

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

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

CÓPIA

Ref.: Apelação Criminal nº 990.10.251309-2

TJSP2016JHC 168211 16145 2011.00964173-2(31)

**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 de seu
complemento de fls. 6923/6927 (embargos de declaração), vêm, à presença de
Vossa Excelência, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição
Federal, tempestivamente, interpor Recurso Extraordinário para o E. SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL, 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 ALEXANDRINA V. OLIVER

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO

DANIEL ROMEIRO

VIVIANE S. JACOB RAFFAINI

RAFAEL CARLISSON G. CUSTÓDIO

ALEXANDRE PACHECO MARTINS

ALICE RIBEIRO DA LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

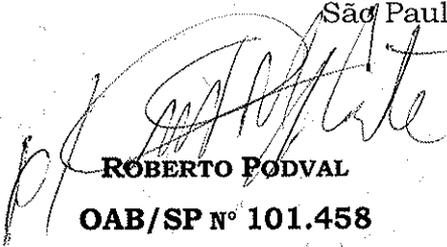
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILO TOSI

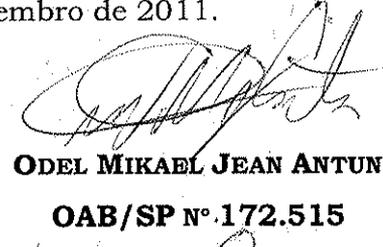
PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

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.

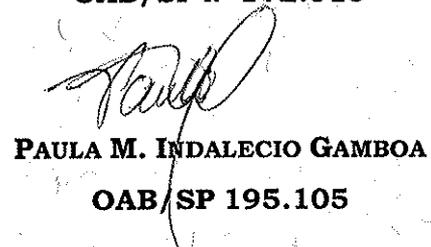


ROBERTO PODVAL
OAB/SP Nº 101.458