relativamente tranqüilo ao lado da vítima, passeando com ela pela cidade e visitando parentes, teriam, ao final do dia, investido de forma covarde contra a mesma, como se não possuíssem qualquer vínculo afetivo ou emocional com ela, o que choca o sentimento e a sensibilidade do homem médio, ainda mais porque o conjunto probatório trazido aos autos deixou bem caracterizado que esse desequilíbrio emocional demonstrado pelos réus constituiu a mola propulsora para a prática do homicídio”.

(fl. 6318).

Como se vê, para o magistrado de piso, o que torna as circunstâncias do crime negativas é a forma como praticado o crime, isto é, de “forma covarde”.

Ocorre que, como destacado nas razões de apelação, considerar-se a forma “*covarde*” como praticado um homicídio, nada mais é que nova avaliação de algo que já utilizado para se definir a própria qualificadora de impossibilidade de resistência da vítima.

Com efeito, a suposta “*investida covarde*” dos recorrentes contra a vítima foi objeto de uma das qualificadoras do crime pelo qual foram condenados, mais especificamente, a do emprego de meio que impossibilitou a defesa (surpresa na esganadura e lançamento inconsciente na defenestração), sendo que tal qualificadora foi convertida, na sentença, em circunstância agravante, aumentando a pena dos recorrentes.

Todavia, o acórdão recorrido ignorou solenemente esse argumento, reafirmando, a exemplo da sentença, que as circunstâncias do fato coincidentes com as descritas na qualificadora podem servir no sopesamento da pena, a título, agora, de circunstâncias do crime:

“No dia dos fatos, muito embora tenham tido, aparentemente, um dia tranqüilo com a vítima e os filhos em comum, os réus resolveram, já próximos ao momento de descanso das crianças, investir contra aquela, agredindo-a, arremesando-a ao chão, sufocando-a e, por fim, defenestrando-a.

(...)

Conduta verdadeiramente covarde, gratuita e desnecessária, a revelar, por sem dúvida, personalidades deformadas e índoles perversas.

A demonstrar, então, a culpabilidade, a personalidade dos réus e as circunstâncias do delito, que possibilitam plenamente, com fundamento no art. 59, ‘caput’, do Cód.Penal, a exasperação das penas de ambos os réus.”(fls. 69/70 do acórdão)

Ora, se os recorrentes receberam incremento de 1/8 (um oitavo) na pena justamente pela presença da qualificadora (convertida em

circunstância agravante) do meio que impossibilitou a defesa da vítima, não pode o mesmo fato ser considerado, também, na valoração das circunstâncias específicas do crime; estas, por óbvio, só podem dizer respeito a elementos não valorados pela lei.

O procedimento adotado pelo magistrado e referendado pelo Tribunal *a quo* configura o odioso *bis in idem*, repellido pela jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, INCISOS I E III, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. BIS IN IDEM. CONCURSO DE DUAS QUALIFICADORAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP e o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada (Precedentes do STF e STJ).

*II - Além disso, no caso em tela, ambas qualificadoras acolhidas pelos jurados, **uma que ensejou o tipo qualificado e a outra considerada como agravante, foram também consideradas para a majoração da pena-base, configurando, assim, repudiável bis in idem.***

III - Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do Código Penal, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea e da Lex Fundamental), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP). (Precedentes do STJ e do STF).

IV - Redimensionada a pena, devem ser decotados da pena-base os acréscimos realizados, mantido, na segunda fase, o aumento imposto pelo reconhecimento da agravante inserta no art. 61, II, d do CP.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIÓLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*Recurso especial provido.*³⁶

Da mesma forma, ao se afirmar, na sentença e no acórdão, que os acusados agiram “*como se não possuísem qualquer vínculo afetivo ou emocional*” com a vítima, vê-se que, além de tal consideração não ter qualquer relação com as circunstâncias do crime, essa mesma circunstância foi considerada quando se agravou a pena do recorrente em razão da paternidade.

Se de fato se ignorou “*vínculo afetivo ou emocional*” para a realização do crime, temos que isso não é uma circunstância do delito, mas sim, próprio pressuposto para sua consumação, posto que não se pratica crime contra um familiar, sem antes ignorar vínculos afetivos ou emocionais.

Ademais, o “*vínculo afetivo ou emocional*”, nesse caso, advém da própria paternidade do recorrente em relação à vítima, circunstância essa utilizada para aumentar sua pena no altíssimo patamar de um 1/3 (artigo 61, inciso II, alínea ‘e’, do Código Penal), sendo injusto e totalmente ilegal que o mesmo elemento seja usado, também, a título de circunstância do crime, para aumentar a pena-base.

Portanto, temos que a decisão de primeiro grau e, igualmente, o acórdão recorrido, empregaram, na majoração da pena-base dos recorrentes, a pretexto de valorar as circunstâncias específicas do delito, elementos também utilizados para aumentar a pena a título de circunstâncias agravantes, em clara violação ao artigo 59 do Código Penal.

XI.B) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

Nova violação ao artigo 59 do Código Penal é

³⁶ STJ – Resp 1.034.257/SE

encontrada nas considerações, feitas pelo magistrado de piso e reafirmadas pelo Tribunal *a quo*, acerca das consequências do crime.

É que a sentença, embora considere o sofrimento dos familiares do ofendido como efeito normal de um homicídio, afirma, por outro lado, que, no caso, a mãe da vítima experimentou “*angústia acima do normal*”, haja vista “*se encontrar, dois anos após os fatos, em situação aguda de estresse (...) face ao monstruoso assédio a que a mesma foi obrigada a ser submetida*”.

Na apelação, os recorrentes afirmaram que, por consequências do crime, dever-se-ia considerar apenas aquelas extraordinárias – isto é, aquelas que não são naturais de um homicídio e, por isso, não previstas pelo legislador na estipulação da pena abstrata.

Da mesma forma, alegaram que o grande interesse da mídia no caso (interesse sensacionalista, na maioria das reportagens), que dentre inúmeros casos de homicídio escolheu esse para divulgar e explorar, não pode ser atribuído aos recorrentes, sendo certo que a Polícia e o próprio Ministério Público, por diversas vezes, preocuparam-se mais com a publicidade do que com a intimidade da mãe da vítima.

Salientaram, inclusive, que a genitora da vítima foi ouvida como testemunha no processo a pedido do Ministério Público, e não da defesa dos recorrentes.

Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar a apelação, manteve a exasperação da pena pelas consequências do delito, perfilhando a justificativa do assédio da imprensa à mãe da vítima e adicionando a essa, também, circunstâncias do próprio fato. Vejamos.

Afirma o acórdão recorrido que a mãe da vítima teria experimentado sofrimento “*incomum*”, não só em razão do fato em si, mas da

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIÉL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLÓ TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“gigantesca – e até desnecessária – cobertura da mídia sobre o triste e lamentável episódio que envolveu a morte de sua querida filha” (fls. 70/71 do acórdão).

Como já afirmado em sede de apelação, os recorrentes só poderiam ter sua pena-base agravada se as consequências do crime pelo qual foram condenados extrapolassem aquelas normalmente produzidas pelo delito.

É que, como conhecimento geral, todo crime gera consequências, tanto no mundo normativo quanto no fenomênico. Exatamente por isso, ou seja, pela lesividade do fato, estipula o legislador uma punição para aqueles que o praticarem.

Assim, se ao praticar uma conduta descrita em lei, o indivíduo ofender um bem jurídico (com lesão ou perigo de lesão), incorrerá nas penas estipuladas. Essas penas, naturalmente, abraçam todas as consequências naturais que advêm do delito, correspondentes ou não ao bem jurídico tutelado.

Citemos um exemplo: quem mata alguém não só gera danos ao bem jurídico “vida” de outrem, mas acarreta uma sequência de resultados acessórios, como o trauma e o sofrimento dos familiares da vítima, eventual prejuízo financeiro a terceiros dependentes, indignação dos conhecidos do falecido *etc.* Todas essas são consequências naturais de um homicídio, e que são previstas pelo legislador na estipulação da pena abstrata, de sorte que jamais pode o magistrado alegá-las a fim de exasperar a pena-base, elevando-a acima do mínimo legal.

No caso, o que se tem são fatos posteriores praticados por terceiros e sem relação de causalidade suficiente com o resultado do crime.

Assim, o assédio da imprensa à mãe da vítima e, muito menos, o sofrimento que tal assédio tenha causado a esta, não é algo que possa ser atribuído ao comportamento dos recorrentes ou ao delito pelo qual

foram condenados, senão à própria imprensa, que não respeitou os limites da privacidade inerente ao luto.

Toda a irracionalidade vista nos últimos dois anos que precederam o julgamento, culminando com a presença de inúmeros populares nas portas do Fórum Criminal de Santana, todos eles ansiando pela crucificação dos recorrentes e destes defensores (um deles que, como amplamente divulgado, foi agredido no local), não foi culpa da conduta dos réus, mas sim, da pré-existente e crescente insatisfação popular com o que denominam “impunidade”. Ora, convenhamos, imputar aos recorrentes a culpa pelas consequências exageradas da imprensa e da população é ignorar o que verdadeiramente motivou a comoção social gerada no caso.

O assédio da imprensa, a publicidade opressiva da mídia sobre o caso, só teve a agravar a situação dos recorrentes. Não bastasse entrarem em um julgamento em que já se sabia o desfecho desde há muito tempo (injusto, portanto), ainda acabaram por ser responsabilizados por todo o clamor popular, que, segundo a decisão judicial, provocou enorme assédio à mãe da vítima.

O mesmo se diga do estresse sofrido pela mãe da vítima com o julgamento, o qual culminou, como disse o magistrado de piso, na elaboração de laudo psiquiátrico. Com efeito, é bom que se frise a mãe da vítima foi arrolada pela acusação. Isto é, somente compareceu ao julgamento e se expôs ao enorme estresse (segundo expressões da sentença) por exclusiva responsabilidade da acusação.

Enfim, o sofrimento da mãe da vítima é consequência ínsita ao delito de homicídio, já tendo sido prevista e valorada pelo legislador ao decidir pelos patamares de pena justos ao delito.

Nesse sentido, cumpre mencionar a orientação

jurisprudencial:

- RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL.

VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619.

- TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE DO JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA.

- CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVAS INDISPENSÁVEIS. MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

- INFLUÊNCIA DA MÍDIA E INVOCAÇÃO DE PARCIALIDADE DOS JURADOS.

MATÉRIA PROBATORIA INVIÁVEL NA VIA EXCEPCIONAL.

- CONTRARIEDADE À PROVA. QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE.

IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS.

- FORMULAÇÃO DE QUESITOS. COMPLEXIDADE. APONTAMENTO NA ATA DE JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. INVIABILIDADE DE CONSTATAÇÃO. RESPOSTAS ADEQUADAS. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ORALIDADE.

- CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONSIDERAÇÃO PELO JÚRI. MATÉRIA DE PROVA QUANDO NÃO VISÍVEL A CONFISSÃO DO RÉU PERANTE O CONSELHO DE SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS.

- QUESITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE QUESITO OBRIGATORIO ACERCA DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO RÉU. OMISSÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE ANOTAÇÃO NA ATA.

- DOSIMETRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXASPERAÇÃO INDEVIDA NO TOCANTE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE.

1. Os embargos declaratórios não se prestam a responder a totalidade das dúvidas suscitadas pelas partes, mas a sanar os vícios constantes do acórdão, que no caso se mostraram inexistentes.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALÉCIO GAMBÔA
MÁRCÉLO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARJANA TUMBIÓLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALÉCIO
ADVOGADOS

2. Segundo reiterado entendimento desta Corte, a inexistência do trânsito em julgado da sentença de pronúncia não é motivo suficiente para impedir o julgamento pelo Júri se a discussão encontra-se em sede excepcional.

3. A não produção de prova testemunhal requerida e inicialmente deferida, caso não produzida, não torna nulo o processo se a parte deixa de alegar o cerceamento em momento oportuno.

No caso, a pretensão oitiva da ex-esposa do réu na fase do juízo de acusação restou inviável com a sobrevinda da sentença de pronúncia, anterior à qual a parte não insistiu na diligência e na comprovação de sua imprescindibilidade.

4. Discussões extra-processo, como a que diz respeito à influência da mídia no julgamento pelo Júri, dependem do exame de prova, situação incabível em sede de especial, que também se afigura inócua ao intuito de consagrar eventual passionalidade dos jurados.

5. Uma vez compreendendo a qualificadora do motivo torpe a tudo o que foi projetado pela acusação e aceito pela sentença de pronúncia e pelo Conselho de Sentença, resta impossível afastá-la ou mesmo consignar a contrariedade à prova dos autos sem um mínimo de incursão no material cognitivo, o que, como dito, é defeso esta Corte realizar, ex vi do enunciado 7.

6. A complexidade da quesitação deve ser vista ante o postulado da oralidade que rege o julgamento do Tribunal do Júri, de modo que somente se concebe nulidade se houve a devida anotação na ata de julgamento.

Se pelas respostas dos jurados não se concebe a dita complexidade, não se há por conceber a alegação pura e simples de nulidade.

7. Não se mostrando, de pronto, pela simples leitura, a ausência de quesito obrigatório acerca da tese defensiva, não se pode atestar a existência de nulidade absoluta sem a constatação de apontamento na ata da sessão.

8. Representando a individualização da pena o ponto culminante da resposta penal, resta imprópria aceitar fundamentos externos ao fato delituoso, como o que se referiu o juiz do caso às consequências do crime.

9. A atenuante da confissão, uma vez reconhecida, deve ser concebida de forma preponderante, tendo a mesma equivalência, na espécie, da

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUIS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDÁ DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

agravante do motivo torpe.

10. Recurso especial parcialmente provido pelo voto médio da Relatora, apenas para redimensionar a reprimenda penal ao quantum de 15 anos de reclusão.

(REsp 1012187/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 20/10/2008)

Afirma o acórdão, também, que “(...) **sofre gravíssimo sofrimento** [sic] **aquela que confia a guarda e cuidado de sua própria filha, ao pai e madrasta da infante e que, ao invés de zelarem pelo crescimento e bem-estar daquela, preferem agredir, esganar e defenestrar a criança (...)**” (fl. 71 do acórdão).

Como se vê, o acórdão recorrido entende que circunstâncias do crime e características inerentes ao próprio tipo penal (*cometido por meio cruel, com impossibilidade de resistência pela vítima, para assegurar a ocultação de outro crime, contra criança menor de 14 anos e contra descendente*) aumentaram o sofrimento da mãe da vítima, de forma que as consequências do crime ultrapassam aquelas tidas como comuns a fatos semelhantes.

Esquece, porém, o acórdão, que todas essas circunstâncias e características inerentes ao homicídio qualificado alteraram as penas abstratamente cominadas para o crime de homicídio simples e que, tal alteração, por óbvio, leva em conta, também, o fato das consequências de crimes dessa natureza serem mais gravosas que aquelas advindas de homicídios simples.

Grosso modo, se se pretende possível mensurar o sofrimento de uma mãe que perde seu filho num homicídio, as penas abstratamente previstas para o homicídio qualificado pressupõem que o sofrimento será maior, se comparado com a dor causada pelo homicídio simples.

Portanto, como aos recorrentes se impôs condenação por homicídio triplamente qualificado, as penas abstratamente cominadas, expressivamente maiores que a de um homicídio simples, já estavam a abarcar a idéia de que o sofrimento à genitora da vítima foi expressivamente maior que casos de homicídio não qualificados.

Dessa forma, como o sofrimento da mãe da vítima é consequência ínsita ao delito de homicídio pelo qual os recorrentes foram condenados, já tendo sido prevista e valorada pelo legislador ao decidir pelos patamares de pena justos ao delito, temos que o aumento da pena a título de consequências do crime, no caso, constitui violação ao artigo 59 do Código Penal.

XI.c) A PERSONALIDADE DOS RECORRENTES.

Outra violação ao artigo 59 do Código Penal se deu com as considerações negativas tecidas a respeito das personalidades dos recorrentes, de modo a lhes aumentar a pena-base.

Segundo o magistrado de primeiro grau, a prática do homicídio, da maneira como executado, denotaria *“frieza emocional”* e *“insensibilidade acentuada”*, confirmando o quadro de *“desequilíbrio emocional”* dos recorrentes, *“mola propulsora para a prática do homicídio”*.

Nas razões de apelação, os recorrentes demonstraram que todo crime denota, em maior ou menor escala, algum desvio na personalidade do executor, uma vez que depende, para sua execução, da superação de barreiras morais. Não por outro motivo, denomina-se o delito de *“desvio punível”*.

Assim, como isso faz parte de todos os delitos, já

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

tendo sido levado em conta pelo legislador quando da cominação abstrata da pena, só é possível ao julgador se debruçar sobre a personalidade do agente quando essa demonstra seu alto grau de **autodeterminação**.

Não é outra a posição doutrinária, que, no pensamento de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, entende que a personalidade, “com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente”.³⁷

Em outras palavras, a personalidade será tida como desviada sobremaneira, ensejando maior rigor na punição, apenas quando o grau de autodeterminação do agente estiver em patamares que permitam concluir que esse transpõe com facilidade as barreiras de conduta que a moral social lhe impõe, pois dessa forma o indivíduo se mostra mais propenso à delinquência.

Como resultado, jamais se pode considerar deturpada a personalidade de um sujeito que pratica um delito por conta de um lapso psíquico, único numa vida de respeito às regras penais de conduta.

Nesse caso, por mais importante que seja o bem jurídico violado, **o que determinará o olhar negativista sobre a personalidade do agente não é a ofensa grave em si, mas a certeza e predisposição com que esse decide praticar o ilícito.**

No presente caso, os recorrentes conduziram toda a sua vida pautando-se pelo estudo, pelo trabalho, pelo respeito à família e, sobretudo, pela observância das regras penais de conduta. **Nada, absolutamente, em sua conduta, indica a propensão à delinquência.**

³⁷ *Idem*, p. 710.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Não obstante toda essa argumentação, o acórdão recorrido, mais uma vez, deixou de tecer qualquer consideração sobre a manifestação da defesa, reiterando o entendimento expresso pelo juiz de primeiro grau na sentença, como se vê nos excertos abaixo:

“Ambos, importante que se diga, por demais emocionalmente desequilibrados, como bem justificou a origem.

De fato, Alexandre é agressivo e insensível, **tanto por querer resolver seus problemas por meio de brigas e ameaças – tal como fizera com o primo e avó materna da vítima, respectivamente – como por querer educar seu filho – Pietro – à base da violência.**

Anna não estava muito distante de seu marido nesse quesito, já que com ele discutia sempre, e sempre pelo mesmo motivo – ciúmes nutridos contra a genitora da vítima.

Chegou até a ferir-se em uma das tantas brigas com Alexandre.

Tamanho o desequilíbrio, frise-se, por ela ostentado.

Embora residentes há pouco tempo no edifício palco dos fatos, Anna e Alexandre já eram bastante conhecidos na vizinhança, especialmente a voz daquela, destaque dos constantes entreveros entre o casal.

No dia dos fatos, muito embora tenham tido, aparentemente, um dia tranqüilo com a vítima e os filhos em comum, os réus resolveram, já próximos do momento de descanso das crianças, investir contra aquela, agredindo-a, arremensando-a ao chão, sufocando-a e, por fim, defenestrando-a.

Ao constatarem a gravidade das lesões sofridas pela vítima, e sua iminente morte, não se importaram minimamente com aquela, sua agonia e dor.

Tudo o que fizeram foi buscar eximir-se da responsabilidade pelo ato aos chocados e estarrecidos vizinhos, assim como o fizeram perante a Autoridade Policial, imputando-a a um suposto ‘ladrão’.

Conduta verdadeiramente covarde, gratuita e desnecessária, a revelar, por sem dúvida, personalidades deformadas e índoles perversas.

(fls. 69/70 do acórdão – grifamos e sublinhamos)

Na passagem do acórdão reproduzida acima, grifos e sublinhados têm mais do que a natural serventia de chamar a atenção do leitor para determinadas trechos. Aqui, institui-se uma espécie de código, em que grifos dizem respeito a depoimentos pinçados dos autos. Já os sublinhados referem-se à descrição dos fatos pelos quais foram condenados os recorrentes.

Tudo o quanto consta dessa passagem do acórdão (grifados e sublinhados), relaciona-se à tentativa vã e pueril de construção de um perfil psicológico dos recorrentes.

Como se vê pelos grifados, o acórdão, pinçando passagens de depoimentos dos autos, tenta obter elementos para dar suporte às suas conclusões e às da sentença sobre a personalidade de Alexandre e Anna Carolina.

Mesmo que a “personalidade”, nos termos do artigo 59 do Código Penal, fosse o “perfil psicológico”, em relação a Alexandre, o acórdão só consegue extrair episódios de supostas brigas com a família da ex-mulher ou uma pretensa agressão ao filho Pietro. Com relação à Anna Carolina, menos ainda, afirmando apenas que esta gritava e brigava com o marido.

O restante – e principal parte – do perfil psicológico vem da descrição dos fatos pelos quais foram condenados os recorrentes, que está sublinhado no trecho acima.

Com base nisso, tem-se a conclusão do acórdão: **“personalidades deformadas e índoles perversas”**.

Parece óbvio que não são desentendimentos entre familiares que subsidiam a conclusão do acórdão. Ou seja, até mesmo para psicanalistas de ocasião, brigas e desentendimentos sem qualquer gravidade ou

relevância não servem para se concluir que uma personalidade é deformada e perversa.

Como resta claro, o Tribunal *a quo*, a exemplo do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, valeu-se da descrição e qualificação do homicídio para definir a personalidade dos recorrentes.

Assim, definiu-se a personalidade dos recorrentes pela prática de um homicídio contra criança menor de 14 anos e descendente de um dos acusados, praticado para assegurar a ocultação de outro crime, por meio de asfixia e sofrimento intenso, com surpresa na esganadura e lançamento inconsciente na defenestração. Isto é, a personalidade é dada por tudo aquilo que já foi considerado para agravar a pena.

Por certo, além dessas circunstâncias não poderem ser usados para se definir a personalidade dos recorrentes, sob pena, mais uma vez, de *bis in idem*, é cediço que outros são os elementos utilizados para sua configuração.

Nas palavras de MIGUEL REALE JR., o “*agente será mais ou menos reprovável se, na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo*”³⁸.

A conduta dos recorrentes, conforme toda a discussão travada no processo, **não demonstra qualquer traço de premeditação, autodeterminação ou personalidade voltada ao crime.**

³⁸ *Instituições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.85.

Prova disso é que, em momento algum, trouxe a acusação um motivo que teria ensejado o crime, senão procurou defini-lo como o produto da conduta de pessoas desequilibradas emocionalmente. **Desequilíbrio emocional que, diga-se, conduz antes à impulsividade que à premeditação e à autodeterminação, estas sim, condutas típicas de personalidades voltadas ao crime.**

Não pode o disposto no artigo 59 do Código Penal ser interpretado de forma a dosar a pena sob o viés da culpabilidade de autor. Se a conduta dos agentes demonstra, na visão equivocada do juízo, “*frieza emocional*” e “*insensibilidade acentuada*”, ou na do acórdão, “*indoles perversas*”, isso já está embutido nas disposições penais imputadas aos recorrentes.

A punição à personalidade que não se ajusta ao convívio social e que, por isso, resultou na prática de um delito, já está devidamente valorada pelo legislador. É, portanto, circunstância legal, e não judicial, não podendo o juiz considerá-la na fase de fixação da pena-base, por mais que a afronta ao bem jurídico choque a ele e ao “*sentimento e a sensibilidade do homem médio*”. Afinal de contas, qualquer ato criminoso, por si só, choca o homem médio, e mesmo assim não deve resultar na exasperação da pena, mesmo porque tais condições já são prevista como constitutivas do tipo, agravantes e causa de aumento de pena.

Aliás, mesmo que essa condição peculiar da personalidade dos recorrentes tenha eventualmente constituído a “*mola propulsora*” do delito, tal fato não merece militar em desfavor deles quando da análise de sua personalidade. Pois, se delinquiram, em nada diz com o fato a constatação de que delinquiram em razão de sua personalidade desviada.

O que se pune, no direito penal, é a conduta culpável, e não a personalidade, como ensina ZAFFARONI:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“Já tivemos a ocasião de manifestarmo-nos abertamente contra a culpabilidade de autor (...). Temos visto que a culpabilidade de autor é um engenhoso truque para burlar o princípio da legalidade, reprovando ao homem condutas que não estão proibidas, o que implica no absurdo de reprovar-lhe uma carga genética. A culpabilidade de autor é a reprovação ao que o homem é e não ao que o homem fez, inadmissível em um direito penal que proíbe condutas e não personalidades. Com ela se quer atacar todo o projeto existencial de um homem e não só aqueles aspectos de sua realização que afetam bens jurídicos alheios”.³⁹

De fato, a correspondência entre o fato e a personalidade do agente em nada diz com a questão da culpabilidade do ato. A única característica pessoal que influi nessa é, como já ventilado, a autodeterminação do agente na execução do crime.

Portanto, pela inidoneidade dos elementos usados para definir a personalidade dos recorrentes, em evidente *bis in idem* com elementos inerentes ao tipo penal e caracterizadores das circunstâncias agravantes empregadas, temos configurada, mais uma vez, a afronta ao artigo 59 do Código Penal.

XI.d) A CULPABILIDADE DO FATOS.

Por fim, a sentença de primeiro grau considerou acentuada a “culpabilidade” dos recorrentes, o que demandaria maior reprovabilidade da conduta desses, “à altura que o crime e os autores do fato merecem”, não adicionando qualquer outro fundamento.

Na apelação, os recorrentes lembraram que a

³⁹ *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 702.

culpabilidade não é um elemento independente, dentre as oito circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do Código Penal, mas sim, um conceito que engloba todas as circunstâncias gerais que tornam o fato mais ou menos reprovável sob a ótica penal, de sorte que se torna inviável sua análise de *per si*.

Nesse contexto, os elementos aqui ventilados, tais como as consequências e circunstâncias do delito, a personalidade dos recorrentes, bem como circunstâncias outras, como os motivos, antecedentes e conduta social, são os componentes da culpabilidade.

Nas palavras de MIGUEL REALE JÚNIOR, um dos autores do anteprojeto que redundou na parte geral do Código Penal atual:

“O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito.

São, portanto, especificações do termo genérico ‘culpabilidade’, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.”⁴⁰

Assim, o termo *culpabilidade*, previsto no artigo 59 do Código Penal, não poderia ser tido **como um critério em si mesmo, para fins de aumento da pena-base.**

O acórdão do Tribunal *a quo*, porém, como tem sido a tônica nesse capítulo, não repercutiu os argumentos da defesa, preferindo fazer coro à sentença, afirmando, laconicamente:

“A demonstrar, então, a culpabilidade, a personalidade dos réus e as

⁴⁰ *Instituições*, p. 84.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUIS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLÓ TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

circunstâncias do delito, que possibilitam plenamente, com fundamento no art. 59, 'caput', do Cód.Penal, a exasperação das penas de ambos os réus".
(fl.70 do acórdão)

A simples menção do termo “culpabilidade”, tanto no acórdão como na sentença, sem que nenhuma outra consideração seja feita, leva-nos a duas possibilidades: (i) ou Juiz e Tribunal acreditam que a culpabilidade é uma circunstância em si, distinta das demais; (ii) ou a menção é apenas pedagógica, como que para evidenciar que a culpabilidade, citada em primeiro, abarca as demais circunstâncias judiciais, citadas logo em seguida.

No primeiro caso, se se acredita que a culpabilidade é uma circunstância judicial em si, além do erro evidente na interpretação do artigo 59, temos que sentença e acórdão deixaram de defini-la e, ainda, de demonstrar porque ela seria, no caso, negativa.

Na segunda hipótese, se a menção foi pedagógica, maior consequência não há, haja vista que, se as demais circunstâncias foram negativamente valoradas em clara violação à lei federal, temos que seu conjunto – a culpabilidade –, obviamente também o foi, não podendo assumir valor distinto daqueles de seus elementos constitutivos.

A primeira hipótese, portanto, é a que se ataca no presente recurso, pois constitui evidente afronta ao artigo 59 do Código Penal a consideração, isolada, da culpabilidade, como uma circunstância judicial autônoma.

Nesse sentido, temo o seguinte julgado:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE FALSO. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MOTIVO DE LUCRO. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA NO FALSO. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTIDADE DE PAPÉIS. AUMENTO NO

MÍNIMO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A culpabilidade, à qual se refere o art. 59 do CP, não pode ser interpretada como mera circunstância judicial autônoma, senão como categoria do delito e medida da pena, de modo que ela é o todo, que abrange todas as demais circunstâncias contidas no art. 59 do CP e, até mesmo, nas demais circunstâncias agravantes e atenuantes, e nas causas de aumento e diminuição, porquanto elas devem ser levadas em consideração como medida da culpabilidade. Ou seja, contribuem para o exame da menor ou maior reprovabilidade da conduta delituosa, de acordo com a verificação das suas presenças.

II - O fato de o agente ter optado por atuar em uma determinada região porque nela seria mais fácil praticar determinado crime, pode até repercutir em maior culpabilidade, mas sim porque essa opção constituiria circunstância específica – também prevista no art. 59 do CP - com que o crime foi praticado, ligada à preparação e execução mais preordenada da conduta. Inexistência de relação entre o argumento do MPF, de que Volta Redonda e seus arredores seriam locais mais propícios às fraudes contra o INSS e as falsidades que o acusado teria escolhido ali praticar.

III - A existência de grande quantidade de documentos falsificados é um indicativo de que, se o acusado não fazia disso sua profissão, pelo menos demonstrava forte potencial de lesar a fé pública, revelando, ainda por ocasião de sua apresentação à autoridade, ousadia em apresentar documento falso. Aumento da pena-base, tendo em vista a personalidade do acusado.

IV - Em regra, os crimes de falso são praticados com a finalidade de lucro, o que, no caso, se pode ter como motivação neutra e já abarcada pela tipicidade normal.

V - Tratando-se de crimes de falsidade sobre papéis falsos, o número de papéis não justifica maior acréscimo que não 1/6 sobre a maior das penas da cadeia continuada.

VI – Recurso parcialmente provido.⁴¹

⁴¹ TRF-2 - APELAÇÃO CRIMINAL 2002.51.04.001785-6 – PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA – j. 22/07/2009 - DJU 21/08/2009, p. 186 – Rel. Des. Abel Gomes.

Independentemente da culpabilidade não se tratar de uma circunstância judicial autônoma, tal como interpretado pelo acórdão e pela sentença, temos ainda que deveria constar dessas decisões **os fundamentos pelos quais se lhe atribuiu um valor negativo**. Ou seja, quais os elementos que indicariam a alta reprovabilidade da conduta dos recorrentes.

Se se admitir possível que os mesmos elementos considerados pela sentença e acórdão para entender desfavoráveis as personalidades dos recorrentes, as circunstâncias e consequências do delito possam ser novamente empregados na construção de um juízo negativo da culpabilidade, temos que, pelas mesmas razões apontadas nos tópicos acima, tais elementos não podem ser utilizados para agravar a pena-base.

Como já exaustivamente explicado, não se pode imputar aos recorrentes um alto grau de culpabilidade por terem as consequências do delito afetado sobremaneira a mãe da vítima, causando-lhe estresse, se esse foi causado pela exposição sensacionalista de sua imagem pelos meios de comunicação, ou pela própria acusação que a submeteu ao desgaste do julgamento criminal.

Da mesma maneira, deve-se excluir do âmbito de análise dessa culpabilidade normativa todas as circunstâncias já descritas no tipo ou consideradas agravantes e qualificadoras, porque estas já estão previstas em outras etapas da dosimetria da pena.

Nesse particular, ao se afirmar que os recorrentes investiram contra a vítima *“como se não possuíssem qualquer vínculo afetivo ou emocional com ela”*, está-se considerando na seara da culpabilidade circunstância já prevista pelo legislador ao prever a agravação da pena em razão do parentesco entre criminoso e vítima, e adotada pelo próprio julgador no caso concreto.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Atuando dessa maneira, realiza-se uma ilegal e indevida dupla valoração do mesmo fato, considerando-o em desfavor dos recorrentes duas vezes, para majorar a pena a mais não poder.

Na importante lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

*“(...) deve o juiz ter o cuidado de não valorar duplamente em desfavor do acusado um mesmo fato, o que ocorre quando este constitui elementar do crime, mas também se vê mencionado, na fixação da pena-base, como caracterizador de circunstância judicial que enseja a elevação da reprimenda (...) O grau de reprovabilidade da conduta já está embutido na severidade da pena cominada no tipo, de forma que a fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar alicerçada em circunstâncias particulares do fato criminoso”.*⁴²

O mesmo posicionamento é adotado pelos Tribunais pátrios:

*“É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de bis in idem.”*⁴³

Portanto, mesmo que se entendesse possível o emprego da culpabilidade como circunstância autônoma na fixação da pena-base, temos que a sentença e o acórdão apenas se utilizam de elementos ínsitos ao homicídio qualificado ou idênticos às circunstâncias agravantes.

Assim, resta evidente a violação ao artigo 59 do Código Penal, pois, no caso, considerou-se a culpabilidade como circunstância

⁴² Código Penal e sua interpretação, São Paulo, RT, 2007, p.342.

⁴³ STJ – Ministro Relator Napoleão Nunes Maia, HC 113706/SC, DJE 23/11/2009.

judicial autônoma, sem, contudo, fundamentar, com elementos idôneos, o juízo desfavorável que lhe foi atribuído, no momento da fixação da pena-base.

XI.e) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AOS RECORRENTES.

Outra violação ao artigo 59 do Código Penal, diz respeito à (des)consideração das circunstâncias judiciais favoráveis aos recorrentes.

Em um esforço para exacerbar a reprimenda, o magistrado de primeiro grau ignorou elementos da vida de ambos os condenados que, se analisados com atenção, levariam ao arrefecimento da pena-base, pois assim determinou o legislador ao insculpi-los no artigo 59 do Código Penal.

Assim, os recorrentes levaram tal ilegalidade ao conhecimento do Tribunal *a quo*, pleiteando o reconhecimento e sopesamento dos bons antecedentes e da boa conduta social na fixação da pena-base dos recorrentes.

O que se viu, entretanto, no julgamento da apelação defensiva, causa espécie.

Embora o Tribunal *a quo* tenha reconhecido a primariedade e a boa conduta social dos recorrentes, afirmou que tais circunstâncias jamais poderiam influir no cálculo da pena-base:

“Nada obstante serem os réus tecnicamente primários e ostentarem, como diz a defesa, ‘boa conduta social’, tais circunstâncias, por óbvio, não lhes socorrem.

O crime foi aviltante, de uma barbárie e estupidez desnecessárias e culminou em ceifar a vida de uma linda e saudável criança de apenas cinco anos de idade. (...)” (fl. 68 do acórdão)

A partir daí, passa o acórdão a tecer as considerações já reproduzidas e abordadas acima, que dizem com as personalidades dos recorrentes e as consequências do crime.

Ao final, o acórdão retoma o mote inicial, afirmando:

“Por tudo isso, de pouca valia a ausência de antecedentes desabonadores a eles, ou o fato de que ‘estudaram durante a juventude e a vida adulta’ (f.6.586), etc. e tal.

Ora, se toda vez que um indivíduo preenchesse tais requisitos o juiz fosse obrigado a conceder-lhe pena mínima, não seria necessária a figura do magistrado, bastando criar um programa de computador que adequasse a pena à primariedade do réu e – espante-se (!!) – à condição econômica por ele ostentada.

De sorte que, considerada a enorme barbaridade praticada, sua desnecessidade, a personalidade de cada um dos réus e o sofrimento da família da pequena vítima, mostra-se suficientemente adequada a exasperação procedida pela origem.” (fls. 72 do acórdão)

A ilegalidade praticada é ímpar, daquelas que, felizmente, não se vê todos os dias.

Ao contrário da sentença, o acórdão recorrido não esqueceu ou ignorou os bons antecedentes e boa conduta social dos recorrentes. Porém, ao reconhecer sua existência, deixou de lhes atribuir valor no cálculo da pena-base. Vejamos.

Como destacado nas razões de apelação, os recorrentes não possuem qualquer antecedente criminal. Seja qual for a extensão que se dê a esse conceito, milita sem sombra de dúvidas a favor de ambos.

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Tanto ALEXANDRE, quanto ANNA CAROLINA, não praticaram, ao longo de sua vida, nenhum fato penalmente relevante (inclusive, os fatos imputados na denúncia). Não foram condenados criminalmente; não foram processados criminalmente; não foram indiciados; não foram investigados nem suspeitos por qualquer delito.

Pautaram suas vidas em conformidade com as regras mais caras à sociedade, essa mesma sociedade que busca na pessoa dos recorrentes a figura do vilão que necessitam para extravasar suas frustrações. Jamais se desviaram do caminho de retidão que impõe a vida em uma sociedade repleta de normas incriminadoras.

Quanto à conduta social, tem-se que ambos adotaram, como padrão de vida, a correção. Estudaram durante a juventude e a vida adulta. ANNA CAROLINA e ALEXANDRE, não por outro motivo, se conheceram enquanto graduandos de uma faculdade de Direito.

Buscaram se sustentar através de um modelo baseado no trabalho e na honestidade, só elevando o padrão de vida que lhes permitia o rendimento mensal quando oferecido auxílio de parentes.

ALEXANDRE constituiu família antes do relacionamento com ANNA CAROLINA. Do casamento anterior adveio sua filha, ISABELLA NARDONI.

O amor de pai para filha era incontestado, sendo certo que ALEXANDRE lutou pela vida de sua filha ISABELLA desde antes de seu nascimento, quando a mãe (ANA CAROLINA DE OLIVEIRA), nas dúvidas naturais de uma primeira gravidez não esperada, não tinha apoio nem de sua família para ter a criança.

A relação entre os recorrentes e ISABELLA era excelente, de muito carinho e afeto, sempre pautada pelo amor e cuidado, como

já demonstrou exaustivamente no corpo dessas razões. Inclusive, mesmo não sendo mãe biológica, a recorrente tratava ISABELLA como se sua filha fosse.

Do casamento entre os recorrentes nasceram dois filhos. Esses, por seu turno, desfrutavam de tratamento igual ao que despendiam ALEXANDRE e ANNA CAROLINA a ISABELLA. Nada lhes faltava, desde sustento e segurança a amor e carinho.

Ademais, os recorrentes se apresentaram espontaneamente a todos os atos a que foram chamados enquanto estiveram em liberdade, inclusive aos decretos de prisão temporária e preventiva, demonstrando o interesse em colaborar com a elucidação dos fatos que lhes eram imputados.

Assim como qualquer cidadão acusado de cometimento de um ilícito penal os recorrentes mereciam tratamento digno de quem **não** possui qualquer antecedente e ostenta boa conduta social. Não tiveram este tratamento. No intuito de elevar ao máximo a reprimenda, mesmo que para isso critérios legais de fixação da pena fossem ignorados, o juiz fez pouco caso, desconsiderando a retidão que demonstraram ao longo dos anos.

Porém, pior atuação teve o Tribunal *a quo*, que ao passo em que reconheceu a inexistência de antecedentes e a boa conduta social, deu de ombros, afirmando que tais circunstâncias não mereciam sopesamento.

Ao longo dos tópicos acima, ao se abordar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, evidenciou-se que essas circunstâncias são, na verdade, uma só (a culpabilidade), que irá se traduzir num juízo de reprovabilidade sobre o ato e seu autor.

Por isso que, além daquelas circunstâncias que dizem com o fato (circunstâncias e consequências do crime), avalia-se, também,

aquelas que tratam do agente (antecedentes, conduta social, personalidade e motivos).

NELSON HUNGRIA, comentando essa avaliação da culpabilidade, cria a imagem de um expediente bancário: “*ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor*”⁴⁴.

Para ficarmos com essa ilustração de NELSON HUNGRIA, podemos dizer que, no caso, o juiz de piso, ao proferir sentença, deixou de somar o crédito que os recorrentes ostentavam, levando em conta, apenas, aquilo que acreditava ser o débito.

O acórdão, entretanto, provocado pela defesa, reconheceu a existência do crédito, mas recusou-se a adicioná-lo ao cálculo, afirmando que era de “pouca valia” e insuficiente para cancelar o débito.

Pois bem. Ainda que os antecedentes e a conduta social dos recorrentes fossem insuficientes para reduzir a pena-base ao mínimo (o que não foi postulado pela defesa), é certo que, ao menos, deveriam integrar a equação feita pela sentença – que sequer considerou essas circunstâncias – sendo certo, também, que deveriam repercutir na fixação do *quantum* de pena-base.

Lembremos que, no caso, os recorrentes tiveram sua pena-base fixada em 1/3 acima da pena mínima prevista para o crime, ou seja, em 16 anos de reclusão, expressivo montante sobre o qual incidiram todos os sucessivos aumentos, nas fases posteriores.

Surpreende estes defensores, portanto, que todas essas circunstâncias abonadoras tenham sido, primeiro, ignoradas, e, depois,

⁴⁴ *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio de Janeiro, 1945, p.155, Apud REALE JR., *Instituições*, p.85.

solenemente retiradas da dosagem da pena-base, decidindo-se considerar apenas os fatos que seriam prejudiciais aos recorrentes, em desrespeito ao próprio entendimento dos Tribunais:

*“CRIMINAL. HC. FURTO. DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE, FUNDAMENTAÇÃO VAGA. **OMISSÃO QUANTO À PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES.** DESCONSIDERAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA NÃO ESTARIA EM REPOUSO. IRRELEVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. **Vaga e insuficientemente fundamentada a fixação da pena-base pelo d. Julgador monocrático, mesmo diante de circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, concede-se parcialmente a ordem para anular o decreto condenatório, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outro seja proferido com nova e motivada fixação da pena, mantida a condenação do paciente (...)**”⁴⁵.*

Desta forma, resta evidente, também, a violação ao artigo 59 do Código Penal, em razão da não utilização de circunstâncias judiciais reconhecidamente positivas no cálculo da pena-base dos recorrentes.

XI.f) QUANTO AO CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL.

A última violação ao artigo 59 do Código Penal refere-se a inobservância de seu conteúdo no momento da fixação da pena-base relativa à condenação pelo delito de fraude processual.

Acolhido pelo Conselho de Sentença o crime em questão, foram os recorrentes condenados, ambos, à pena de 8 (oito) meses de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

⁴⁵ STJ – HC n. 18787, 5. T, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.03.02.

Na primeira fase do cálculo da pena, **entendendo serem desfavoráveis a ANNA CAROLINA e ALEXANDRE as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, majorou o juiz a pena mínima de 3 (três) meses em 1/3 (um terço)**, totalizando uma pena de 4 (quatro) meses de detenção. A multa, com esse aumento, alcançou o patamar de 12 (doze) dias-multa.

“Quanto ao crime de fraude processual para o qual os réus também teriam concorrido, verifica-se que a reprimenda nesta primeira fase da fixação deve ser estabelecida um pouco acima do mínimo legal, já que as condições judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são favoráveis, como já discriminado acima, motivo pelo qual majoro em 1/3 (um terço) a pena-base prevista para este delito, o que resulta em 04 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, sendo que o valor unitário de cada dia-multa deverá corresponder a 1/5 (um quinto) do valor do salário mínimo, uma vez que os réus demonstraram, durante o transcurso da presente ação penal, possuírem um padrão de vida compatível com o patamar aqui fixado.” (fl.6322 – grifamos e sublinhamos)

Entretanto, diante do disposto no parágrafo único do artigo 347 do Código Penal, por ter sido a fraude praticada com o intuito de produzir efeito em processo penal não iniciado, elevou-se a pena pelo seu dobro, totalizando o *quantum* já mencionado.

A defesa, em sede de apelação, atacou o aumento da pena-base, afirmando que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não eram desfavoráveis aos recorrentes, devendo ser imposta, então, a pena-base no patamar mínimo.

O acórdão recorrido, entretanto, manteve o estabelecido pela sentença, afirmado:

“Quanto ao delito de fraude processual.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*Para ambos os réus, base fixada acima do mínimo legal, em 1/3, **consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, antes descritas e devidamente examinadas.**” (fls. 76/77 do acórdão – grifamos e sublinhamos)*

Pelo que se vê tanto na sentença, como no acórdão, ambos justificam a majoração da pena-base do crime em questão na razão de 1/3 (um terço) nas circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Porém, quando se examina a sentença e o acórdão, conclui-se não haver exame de circunstâncias judiciais relativas ao crime de fraude processual, mas apenas, em relação ao crime de homicídio qualificado (como visto nos tópicos acima).

Na verdade, o que juiz e Tribunal fazem é remeter ao exame das circunstâncias judiciais quanto ao crime de homicídio, como se essas se repetissem no caso do crime de fraude processual. Ora, evidentemente que não se repetem.

Como visto em tópico acima, algumas das circunstâncias judiciais dizem respeito ao ato, outras ao autor. É claro que, como ambos os crimes teriam sido cometidos num mesmo momento e pelos mesmos autores, algumas das circunstâncias judiciais poderiam ter idêntica análise.

Agora, tome-se, por exemplo, as consequências do crime. No crime de homicídio qualificado, sustentou-se haver incrível peso na fixação da pena-base, haja vista que o fato teria gerado consequências devastadoras à genitora da vítima. O mesmo pode ser dito em relação às consequências do crime de fraude processual? É claro que não.

Não obstante inexistir relação entre as circunstâncias do crime de fraude processual e as do crime de homicídio qualificado, tanto

sentença como acórdão dão de barato a identidade, tanto assim que economizam na fundamentação da fixação da pena-base da fraude, fazendo mera remição ao quanto dito em relação ao crime de homicídio.

Assim, tendo em vista a utilização de circunstâncias judiciais do crime de homicídio qualificado na fixação da pena-base do crime de fraude processual, temos inuvidosa a violação ao artigo 59 do Código Penal.

XII. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: ART. 105, III, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Prosseguindo com os fundamentos do presente recurso, há que ressaltar que o V. Acórdão atacado deu ao caso em tela tratamento diverso do que esse E. Tribunal já dispensou a outros análogos, em diversas das teses aqui abordadas.

Nos termos do art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal, compete ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça *“julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados (...) quando a decisão recorrida (...) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”*.

Tal preceito constitucional presta-se para assegurar a todos os cidadãos brasileiros a garantia da **segurança jurídica**, de forma a que não haja, por parte do Poder Judiciário, tratamento diferenciado para hipóteses semelhantes, especialmente em se tratando de questões que envolvam interpretações de leis **em matéria penal e processual penal**, ou seja, que dialoguem diretamente com o *status dignitatis* do acusado.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Passa-se, então, ao *cotejo analítico* entre o presente caso e os acórdãos paradigmas, ora anexados em sua integralidade ao presente recurso especial, **atestando desde já, esses defensores, a autenticidade tanto das cópias juntadas, como dos trechos selecionados e transcritos ao longo das razões recursais**, nos termos do artigo 255, §1º, alínea “a”, do Regimento Interno deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

XII.a) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: NÃO CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA ANTERIORMENTE REQUERIDA (ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

Uma das discussões travada no acórdão recorrido diz respeito ao direito do acusado de ter, antes do julgamento em plenário, cumprida diligência anteriormente requerida e deferida pelo magistrado.

A questão versada, portanto, está em saber se o acusado pode ir a julgamento em plenário sem antes terem sido cumpridas todas as diligências deferidas pelo magistrado. Como já observado, o acórdão recorrido entendeu dessa forma.

Ocorre, todavia, que como se verá do paradigma tratado abaixo, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu haver constrangimento ilegal ao acusado se o magistrado ignorar a ausência de cumprimento de diligência anteriormente deferida.

Primeiro Paradigma

Trata-se de decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 0694696-1, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de relatoria do Desembargador Campos Marques, assim ementado:

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDÁLECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDÁLECIO
ADVOGADOS

“HABEAS CORPUS Julgamento em plenário sem o cumprimento das diligências deferidas pelo magistrado a quo. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.”

(TJPR - 1ª C.Criminal - HCC 0694696-1 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Campos Marques - Unânime - J. 26.08.2010).

Da decisão acima transcrita, é possível depreender que o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu questão jurídica idêntica, mas de maneira diversa, E. do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Isto porque, admitiu estar configurado o constrangimento ilegal do acusado que foi julgado em plenário sem antes ter sido cumprida diligência já deferida.

Todavia, não obstante esse fato, demonstra-se analiticamente o dissídio, nos moldes já preconizados.

O acórdão recorrido e o paradigma tratam de **situações jurídicas idênticas:**

1. Em ambos os casos (recorrido e paradigma), as partes requerem a nulidade do julgamento em plenário em razão deste ter ocorrido sem antes ter sido cumprida diligência anteriormente deferida:

*“Trata-se de *habeas corpus* (...) alegando a existência de constrangimento ilegal, haja vista que o magistrado singular incluiu o processo em pauta para julgamento, sem o cumprimento das diligências tempestivamente requeridas pela defesa e deferidas pelo juízo.” (fls. 02 do acórdão paradigma)*

“Ainda na fase do art. 422 do Cód. Proc. Penal, a defesa pleiteou esclarecimentos junto ao Instituto de Criminalística, a respeito de

eventual existência de fotografias da cena do crime, não juntada aos autos (...).

Insatisfeitos, requereram a designação de data e hora para a verificação daquelas fotografias, junto ao Instituto de Criminalística, **o que foi providenciado, a princípio**, pelo douto magistrado.

Ocorre que a serventia de origem deixou de dar cumprimento à determinação judicial, abrindo-se ensejo à alegação de nulidade.” (fls. 28 e 29 do acórdão recorrido – grifos do original)

2. No entanto, no acórdão ora recorrido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu não haver constrangimento ilegal na não realização de diligência deferida, por ser desnecessária:

“**Não há** como nulificar o procedimento por esta razão.

A uma porque aquilo que pretendia saber do Instituto de Criminalística – motivo pelo qual certas imagens não foram utilizadas nos laudos oficiais – **já foi** suficiente e adequadamente respondido.

O que esvazia, propriamente, a essência da alegação da intenção quanto a isto.

A duas porque “não se trata, assim, de indeferimento de diligência indispensável pela defesa, na fase do art. 422, do CPP, e que estivesse pendente de realização, mas sim de providência, de ofício, determinada pelo Juiz-presidente, dentro de sua prerrogativa, expressamente prevista no art. 497, inc. XI, do CPP, em relação à ordenação de provas.” (fls. 29-30 do acórdão recorrido).

Todavia, no acórdão paradigma o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adotou o entendimento de que o acusado **não pode ser levado a julgamento** sem antes ter sido cumprida diligência requerida pela defesa e **deferida** pelo magistrado, **pouco importando posterior análise a respeito da pertinência da diligência.**

Pelos pontos acima enumerados, vê-se, portanto, que o acórdão recorrido e o acórdão paradigma tratam da mesma discussão jurídica:

a possibilidade de proceder o julgamento em plenário sem antes terem sido cumpridas todas as diligências deferidas pelo magistrado.

Apesar de a matéria ser absolutamente idêntica, os acórdãos recorrido e paradigma tiveram entendimentos diversos e absolutamente contraditórios.

Não obstante a identidade da situação jurídica, os casos tiveram tratamento absolutamente oposto, já que, no caso recorrido, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o direito dos recorrentes serem julgados em plenário somente depois de cumpridas todas as diligências requeridas, enquanto no caso paradigma, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu esse direito.

É nesse ponto que reside o dissídio entre o acórdão recorrido e o paradigma: no primeiro não se admitiu o cumprimento de diligência deferida antes do julgamento em plenário, enquanto no segundo houve decisão no sentido de que essa diligência deferida deveria ser cumprida antes do acusado ser julgado.

A divergência pode ser comprovada pela transcrição de trecho do acórdão paradigma:

“A defesa requereu, perante a autoridade coatora, o adiamento da sessão de julgamento, haja vista que algumas diligências, concedidas pelo juízo, ainda não tinham sido efetivamente cumpridas, cujo pedido restou indeferido, por entender que “a providência alegada como *imprescindível pela defesa não foi requerida*” na oportunidade própria, operando-se a preclusão (fls. 380).

Não é, contudo, o que se constata da análise dos autos, pois, conforme descrito na inicial, o nobre causídico já havia solicitado as diligências e estas, apesar de deferidas pelo douto Juiz *a quo* (fls. 273), foram realizadas apenas parcialmente.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Como bem explicitou o Dr. Procurador de Justiça Milton Riquelme de Macedo, **“se o Estado, por meio de sua autoridade, defere ao jurisdicionado certa providência, é inadmissível que este mesmo Estado venha posteriormente a cercear o direito por ele antes conferido, e que somente não foi efetivado por sua própria ineficiência”** (fls. 425).

Assim, pelos motivos acima expostos, o meu voto é pela concessão do presente ***habeas corpus***, confirmando a liminar antes concedida, que determinou a suspensão do julgamento.”

Como se vê, referido acórdão entendeu que configura constrangimento ilegal o fato de o acusado ser julgado em plenário sem antes terem sido cumpridas todas as diligências deferidas pelo juiz singular, **pouco importando análise posterior a respeito da pertinência, que já havia sido objeto de deliberação quando do deferimento da diligência.**

O acórdão recorrido, *ao contrário do acórdão paradigma*, contrariou expressamente a norma do art. 422 do Código de Processo Penal, ao negar aos recorrentes o direito de que diligências deferidas pelo magistrado fossem cumpridas antes do julgamento em plenário:

Como se viu, portanto, há clara divergência de interpretação entre os acórdãos paradigma e recorrido sobre a mesma lei federal, qual seja, o art. 422 do Código de Processo Penal.

Nesse ponto é que reside mais um fundamento do presente recurso, devendo, como já demonstrado, ser mantido o entendimento esposado pelo acórdão paradigma.

XII.b) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 279, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN.
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Também em relação ao correto entendimento que deveria ser dado à aplicação, no presente caso, da vedação prevista no art. 279, inciso II, do Código de Processo penal, há que ressaltar que o V. Acórdão atacado deu ao caso em tela tratamento diverso do que esse E. Tribunal, bem como o E. Supremo Tribunal Federal, já dispensaram a outros dois casos absolutamente análogos.

Passa-se, então, ao cotejo analítico entre o presente caso e dois acórdãos paradigmas.

Segundo paradigma.

Trata-se de decisão proferida em sede de agravo regimental na ação penal originária de nº 470-1, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Exmo. Ministro JOAQUIM BARBOSA. É agravante MARCOS VALÉRIO FEDNANDES DE SOUZA, sendo agravado o Ministério Público Federal. Referido acórdão foi divulgado no DJe de nº 186, em 01 de outubro de 2009, sendo publicado no dia 02 daquele mesmo mês em ano (ementário de nº 2376, p. 01).

Eis a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO DE PERÍCIA. REALIZAÇÃO POR PERITO PARTICULAR. INDEFERIMENTO. A realização de perícia por peritos particulares somente se justifica quando não houver, no local, perito oficial; havendo, deve a prova técnica ser realizada por ele (perito oficial). Por conseguinte, o fato de alguns peritos oficiais estarem impedidos, apenas leva à conclusão de que a perícia deve ser efetuada por outros peritos oficiais (não impedidos), e não por peritos particulares.

ROBERTO PÓDVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLESSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Agravo regimental parcialmente provido, apenas para que as perícias a serem repetidas pelo Instituto Nacional de Criminalística sejam levadas a efeito por peritos que não tenham funcionado nas perícias anteriormente realizadas sobre os mesmos fatos.

(AP 470 AgR-oitavo, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-01 PP-00001)

Passa-se, pois, a comparação analítica entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma sob a forma determinada pelo art. 255, § 2º, do RISTJ, **ponderando-se que a tese jurídica em questão (art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal), encontra-se expressamente explicitada.**

1. Em ambos os casos as respectivas defesas requereram o reconhecimento de impedimento para a realização de perícia, por profissional que já tivesse atuado anteriormente nos autos. Além disso, a segunda perícia foi requerida pela **própria defesa** dos acusados:

“Sorte também não assiste aos acusados, quando pretendem o **reconhecimento de impedimento da perita oficial**, Dra. Rosângela Monteiro, para subscrever o laudo técnico de esclarecimento aos questionamentos feitos na fase do art. 422, do Digesto Processual Pátrio.”
(...)

E tal participação, importante ressaltar, se deu apenas para **esclarecer aspectos diretamente relacionados à perícia**, muitos deles – *senão todos* – **suscitados pela própria defesa.**” (fls. 20 e 21 do acórdão recorrido)

“Alega o agravante, em síntese, que os ‘peritos contadores do INC da Polícia Federal (...) são os subscritores de vários laudos periciais elaborados na fase do inquérito (...)

Ainda segundo o recorrente, é ‘óbvio que a defesa deseja não é ‘mais do mesmo’, mas sim **a realização de perícias por peritos que não estejam**

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALÉCIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS
ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALÉCIO
ADVOGADOS

comprometidos, por opiniões anteriormente manifestadas, com o objeto das perícias”. (fls. 04 do acórdão paradigma – grifos nossos)

2. No entanto, no acórdão paradigma o Relator, o Exmo. Ministro JOAQUIM BARBOSA, **entendeu expressamente** que a nova perícia deveria ser realizada **por peritos diversos daqueles que funcionaram em perícia anterior, ainda que em fase anterior do processo. Em nada importou a forma com que se daria a participação do expert na segunda perícia.** Referido entendimento foi acolhido pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, como se vê da leitura do voto:

“Para tanto, alega, em suma, que alguns dos peritos oficiais do INC subscreveram alguns laudos juntados ao inquérito que deu origem a esta ação penal, o que os tornaria impedidos, **pois o art. 279, II, do CPP, diz que não poderão ser peritos ‘os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia’.** (...) **Eu entendo que a questão se resolve apenas com a determinação de que as perícias sejam realizadas por outros peritos oficiais, diversos daqueles que subscreveram os laudos anteriores, relativos aos mesmos fatos.**

Como o INC é composto de diversos peritos, nada impede que as diligências em questão sejam levadas a efeito por aquele instituto, **com a ressalva de que os peritos que já funcionaram nas perícias anteriores não atuem nessa nova fase processual.** (...)

Do exposto, voto pelo **provimento parcial do agravo regimental**, apenas para que as perícias a serem repetidas pelo INC sejam levadas a efeito por peritos que não tenham funcionado nas perícias anteriormente realizadas sobre os mesmos fatos.” (fls. 02 e 03 do Acórdão paradigma)

Já no acórdão recorrido, o E. Tribunal “a quo” afirmou que não haveria ofensa ao art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal por ter a *expert* opinado em caráter de **complementação**, e, ainda, **a pedido da defesa**:

“A competente ***Dra. Rosângela Monteiro*** participou contributiva e

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

ativamente da perícia, nela iniciando seus trabalhos e conclusões **antes** mesmo de prestar depoimento na fase do “*judicium accusationis*” ou em plenário do júri.

E tal participação, importante ressaltar, se deu apenas para **esclarecer aspectos diretamente relacionados à perícia**, muitos deles – *senão todos* – **suscitados pela própria defesa.**” (fls. 21 do acórdão recorrido)

Não se vê, portanto, qualquer razão para que se dê tratamento dispar a hipóteses absolutamente semelhantes, consoante demonstrado acima. O Tribunal “a quo” deveria, portanto, ter reconhecido expressamente a **impossibilidade** de realização de novo laudo por perito que já tenha manifestado, por meio de outro laudo, sua opinião.

Pouco importa, também, se a segunda participação de *expert* (impedido, portanto), deu-se a pedido da defesa, ou, ainda, apenas em caráter complementar. O resultado é o mesmo: a **nulidade** do referido ato.

Terceiro paradigma.

Trata-se de acórdão proferido nos autos do *recurso ordinário em habeas corpus* de nº 961-0, que tramitou perante este E. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma), tendo como relator o Exmo. Ministro PEDRO ACIOLI. É recorrente NAJI ROBERT NAHAS, sendo recorrido o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Referido acórdão foi publicado no DJ em 26 de abril de 1993, na página 7222:

PROCESSUAL PENAL. IMPEDIMENTO. PERITO. NULIDADE. CPP, ART. 279, II. HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. LOCUÇÃO “QUANDO DENEGATORIA A DECISÃO”.

I - EM SE TRATANDO DE HABEAS CORPUS O JUIZ OU INDEFERE O PEDIDO, POIS, DEIXAR DE CONHECER DO MESMO A COAÇÃO ALEGADA AINDA PERMANECE.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PÁULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUIS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

SOBRE ESTA QUESTÃO "NÃO CONHECER DO PEDIDO" O STF JA SE PRONUNCIOU, EM FACE DA LOCUÇÃO CONSTITUCIONAL INSITA NO ART. 102, INCISO II, LETRA "A", E ART. 105, INCISO II, LETRA "A", NO SENTIDO DE QUE A LOCUÇÃO "QUANDO DENEGATORIA DA DECISÃO" TEM SENTIDO AMPLO - MS 21.112-1/PR, "IN" DJ 29.06.90, RÊL. MIN. CELSO DE MELO.

II - NO CASO, O NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS EQUIVALE A SUA DENEGACÃO.

III - O ART. 279, INCISO II, DO CPP, É TAXATIVO AO DISPOR QUE NÃO PODERÃO SER PERITOS "OS QUE TIVERAM PRESTADO DEPOIMENTO NO PROCESSO OU OPINADO ANTERIORMENTE SOBRE O OBJETO DA PERICIA".

E NORMA COGENTE DE ORDEM PROCESSUAL QUE TRATA DOS IMPEDIMENTOS DOS PERITOS.

IV - A COMUNICAÇÃO DOS PROPRIOS PERITOS IMPEDIDOS AO JUIZO, DE QUE SE PRONUNCIARAM ANTERIORMENTE, ATRAVES DE DOIS LAUDOS, SOBRE A MATERIA OBJETO DA PERICIA, COMO MEMBROS DA SUBCOMISSÃO ESPECIAL PARA INVESTIGAÇÃO DAS IRREGULARIDADES NAS BOLSAS DE VALORES JUNTO A COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA CAMARA DOS DEPUTADOS, VICIA E MACULA O PROCESSO JUDICIAL DE NULIDADE A PARTIR DA PERICIA REALIZADA, INCLUSIVE, EM FACE DO PREJUIZO CAUSADO A DEFESA.

V - RECURSO DE HABEAS CORPUS CONHECIDO E PROVIDO, PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DA PERICIA, INCLUSIVE, COM FIXAÇÃO DE PRAZO DE TRES MESES PARA QUE A NOVA PERICIA SEJA REALIZADA E POR PERITOS OFICIAIS.

(RHC .961/RJ, Rel. Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/1993, DJ 26/04/1993, p. 7222)

Assim como no paradigma anterior, passa-se à comparação analítica entre esse e o acórdão recorrido, nos termos do art. 255, § 2º, do RISTJ.

1. Em ambos os casos as respectivas defesas requereram o reconhecimento de **nulidade**, em virtude de impedimento para a realização de perícia por profissional que já tivesse atuado anteriormente nos autos:

“Sorte também não assiste aos acusados, quando pretendem o **reconhecimento de impedimento da perita oficial**, Dra. Rosângela Monteiro, para subscrever o laudo técnico de esclarecimento aos questionamentos feitos na fase do art. 422, do Digesto Processual Pátrio.” (fls. 20 do Acórdão proferido nos autos – grifos nossos)

“Trata-se de recurso ordinário (...) impetrado com o escopo de obter a anulação do processo nº 9.065, originário da 13ª Vara Federal da 2ª Região.

Os impetrantes alegam ocorrência de cinco nulidades, originárias de descumprimento dos seguintes artigos do Código de Processo Penal:

(...)

ARTIGO 279, inciso II.

Os peritos do Banco Central, José Luiz Pereira Alves e Hélio Gaspar, teriam emitido, em data anterior, avaliações sobre o objeto da perícia. (...) fls. 01 e 02 do acórdão paradigma)

2. No entanto, no acórdão paradigma o Relator designado para acórdão, o Exmo. Ministro PEDRO ACIOLI, deixou claro que:

“No caso dos autos, não se trata de suspeição, mas de impedimento, a teor do art. 279, inciso II, do CPP, cuja redação é a seguinte (...)

O fato de o ilustre Juiz ter indicado peritos do Banco Central, apesar da existência de perito do Serviço de Criminalística, me parece não prejudicaria a perícia, por se tratar de funcionários de Órgão do Governo.

O que se contesta é que a indicação recaiu em pessoas que estavam impedidas de funcionar como peritos, pelo fato de terem participado como membros de Subcomissão Especial criada junto à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados para a investigação das irregularidades atribuídas ao impetrante nas Bolsas de Valores (...) (fls. 01 e 02 do voto do Min. PEDRO ACIOLI – grifos nossos)

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

AÍCE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Por outro lado, consta do acórdão recorrido que:

“A competente **Dra. Rosângela Monteiro** participou contributiva e ativamente da perícia, nela iniciando seus trabalhos e conclusões **antes** mesmo de prestar depoimento na fase do “*judicium accusationis*” ou em plenário do júri.

E tal participação, importante ressaltar, se deu apenas para **esclarecer aspectos diretamente relacionados à perícia**, muitos deles – *senão todos* – **suscitados pela própria defesa.**” (fls. 21 do acórdão recorrido)

Do cotejo entre a decisão recorrida e o acórdão paradigma, verifica-se a ocorrência de tratamento desigual para hipóteses jurídicas manifestamente idênticas. De um lado, entendeu-se que a complementação de laudo, pelo mesmo perito que havia realizado a primeira perícia, seria legal; do outro, assinalou-se a ocorrência de **impedimento**, o que acarretou o reconhecimento de **nulidade** da ação penal. Como se vê, também, **em nada importa a forma com que o expert tenha opinado pela segunda vez, ainda que seja em caráter de complementação.** Sendo assim, a solução adotada no caso paradigma foi no sentido de que:

“Pelo exposto, dou provimento ao recurso para determinar que nova perícia seja realizada de preferência por peritos da Polícia Federal ou na falta, por funcionários do próprio Banco Central, **contanto que não tenham opinado sobre o objeto da perícia.**” (fls. 09 do voto do Exmo. Min. PEDRO ACIOLI)

Por fim, cabe assinalar, como se pode depreender da leitura dos **dois últimos acórdãos paradigmas** aqui mencionados, a existência de entendimento expresso no sentido de que pouco importa a forma com que tenha ocorrido a atuação do *expert*, **ainda que seja por meio de diligência requerida pela Defesa.** Conquanto tenha referido profissional atuado no curso

das investigações ou da ação penal, estará ele **impedido** de opinar novamente, seja por meio de complementação, seja por meio de nova perícia.

Sendo assim, uma vez reconhecido o impedimento da perita, deverá o processo ser **anulado**, a partir da complementação do laudo pericial, de forma a que outro seja elaborado, por *expert* que não seja a Dra. Rosângela.

XII.C) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 479 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Outra discussão travada no acórdão recorrido diz respeito ao modo de contagem do prazo de 03 (três) dias de antecedência para a juntada de documentos a serem lidos em plenário previsto pelo art. 479 do Código de Processo Penal.

A questão versada, portanto, está em saber, especificamente, se há ou não, em decorrência do mencionado artigo de Lei Federal, os recorrentes poderiam ter juntado documentos aos autos no dia 17 de março de 2010, quarta-feira, para que os mesmos fossem utilizados no julgamento que se iniciaria no dia 22 de março de 2010, segunda-feira.

Tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão recorrido entenderam pela intempestividade de tal juntada, ao argumento de que o prazo teria se esgotado no dia 16 de março, terça-feira, **pois seria preciso contar três dias inteiros antes do julgamento**, de modo que somente seria possível a juntada de documentos até o quarto dia anterior ao julgamento.

Ocorre, todavia, que como se verá do paradigma

tratado abaixo, outro Tribunal do país deu interpretação divergente ao tema, entendendo ser outro o método correto de contagem do prazo para a juntada dos documentos e, seguindo esta última forma de contagem, os documentos protocolados pelos recorrentes foram apresentados tempestivamente.

Quarto paradigma.

Trata-se o acórdão paradigma de *Habeas Corpus*, autuado sob o nº 92.958-3, julgado pela 2ª TURMA DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro JOAQUIM BARBOSA. Assim está ementado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DO JÚRI. JUNTADA DE DOCUMENTOS PARA LEITURA REQUERIDA TRÊS DIAS ANTES DA DATA EM QUE A SESSÃO SE REALIZARIA. INDEFERIMENTO. ART. 475 DO CPP. INTELIGÊNCIA. CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA. PREJUÍZO EVIDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pedido da defesa para juntada de documentos, cuja leitura pretendia realizar em plenário, não poderia ter sido indeferido, pois foi protocolizado exatos três dias antes da data do julgamento. Artigo 475 do Código de Processo Penal. Impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar o réu.

2. O prejuízo causado pelo indeferimento ofende o próprio interesse público, pois conduziu à prolação de um veredicto sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento dos jurados. Garantias do contraditório e da ampla defesa violadas.

3. Tratando-se de nulidade absoluta, não há de se falar em preclusão pelo mero fato de a irregularidade não ter sido argüida logo após o pregão, como determina o art. 571 do Código de Processo Penal.

4. Ordem concedida, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular, garantida a leitura dos documentos cuja juntada foi indeferida pelo ato impugnado. Impossibilidade de reformatio in pejus”.

Da decisão acima transcrita, é possível depreender que o E. Supremo Tribunal Federal decidiu questão jurídica idêntica de maneira diversa do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Isto porque, o E. Supremo Tribunal Federal, ao contrário do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu que até o terceiro dia anterior ao julgamento é possível a juntada de documentos para serem utilizados em plenário.

Todavia, não obstante esse fato, demonstra-se analiticamente o dissídio, nos moldes exigidos.

Com efeito, o acórdão recorrido e o paradigma tratam de **situações jurídicas idênticas**:

1. Em ambos os casos (recorrido e paradigma) cuida-se do prazo para juntada de documentos para serem utilizados durante o plenário do tribunal do júri;

2. Em ambos os casos (recorrido e paradigma) ocorreu o indeferimento da juntada de documentos protocolados no terceiro dia anterior ao julgamento sob a alegação de intempestividade ;

3. Em ambos os casos (recorrido e paradigma) a defesa dos réus impugnou a decisão de indeferimento dos documentos alegando que a mesma ocasionou nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa.

Pelos pontos acima, vê-se, portanto, que o acórdão recorrido e o acórdão paradigma tratam da mesma discussão jurídica: o modo de

contagem do prazo de 3 dias de antecedência para que possam ser juntados aos autos documentos a serem utilizados no plenário de julgamento.

No *decisum* recorrido está claro o posicionamento pelo qual os documentos só podem ser juntados até o quarto dia útil anterior ao julgamento:

“Contabilizados três dias a partir daquele marco (primeiro dia útil antecedente a 22.mar.2010, ou seja, 19.mar.2010, sexta-feira), constata-se que o prazo fatal para a juntada daquilo que se queria mostrar em Plenário se encerraria, como de fato se encerrou, ao fim do expediente forense da terça-feira, às 19:00 horas de 16.mar.2010”. (fls. 6.816/6.818)

No acórdão paradigma, também a decisão impugnada também adotou o mesmo método de contagem:

“Segundo consta dos autos, o pedido de juntada de novos documentos foi deduzido no dia 15 de abril de 2002, sendo que a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri estava designada para o dia 18 de abril subsequente.

O juízo atuante no primeiro grau de jurisdição indeferiu o pleito, considerando que o supra mencionado art. 475 do Código de Processo Penal determina que ‘os documentos devem ser juntados até 03 dias antes do julgamento’, o que não teria sido cumprido.

(...)

*Como se nota às fls. 241 destes autos, a defesa **apresentou documentos exatos três dias antes da data designada para o julgamento**, sendo evidente, portanto que bastava dar ciência, naquele mesmo dia, à acusação e sua assistência, de que a defesa realizaria sua leitura, **ainda que tal ciência se desse por simples despacho nos autos**, ou que se **determinasse que os advogados do réu providenciassem a referida comunicação.***

É como leciona, com clareza, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em comentários ao

referido art. 475 do Código de Processo Penal (Código de Processo Penal Comentado, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 790):
*'2. Prazo de três dias: **computa-se o dia do julgamento.** Assim, se este estiver designado para o dia 20, pode o documento ser apresentado, para ciência, à parte contrária até o dia 17. Logo, **não são três dias inteiros** (17, 18 e 19, devendo ser apresentado até o dia 16), **mas sim a contagem normal de processo penal, partindo-se do dia do julgamento para trás, não se incluindo o primeiro, mas incluindo-se o último (...)**'*
Assim, o indeferimento foi, efetivamente, ilegal".

Em outras palavras, a questão idêntica posta em discussão tanto no acórdão recorrido, como no acórdão paradigma, circunscreve-se a data até a qual é possível a juntada aos autos de documentos para que os mesmos sejam utilizados no plenário de julgamento, nos moldes do **art. 475 do Código de Processo Penal.**

Apesar de a matéria ser absolutamente idêntica, os acórdãos recorrido e paradigma tiveram entendimentos diversos e absolutamente contraditórios

Não obstante a identidade da situação jurídica, os casos tiveram tratamento absolutamente oposto, já que, no caso recorrido, o E Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que somente seria possível a juntada de documentos até o quarto dia anterior ao julgamento.

O acórdão do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, por sua vez, adotou método de contagem diversa. A partir do dia do julgamento foram contados três dias para trás, excluindo-se o primeiro, uma quinta-feira, 18 de abril de 2002, e incluindo-se o último, uma segunda-feira, 15 de abril de 2002, no qual ainda foi permitida a juntada de documentos. Em outras palavras, foi considerada tempestiva a juntada de documentos até o terceiro dia anterior ao julgamento.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLI TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

É nesse ponto que reside o dissídio entre o acórdão recorrido e o paradigma.

E, importante destacar, caso seja aplicado ao caso dos recorrentes o mesmo método de cálculo, iniciando-se a contagem no dia do julgamento e seguindo o cálculo três dias úteis para trás, excluindo-se o primeiro dia, a segunda-feira, 22 de março de 2010, e incluindo-se o último, a quarta-feira, 17 de março de 2010, tem-se que foi tempestiva a juntada de documentos neste último dia, tendo ocorrido indevido cerceamento de defesa pela prolação da decisão impugnada.

E, por fim, ainda pertinente mencionar que no acórdão paradigma o C. Supremo tribunal Federal concluiu que o cerceamento de defesa por indeferimento da juntada tempestiva de documentos constitui **nulidade absoluta**:

*“A meu ver, a **impossibilidade de realização ampla do contraditório e do direito de defesa** do paciente, com todos os meios a ela inerentes, é **causa incontestada de nulidade absoluta**. Como destacam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (Opus cit., p. 94). “a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta”.*

Assim, não importa o efeito que a leitura dos referidos documentos causaria nos jurados durante aquela sessão de julgamento. A defesa tinha, independentemente da relevância do seu conteúdo, o direito de ler aqueles documentos em plenário e, assim, tentar influenciar na decisão final dos jurados. (...)

Portanto, ofende o interesse público uma decisão que foi prolatada sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento do órgão julgado.

Do exposto, eu concedo a ordem, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Sumaré, com a possibilidade de leitura dos documentos cuja juntada foi requerida através da petição por

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

cópias às fls. 241/242. Fica desde logo vedada a reformatio in pejus da pena.

Assim, no referido dissídio jurisprudencial reside mais um fundamento do presente recurso, devendo, como já demonstrado, ser mantido o entendimento esposado pelo acórdão paradigma, de forma a que seja a presente ação penal **anulada**, de forma a que seja permitida a defesa juntar documentos antes da sessão plenária.

XII.d) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: ART. 271 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme se passará a analisar a seguir, a decisão recorrida foi proferida em sentido contrário ao que já fora antes decidido por outro Tribunal, no que tange ao disposto no art. 271 do Código de Processo Penal. O Acórdão recorrido expressamente concedeu à assistência de acusação prerrogativa que não lhe cabia, inexistente dentre as suas expressas funções legais.

Quinto paradigma.

Trata-se de Apelação Criminal julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, em 06 de outubro de 2009, sob a relatoria do Ministro Cássio José Barbosa Miranda e é assim ementado:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO E DA DEFESA. CRIME DE LATROCÍNIO. VÍTIMA, MAIOR DE SESENTA ANOS, ASSALTADA EM SUA RESIDÊNCIA E GOLPEADA ATÉ A MORTE. FATO OCORRIDO EM

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

04.01.2007. INTENÇÃO DOS MELIANTES DE SUBTRAIR A QUANTIA EQUIVALENTE A R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS), SUPOSTAMENTE GUARDADA NO INTERIOR DA CASA. CONDENAÇÃO DO APELANTE, DOMINGO SÉRGIO DE SANTANA BÉU, A 26 (VINTE E SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E PAGAMENTO DE 140 (CENTO E QUARENTA) DIAS-MULTA, NA RAZÃO DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE, À ÉPOCA DOS FATOS, PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 3º, ÚLTIMA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO DOS CORÉUS ENILSON DE SOUSA MAGALHÃES, APARECIDO SOUSA MENDES E VALDINÉSIO MALAQUIAS VIEIRA, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ARGUMENTOS DOS RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA AC Nº 79381-1/2008 – ACÓRDÃO 1 ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: 1. EXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DOS ACUSADOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONVERGENTES NESSE SENTIDO. ARGUMENTOS DO RECURSO DE DOMINGO SÉRGIO DE SANTANA BÉU: 1. NULIDADE PROCESSUAL POR INOBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES QUANTO À COLHEITA DE DOIS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. PRIMEIRA PRELIMINAR: VÍCIO NO DEPOIMENTO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO, QUE NÃO PODERIA FIGURAR COMO TESTEMUNHA NEM DEPOR EM NOME PRÓPRIO, RELATANDO FATOS QUE NÃO PRESENCIOU. REJEIÇÃO: O DEPOIMENTO DA ASSISTENTE DE ACUAÇÃO NÔ FOI PONDERADO PELO MM. JUIZ A QUO QUANDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO, NÃO SE INFERINDO QUALQUER PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF”, SEGUNDO O QUAL, CONSOANTE PRECEITUA O ART. 563 DO CPP, “NENHUM ATO SERÁ DELARADO NULO, SE DA NULIDADE NÃO RESULTAR PREJUÍZO PARA A ACUSAÇÃO OU PARA A DEFESA”. POR OUTRO LADO, NÃO FOSSE A TESTEMUNHA TAMBÉM ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO, O FATO DE SER VIÚVA DA VÍTIMA NÃO IMPEDIRIA A TOMADA DO COMPROMISSO DE ESTILO NEM QUE SE REPORTASSE AO FATO DELITUOSO POR OUVIR DIZER, TRATANDO-SE DE TESTEMUNHA AURICULAR. 2. (SEGUNDA PRELIMINAR DE NULIDADE A SER SUSCITADA PELO DESEMBARGADOR). 3. INSUFICIÊNCIA DE

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULÁ M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JÁCOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

PROVAS QUANTO À AUTORIA DO DELITO. INACOLHIMENTO. RECONHECIMENTO DO APELANTE PELA TESTEMUNHA OCULAR. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DÚVIDA QUANTO À AUTORIA DO CRIME. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO (ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). RECURSOS CONHECIDOS, DANDO-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS DA ACUSAÇÃO E NEGADO PROVIMENTO AOS DA DEFESA.

Classe: APELAÇÃO

Número do Processo: 79381-1/2008

Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Relator: CASSIO JOSE BARBOSA MIRANDA

Data do Julgamento: 06/10/2009

Comparando-se, então, detalhadamente, o acórdão paradigma e o acórdão recorrido, observamos que ambos guardam direta correlação ao discutir a impossibilidade de atuação do assistente de acusação como testemunha no processo.

1. Em ambos os julgamentos – do acórdão recorrido e do acórdão paradigma – o assistente de acusação habilitado funcionou também, na fase instrutória, como testemunha (não-compromissada) dos fatos:

Conforme se lê do acórdão paradigma:

“Ressalva que a esposa da Vítima figurou como Assistente de Acusação e como testemunha, o que não poderia ter ocorrido, incorrendo assim em nulidade por descumprimento ao preceito do art. 223, parágrafo único e art. 192, ambos do Código de Processo Penal, havendo, portanto, que ser desconsiderado.

(...)

Sustenta o Apelante, Domingo Sérgio Santana Béu, incorrer nulidade processual o presente feito, em virtude de a Assistente de Acusação ter prestado depoimento testemunhal.” (acórdão paradigma, fls. 5/6, 8, g.n)

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

O acórdão recorrido trata da exata mesma alegação de nulidade, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

“Preliminarmente, pretexta-se nulidade do processo, face (i) indeferimento dos pedidos de (i.a) realização de reprodução simulada, (i.b) animação gráfica, (i.c) exibição da tela de proteção retirada do local dos fatos, (i.d) reexame, com luzes forenses, do local dos fatos e dos lençóis das camas dos irmãos da vítima, (i.e) realização de contraprova no material biológico conservado, (i.f) juntada de documentos para exibição em plenário, (i.g) cumprimento de diligência pendente de ultimação, (i.h) realização de transmissão televisiva; (ii) oitiva da assistente de acusação, (iii) presença de assistente técnico da assistente de acusação em plenário, (iv) falha na quesitação, (v) impedimento da perita” (acórdão paradigma, fls. 6797/6798, g.n).

2. Muito embora tratem ambos os acórdãos de exatamente a mesma problemática, o entendimento alcançado pelos dois tribunais foi diverso.

O Tribunal de Justiça da Bahia, no acórdão paradigma, citando inclusive outros julgados, rechaçou expressamente a possibilidade do assistente de acusação atuar também como testemunha do processo:

“É verídico que o Assistente de Acusação não pode prestar depoimento testemunhal, sob pena de nulidade, consoante entendimento dominante dos Tribunais pátrios:

“O assistente de acusação, como é cediço, não pode ser ouvido como testemunha e, se já tiver deposto antes de habilitar-se nos autos, seu depoimento se desvaloriza a ponto de se tornar imprestável.” (TACRIM – SP – 4ª. C. – AP 546.501 – Rel. Oliveira Ribeiro – j. 07.08.1989 – RT 646/295).

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIÓLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“Entre os direitos atribuídos ao assistente no art. 271 do CPP não se contempla o de poder ser ouvido como testemunha. Seria o mesmo que o representante do Ministério Público, a certa altura, sem afastar-se do processo, resolver prestar seu testemunho sobre os fatos relacionados à ação delituosa.” (TJSP – 3ª C. – Rec. 31.163-3 – Rel. Gentil Leite – j. 12.11.1984 – RT 593/315)” (Acórdão paradigma, fl. 8, g.n).

O acórdão recorrido, de outro lado, não chegou à mesma conclusão e, entendendo inexistir previsão legal que o impeça, acatou a possibilidade da oitiva de assistente de acusação como testemunha:

“E assim deveria efetivamente ser, vez que, como se infere do art. 202, do Código de Processo Penal, “toda pessoa poderá ser testemunha”.

Não havendo na legislação processual pátria qualquer causa impeditiva, ou mesmo restritiva, que inviabilize o ato.

Muito embora se reconheça, é certo, que a assistente de acusação sempre atua de forma parcial no processo criminal, também é verdade que a norma processual simplesmente permite a oitiva de pessoas cuja ‘parcialidade’ é manifesta (‘rectius’: vítima). (...).

Se a lei admite o mais – oitiva da vítima -, admite evidentemente, o menos – colheita das palavras da assistente de acusação”
(acórdão recorrido, fl. 6826, g.n.).

Conforme se pode observar, os acórdãos comparados chegaram a conclusões diametralmente opostas no que diz respeito à possibilidade de atuação do assistente de acusação do processo também como testemunha, verificando-se o dissídio entre os Tribunais de Justiça de São Paulo e da Bahia.

Cumpra aqui, ainda, prestar mais um esclarecimento em relação à comparação realizada. É bem verdade que o acórdão paradigma – mesmo reconhecendo a ilegalidade no depoimento testemunhal do assistente de acusação – não declarou a nulidade do ato, por entender inexistir prejuízo no caso concreto:

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALÍCE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“No entanto, tal depoimento, da Assistente de Acusação, não foi ponderado quando da prolação da Sentença, não ocasionando qualquer prejuízo, nos moldes do art. 563, do Código de Processo Penal, havendo que se atentar ao Princípio ‘Pas de nullité sans grief’” (acórdão recorrido, fl. 8, g.n).

Ocorre que o caso em tela – em que pese a similitude no que diz respeito ao depoimento da assistente de acusação – trata de um procedimento do júri, cujo eventual prejuízo ao réu, ao contrário do caso paradigma, não pode ser inferido da “prolação da sentença”.

Como é sabido, o júri não é obrigado a motivar as suas decisões e tampouco o seu convencimento, de forma que impossibilitada fica a análise acerca do impacto do depoimento da assistente de acusação na decisão de condenação. Sendo assim, imperativo seria, como princípio de justiça, a anulação do ato tido como ilegal.

Vale destacar ainda que mesmo que se pudesse inquirir a respeito do impacto do depoimento de Ana Carolina Jatobá em plenário, todos os indícios apontam para efeitos devastadores sobre o júri. É o que se pôde analisar no tópico anterior ao tratar da matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo* sobre a comoção de uma das juradas com o depoimento da mãe da vítima.

Diante do exposto, pelos acórdãos juntados e pela análise e transcrições feitas dos mesmos verifica-se, no caso, o dissídio jurisprudencial necessário à admissibilidade do recurso especial e ao seu posterior provimento, de forma a dar ao caso entendimento correto, consonante com o disposto no art. 271 do Código de Processo Penal.

XII.e) DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – USO DE QUALIFICADORA.

Sexto Paradigma.

O acórdão paradigma trata-se de decisão da 5ª Turma desse E. Superior Tribunal de Justiça, proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.034.257/SE (publicada no DJe em 31/08/2009), interposto em face de acórdão que mantinha sentença condenatória do recorrente pelo delito homicídio duplamente qualificado – delito de semelhante ao tratado nestes autos.

Os acórdãos, ora invocado como paradigma e o recorrido, guardam correlação, **porque discutem a possibilidade, ou não, de utilização de qualificadora convertida em circunstância agravante para se majorar a pena-base.**

A decisão paradigma, na parte que diz respeito à dosimetria da pena (fl.9 do acórdão juntado), afirma:

“Destacou ainda [a decisão recorrida] que seriam ‘as circunstâncias desfavoráveis, vez que o crime ocorreu em lugar ermo, aproveitando-se da ausência do trânsito de pessoas’”.

Ou seja, trata o acórdão paradigma de circunstância do crime (“*lugar ermo*”) tida como desfavorável pela instância inferior.

Também o acórdão recorrido lida com circunstância do crime, em princípio, valorada desfavoravelmente:

“No dia dos fatos, muito embora tenham tido, aparentemente, um dia tranqüilo com a vítima e os filhos em comum, os réus resolveram, já próximos ao momento de descanso das crianças, investir contra aquela,

agredindo-a, arremesando-a ao chão, sufocando-a e, por fim, defenestrando-a.

(...)

Conduta verdadeiramente covarde, gratuita e desnecessária, a revelar, por sem dúvida, personalidades deformadas e índoles perversas.

(fls.69/70 do acórdão recorrido)

Porém – e aí reside o dissídio –, o acórdão paradigma considera que a circunstância agravante não pode ser utilizada na valoração de circunstância judicial, para fins de exasperar a pena-base:

“Trata-se aqui da forma de execução do crime. Contudo, esta já foi considerada quando do acolhimento pelos jurados da qualificadora inserta no inciso III, do parágrafo 2º do art. 121 do CP e, utilizada, pelo Magistrado, como agravante na segunda fase de aplicação da pena. Dessa forma, assim como foi considerado em relação aos motivos, utiliza-la negativamente aqui seria incorrer, da mesma forma, em vedado bis in idem”

(fl.09 do acórdão paradigma – grifamos e sublinhamos)

De **maneira oposta** decide o acórdão recorrido:

“A demonstrar, então, a culpabilidade, a personalidade dos réus e as circunstâncias do delito, que possibilitam plenamente, com fundamento no art. 59, ‘caput’, do Cód.Penal, a exasperação das penas de ambos os réus.”

(fl.70 do acórdão)

Evidente que a mesma situação jurídica (circunstância agravante usada na valoração de circunstância judicial) do artigo 59 do Código Penal foi interpretada de modo diverso:

1. O acórdão recorrido encarou a circunstância agravante como circunstância judicial desfavorável, justificando nela o incremento da pena-base.

2. O acórdão paradigma afirmou que uma circunstância agravante não pode não pode fazer crescer a pena-base, a título de circunstância judicial, visto que o prejuízo já está insito ao tipo penal, sendo analisado pelo legislador quando da fixação da pena *in abstracto*.

Deste modo, pelos acórdãos juntados e pela análise e transcrições feitas dos mesmos, verifica-se, no caso, o dissídio jurisprudencial necessário à admissibilidade do recurso especial.

Portanto, impende que essa Corte resolva a dissensão suscitada, concluindo pelo desacerto da interpretação sustentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

XII.f) DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL: ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – USO DE ELEMENTOS INIDÔNEOS NA VALORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, DE FORMA A SE AUMENTAR A PENA-BASE.

Sétimo Paradigma.

O acórdão recorrido também deu tratamento diverso do dispensado por esse E. Superior Tribunal de Justiça em caso muito semelhante ao presente.

O acórdão paradigma aqui invocado trata-se de decisão da 6ª Turma desse E. Superior Tribunal de Justiça, proferida nos autos

do Recurso Especial nº 1.012.187/SP (publicada no DJe em 20/10/2008), interposto em face de acórdão que mantinha sentença condenatória do recorrente pelo delito homicídio duplamente qualificado – mais uma vez, delito semelhante ao tratado nestes autos.

Os acórdãos paradigma e recorrido guardam correlação, porque discutem a possibilidade de se considerar como consequências do crime de homicídio qualificado doença física ou moléstia psicológica em familiar da vítima.

A decisão paradigma, na parte que diz respeito aos fatos que teriam sido considerados como consequências do crime, no momento da dosimetria da pena (fl.9 do acórdão juntado), afirma:

“No último ponto da fixação da pena-base o Juiz lançou mão das consequências do crime. Disse que o réu desestruturou uma família e não considerou, com a sua conduta, o fato da mãe da vítima sofrer de depressão.”

(fl.49 do acórdão paradigma)

Impossível deixar de transcrever aqui, também, porque presente no acórdão paradigma, trecho da sentença condenatória proferida naquele caso, onde se lê:

“Em relação às consequências do crime, não se pode ignorar que o ato do réu desestruturou toda uma família, trazendo os traumas decorrentes da perda da filha amada e reflexos na saúde física do pai da vítima, como se viu e ouviu neste Plenário. Mais, sequer levou em consideração que a mãe da vítima já possuía quadro de depressão, fato este que já era de seu conhecimento, como sua própria irmã indicou durante este julgamento.”

(fl. 47 do acórdão paradigma)

Pelo que se vê de ambos os trechos retirados do



acórdão paradigma, a pena naquele caso foi majorada, a título de consequências do crime, porque o pai da vítima teria adoecido em razão da morte e, também, em razão do recorrente não ter levado em consideração o fato da mãe da vítima apresentar quadro de depressão à época do fato.

No presente caso, o acórdão recorrido também elevou a pena-base do recorrente em função de pretensas consequências do crime:

“Outro aspecto que não pode escapar à apreciação do julgador, como de fato não escapou, é a consequência do crime, o mal causado pelo homicídio. E quanto a isso, sabe-se bem a gigantesca e inesgotável dor sentida pelos familiares daquela, especialmente pela genitora da vítima.

O sofrimento foi tão imenso, tão degradante, tão incomum a tantos outros que, lamentavelmente, ocorrem nos quatro cantos do país afora, que se pode até revivê-los, à leitura dos seus longos e duradouros depoimentos prestados em Inquisitório e em juízo.

Verdadeiro pesadelo àquela, que tem e terá de conviver com ele, infelizmente, até o fim de seus dias, certamente, sempre lembrando, não fora o só fato, mas também em face à gigantesca – e até desnecessária – cobertura da mídia sobre o triste e lamentável episódio que envolveu a morte de sua querida filha.

(...)

Dor emocional tão intensa, repita-se, que ao ensejo do julgamento popular, dois anos após os fatos, a genitora da vítima ainda se encontrava – e muito certamente ainda se encontra – em situação aguda de estresse, f.6.342.”

(fls.70/71 do acórdão recorrido)

Como se vê, a exemplo do que ocorreu no caso representado pelo acórdão paradigma, em que se considerou doenças físicas e psíquicas em familiares da vítima como consequências do crime, também no acórdão recorrido considerou-se “a situação aguda de estresse” da mãe da vítima – causada pela “gigantesca – e até desnecessária – cobertura da mídia sobre o triste e lamentável episódio que envolveu a morte de sua querida filha”.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

No acórdão recorrido, reconheceu-se que tais fatos poderiam ser utilizados para aumentar a pena-base dos recorrentes, à título de consequências do crime:

“De sorte que, considerada a enorme barbaridade praticada, sua desnecessidade, a personalidade de cada um dos réus e o sofrimentos da família da pequena vítima, mostra-se suficientemente adequada a exasperação procedida pela origem.”

(fl.72 do acórdão recorrido)

Ocorre que, no acórdão paradigma, tal questão recebeu tratamento diverso daquele dado pelo acórdão recorrido:

“Na hipótese, tenho que a justificativa ultrapassa os dados da censurabilidade, porquanto posta fora do campo da análise do agente, do fato e da vítima.

Resta inegável que a perda de um filho, talvez o mais querido ente familiar, é sempre motivo de sofrimento irreparável, de aflição emocional inigualável, muitas vezes deixando nos pais profundas feridas, ao que, tudo indica, ocorreu com a família de Sandra Gomide.

Conquanto seja esta a realidade, não se pode perder de vista que a fixação da pena obedece aos parâmetros constitucionais da individualização, que deve partir do fato principal, isto é, no caso dos autos, do evento que resultou na morte da vítima.

Assim, quanto às consequências do crime, penso que o Juiz se valeu de subsídios que, em tese, compõem subjacências do fato criminoso, para agravar a situação do réu, o que não poderia ter sido feito, porquanto tal apuração excede a análise do direito sobre o fato.

Neste caso, a dosimetria merecerá a devida reposição.”

(fl.49 do acórdão paradigma)

Resta evidente, mais uma vez, que a mesma situação jurídica (fatos alheios aos resultados do crime) relativa a uma das circunstância do artigo 59 do Código Penal foi interpretada de modo diverso:

1. O acórdão recorrido aceitou como circunstância judicial desfavorável (consequências do crime) o estado de estresse da mãe da vítima, causado não só pelo fato em si, mas pelo assédio da imprensa e por sua participação no processo, justificando nesses fatos o aumento da pena-base.

2. O acórdão paradigma asseverou que o estado de saúde físico e psíquico dos familiares constitui subsídios subjacentes ao fato criminoso, não se podendo utilizar tais elementos para agravar a pena-base do réu, a título de consequências do crime.

Assim, frente ao cotejo analítico realizado acima, é de se concluir haver dissídio jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigma, devendo-se, portanto, resolver-se tal dissensão, concluindo pelo desacerto da interpretação sustentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

XIII. CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO PRESENTE RECURSO ESPECIAL

Após serem expostas as razões de direito do pedido de reforma do V. Acórdão recorrido, cumpre demonstrar o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade do presente Recurso Especial conforme exigido pelo art. 26, inciso II, da Lei 8.038/90.

XIII. a) CABIMENTO PELA CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL.

Quanto ao cabimento do presente recurso, configura-se a hipótese prevista no art. 105, inciso III, alínea “a”, segundo a qual caberá Recurso Especial quando a decisão recorrida “*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*”.

Além disso, em relação a cinco das matérias versadas neste recurso especial, especificamente acerca do não cumprimento de diligência anteriormente requerida (art. 422 do CPP); do impedimento de perito para subscrever laudo complementar (art. 279, II, do CPP); do indeferimento de juntada de documentos dentro do tríduo legal (art. 479 do CPP); da presença de assistente de acusação como testemunha em plenário (art. 271 do CPP) e da dosimetria da pena (art. 59 do CP), também se verifica a ocorrência de dissídio jurisprudencial, de modo que o presente Recurso Especial também encontra amparo na alínea “c”, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal.

Conforme foi demonstrado nas razões recursais, inúmeros dispositivos de Lei Federal foram contrariados e outros tantos deixaram de ser aplicados pelo acórdão recorrido.

De fato, **o art. 422 do Código de Processo Penal** restou, por diversas vezes e sob variados ângulos, violado. **Primeiro**, em decorrência do indeferimento da realização de **reprodução simulada**. **Segundo**, em razão do indeferimento de **animação gráfica**. **Terceiro**, diante da negativa de **exibição à defesa da tela de proteção** retirada do local dos fatos para confronto de perfuração. **Quarto**, em decorrência do indeferimento do **reexame com luzes forenses** do local dos fatos e dos lençóis das camas dos irmãos da vítima. **Quinto** e finalmente, em razão do **não cumprimento de diligência já deferida**.

Todas essas teses foram expressamente ventiladas pelos recorrentes desde a sessão plenária. Ainda, em razões de apelação, dedicou a Defesa tópicos específicos para abordar cada uma das matérias,

aduzindo de maneira direta que os indeferimentos realizados pelo magistrado singular implicariam em violação direta do art. 422 do Código de Processo Penal.

O Tribunal *a quo*, por seu turno, enfrentou cada uma das arguições trazidas pela Defesa, fazendo, inclusive e por diversas vezes, menção expressa ao artigo de Lei que os recorrentes imputam violado:

*“Por primeiro, pretexta-se **nulidade do feito**, em face ao indeferimento de realização de **nova reprodução simulada**, em relação aos fatos aqui tratados, com as versões de que terceira pessoa teria cometido o delito, ou que a queda da vítima teria sido acidental.*

Sem razão, no entanto”.

(...)

*“Quanto à pretendida **nulificação do processo**, em razão do indeferimento **do pedido de realização de animação gráfica**, supostamente elaborado “com a tese acusatoria” (f. 6.454), **melhor sorte não assiste aos acusados.**”*

(...)

(...) a pretensão não tinha, e não tem ainda, qualquer fundamento.

Dês que ela – a animação gráfica – não constitui prova, tecnicamente falando”

(...)

*“O mesmo se diga quanto à pretendida **exibição das telas originais de proteção** retiradas do quarto da vítima e do quarto dos irmãos desta, para confronto de perfuração.*

Em verdade, a defesa formulou pleito, durante a fase do art. 422 do Cód.Proc.Penal (...)

(...)

Some-se a isso tudo, ainda, que não se entrevê – nem se aponta, esta a verdade -, como, onde ou porque teria ocorrido a acenada nulidade pela ofensa à legislação de regência, ou, muito menor, a tema constitucional”.

*“Já quanto à pretendida nulificação processual, face ao indeferimento do pedido de **reexame, com luzes forenses, do local dos fatos e dos***

lençóis das camas dos irmãos da vítima, sem razão os acusados, mais uma vez.

*Sempre respeitosamente e data vênia,
Afinal, evidentemente despicienda a diligência”*

(...)

*“No que diz ao **indeferimento do cumprimento de 'diligência' já deferida**, também aqui sem razão qualquer a alegação de nulidade.*

(...)

A duas porque ‘não se trata, assim, de indeferimento de diligência indispensável requerida pela defesa, na fase do art. 422 do CPP, e que estivesse pendente de realização, mas sim de providência de ofício, determinada pelo nobre juiz-presidente, dentro de sua prerrogativa expressamente prevista no art. 497, inc. XI, do CPP, em relação à ordenação de provas.”

De igual forma, houve violação **aos artigos 159, §6º, 279, II e 422 do Código de Processo Penal**, decorrente do indeferimento da realização de contraprova no material biológico preservado, tendo a Defesa expressamente abordado a matéria em razões recursais. Na oportunidade, ressaltou-se:

“Substituir esse direito de contraprova por nova prova pericial, realizada por perito oficial, sendo os assistentes meros expectadores dessa diligência, não atende a esse direito da parte, configurando verdadeiro cerceamento do direito à produção de provas no processo penal.

Cerceamento este que é causa de inequívoca nulidade, diante da violação ao artigo 5º, inciso LIV e LV, da Const. Federal e artigos 159, inciso II, 279, inciso II, e 422 do Código de Processo Penal”.

O Tribunal paulista expressamente consignou que *“não há como se nulificar o processo, em razão do indeferimento do pedido de realização de contraprova no material biológico conservado”,* tendo, pois, analisado diretamente a matéria.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Ainda, no que tange à violação do **art. 479 do Código de Processo Penal**, resultante do indeferimento da juntada tempestiva de documentos para o plenário, a tese também vem sendo argüida, há tempos, pela Defesa. De fato, desde a sessão Plenária, pugna-se pela nulidade do feito pelo desrespeito ao artigo de Lei mencionado. Em apelação, a questão foi, em tópico denominado “7. *Nulidade: Indeferimento da juntada tempestiva de documentos para o plenário (infringência ao artigo 5º, inciso LIV e LV, da Const. Federal e ao art. 479 do Código de Processo Penal)*”, exaustivamente tratada pela Defesa.

De igual forma, o Tribunal paulista, analisou a matéria, tendo aduzido que o pedido defensivo teria restado indeferido “*por ofensa ao art. 479, caput, do Cód. Proc. Penal*”.

Na mesma linha, a contrariedade aos artigos 279, II, 271 e 159, *caput*, parágrafos e incisos, do Código de Processo Penal, resultante, respectivamente, do impedimento de perito oficial para atuar no feito, da oitiva da assistente de acusação em plenário e a ilegal presença do assistente técnico do assistente de acusação em plenário, foram matérias tratadas à saciedade no presente feito.

Vê-se das razões recursais que, a cada uma, a Defesa dedicou tópico próprio, preocupando-se em ressaltar a violação à lei federal que implicavam:

“6. NULIDADE: DO IMPEDIMENTO DA PERITA OFICIAL ROSANGELA MONTEIRO PARA SUBSCREVER LAUDO COMPLEMENTAR (INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 5º, INCISO LIV E LV, DA CONST. FEDERAL E ARTIGO 279, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

(...)

9. NULIDADE: DA OITIVA DA ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO (INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 5º, INCISO LIV E LV, DA CONST. FEDERAL E AO ART. 271 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

(...)

10. NULIDADE: DA ILEGAL PRESENÇA DO ASSISTENTE TÉCNICO DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO (INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 5º, INCISO LIV E LV, DA CONST. FEDERAL E AO ART. 159 CAPUT, INCISOS E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

O Tribunal recorrido, também se manifestou com relação as referidas teses:

“Sorte não assiste aos acusados, quando pretendem o reconhecimento de impedimento da perita oficial, Dra. Rosângela Monteiro, para subscrever laudo técnico de esclarecimento aos questionamentos feitos na fase do art. 422, do Digesto Processual Pátrio

(...)

“Donde a inaplicabilidade do art. 279, inciso II, do Cód. Proc. Penal, e consequente rejeição desta matéria preliminar”

(...)

“Outra vez e igualmente sem razão a defesa quando postula a nulificação do feito, em face à oitiva da assistente de acusação em plenário”

(...)

“De igual forma, não prospera a alegada nulidade decorrente da presença de assistente técnico na bancada destinada à assistência da acusação”

Em relação às demais matérias versadas no presente Recurso Especial, a indevida condenação pelo crime de fraude processual e a equivocada aplicação da qualificadora do homicídio consistente na finalidade de ocultação de outro delito representaram clara contrariedade, respectivamente, **aos artigos 347 e 121, § 2º, inciso V do Código Penal e 593, inciso III, alínea “b” e §1º do Código de Processo Penal.**

Em sede de apelação, trouxe a Defesa, explicitamente, a questão à análise do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, por seu turno, considerou ambas as matérias:

*“Quanto ao delito de **fraude processual** (art. 347, § único, do Código Penal), a decisão popular também não se mostrou contra as evidências dos autos.*

(...)

E nem se diga que a conduta é atípica.”

“O mesmo se diz a respeito da qualificadora prevista no inciso V, do art. 121, § 2º, do Código Penal – assegurar a ocultação de crime precedente.

*Dês que a defenestração da vítima resultou da tentativa de se **ocultar as diversas agressões precedentes** praticadas pelos recorrentes – golpe com instrumento contundente, queda no piso do apartamento, asfixia mecânica - , e que causaram àquelas inúmeras lesões por todo o corpo, tais como corte na região da cabeça, ferimentos na bacia, vulva, pulso direito e pescoço.*

(...)

Acertadíssimas, portanto, as qualificadoras”

Por fim, a questão relativa à imposição da pena aos recorrentes em claro desrespeito aos critérios de fixação definidos pelo **art. 59 do Código Penal**, foi objeto de longa e detalhada exposição defensiva em razões de apelação, na qual se dedicou 40 páginas para esse fim.

O Tribunal recorrido, por seu turno, também tratou expressamente da matéria:

*“Para ambos os recorrentes, pena-base fixada acima do mínimo legal, em 1/3, consideradas a **culpabilidade, personalidade dos agentes, circunstâncias, conseqüências do delito, e demais circunstâncias do art. 59, caput, do Código Penal – chegando-se ao patamar de 16 anos de reclusão.***

(...)

Sendo assim, constata-se que todas, absolutamente todas as circunstâncias judiciais utilizadas pelo douto magistrado de origem para exasperar as penas dos réus restaram bem analisadas e justificadas, não merecendo, por isso, qualquer reparo”

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JÚNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL + ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Como se vê, tranquilamente preenchido o requisito do prequestionamento das matérias recorridas, vez que todos os tópicos levantados pela defesa em sua apelação **foram analisados no acórdão impugnado**. E, como se isso não fosse suficiente, por precaução a defesa ainda opôs **embargos de declaração para fins de sanar omissão do acórdão recorrido**, constando da decisão do Tribunal paulista:

“Todas, absolutamente todas, as questões trazidas à discussão foram detalhada e minuciosamente dirimidas em sede recursal.

*Tanto que os próprios embargantes apontam, eles mesmos, os artigos de lei enfrentados pelo decisório (art. 5º, IX, XIV, XLVI, LIV, L, LX, art. 93, X, art. 220, 1º, todos da Constituição Federal, **art. 59, 121, § 2º, V, art. 347, todos do Cód. Penal e art. 159, art. 271, art. 279, II, 422, art. 473, art. 792, art. 798, todos do Cód. Proc. Penal**)”.*

Considerando tratar-se o prequestionamento de um **debate prévio** da matéria legal arguida, observa-se que este requisito de admissibilidade encontra-se devidamente cumprido nos autos.

Com efeito, todas as argumentações despendidas foram **discutidas explicitamente no acórdão recorrido**, inclusive com menção aos dispositivos legais que a defesa imputa violados.

Além disso, há que se ressaltar que os dispositivos de Lei Federal em análise foram diretamente contrariados, posto que possuem comandos explícitos e de aplicação imediata, independentemente de regulamentação por lei estadual ou por norma infra-legal.

Ainda, é absolutamente tempestivo o presente recurso, na medida em que o acórdão que julgou os embargos de declaração opostos ao acórdão da apelação foi disponibilizado no Diário Eletrônico no dia 31

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALÉCIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALÉCIO
ADVOGADOS

de agosto de 2011 (considerando-se publicado, portanto, no dia 1º de setembro de 2011).

Neste ponto, ressalte-se, os 15 dias de interposição da via excepcional, portanto, esgotaram-se no dia 16 de setembro de 2011, data em que o presente recurso foi protocolado.

Por tais razões, estando cumpridos os requisitos de admissibilidade do presente Recurso Especial, o recorrente espera o conhecimento do seu inconformismo.

XIII.b) CABIMENTO PELO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

Nos termos do artigo 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal, compete a esse EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

*“...julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados (...) **quando a decisão recorrida (...) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal**”.*

Vê-se, portanto, que esse E. TRIBUNAL possui a mais relevante função para a prestação jurisdicional, já que, ao unificar o entendimento jurisprudencial de todos os Tribunais brasileiros, assegura aos jurisdicionados a **segurança jurídica**, tão cara ao Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, foi este E. TRIBUNAL incumbido, pelo legislador constitucional, de uniformizar a interpretação e aplicação da legislação federal, evitando-se a contradição entre decisões de diversos Tribunais.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

O cabimento do presente recurso pela existência de interpretação divergente de lei federal por diferentes Tribunais do país também ficou bem evidenciado.

No que tange à *demonstração do dissídio*, é preciso afirmar que foi realizado, como visto acima, o necessário **confronto analítico** entre o presente caso e os acórdãos paradigmas selecionados, tendo sido apontadas as circunstâncias que identificam e assemelham as hipóteses analisadas, nos exatos termos do artigo 255, § 2º do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Nesse passo, não só se cuidou de citar a ementa dos acórdãos paradigmas, como também se cuidou de fazer citações de todo o conteúdo dos julgados, de molde a demonstrar com a clareza tanto a necessária identidade jurídica da matéria versada nos os paradigmas e no caso recorrido, como o dissídio no tratamento conferido a esta causa jurídica similar.

Quanto à *comprovação do dissídio*, é importante ressaltar que se faz a juntada de cópia integral dos acórdãos paradigmas selecionados, fazendo constar, conforme determinação expressa do RISTJ, declaração de autenticidade assinada por co-subscritor da presente.

No mais, as decisões paradigmas foram proferidas por Tribunais diversos daquele cuja decisão ora se recorre, o que ressalta a presença dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso.

Importante salientar que, com relação aos acórdãos paradigmas do Supremo Tribunal Federal, não estão eles assentados em matéria constitucional, dizendo respeito especificamente à afronta ao art. 279, II e art. 475, ambos do Código de Processo Penal, sendo, portanto, absolutamente válido para fins do dissídio previsto na alínea “c”, do art. 105, III, da Constituição Federal.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSÓN G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Preenchidos os pressupostos recursais e os requisitos específicos do presente recurso especial, deve o mesmo ser admitido tanto em sede de juízo provisório, quanto em sede de juízo definitivo de admissibilidade.

XIV. PEDIDOS.

Diante do exposto, os recorrentes requerem dignem-se esse E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA de **conhecer e prover** o presente recurso especial, **reformando-se a decisão** recorrida, para que:

1- Seja reconhecida e declarada a nulidade dos despachos proferidos na fase de requerimento de diligências preparatórias ao julgamento, a saber, as decisões de de fls. 4666/4675, 4688/4694, 4949 e 6338 e dos atos a ele posteriores, inclusive do julgamento dos recorrentes, em virtude do indeferimento dos pedidos: (i) de realização de reprodução simulada e animação gráfica; (ii) de exibição das telas de proteção; (iii) de reexame com luzes forenses do local dos fatos e dos lençóis dos irmãos da vítima; (iv) de cumprimento de diligência já deferida no curso da preparação do procedimento para o julgamento, tudo em evidente cerceamento do direito de defesa e em nítida contrariedade às disposições do artigo 422 do Código de Processo Penal.

2- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 4672, e dos atos a ele posteriores, inclusive do julgamento dos recorrentes, pelo indeferimento do pedido de contra-perícia no material biológico conservado no Instituto de Criminalística, em virtude de nítida contrariedade às disposições dos artigos 159, parágrafo 6º, 279, inciso II e 422 do Código de Processo Penal.

3- Seja reconhecida e declarada a nulidade do laudo de fls. 4799/4815, e dos

atos a ele posteriores, inclusive do julgamento dos recorrentes, pelo impedimento da perita que o subscreveu, visto a contrariedade às disposições do artigo 279, inciso II, do Código de Processo Penal.

4- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 5505 e verso, e dos atos a ele posteriores, inclusive do julgamento dos recorrentes, pelo indeferimento da juntada tempestiva de documentos que seriam utilizados em plenário, cerceando o direito de defesa em nítida contrariedade às disposições do artigo 479 do Código de Processo Penal.

5- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 6339, e dos atos a ele posteriores, inclusive do julgamento dos recorrentes, seja (i) pelo indeferimento do protesto formulado referente à oitiva da assistente da acusação, o que configura nítida contrariedade às disposições do artigo 271 do Código de Processo Penal, seja (ii) pelo indeferimento do protesto formulado referente à presença do assistente técnico da assistente de acusação em plenário, o que configura nítida contrariedade às disposições do artigo 159, *caput*, parágrafos e incisos do Código de Processo Penal.

6- Seja excluída da condenação dos recorrentes a qualificadora da ocultação de outro crime, uma vez que a circunstância que qualificou o delito (esganadura) foi tida como parte integrante do próprio delito de homicídio, contrariando as disposições do art. 121, §2º, inciso V, do Código Penal.

7- Sejam os recorrentes absolvidos da prática do delito de fraude processual, tendo em vista a afronta ao artigo 347, Código Penal;

8- Em caso de serem denegados os pedidos 1 a 5 acima e independentemente de acolhimento dos pedidos 6 e 7, requerem os recorrentes sejam reconhecidos e declarados os erros e injustiças no tocante à aplicação da pena imposta aos apelantes, procedendo-se à retificação da sentença, com a redução, ao máximo, da reprimenda, por meio da aplicação da pena base no mínimo cominado aos

ROBERTO PODVAL

ODEL M. J. ANTUN

PAULA M. INDALECIO GAMBÔA

MARCELO G. G. RAFFAINI

LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL-ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

delitos mantidos na condenação, bem como pela aplicação das frações mínimas das qualificadoras, agravantes e causas de aumento, a fim de sanar as contrariedades aos artigos 5º, inciso XLVI e 93, inciso IX., ambos da Constituição Federal.

ROBERTO PODVAL
OAB/SP 101.458

ODEL MIKAEL JEAN ANTUN
OAB/SP 172.515

MARCELO G. G. RAFFAINI
OAB/SP 222.933

LEONARDO DE AGUIAR SILVEIRA
OAB/SP 309.338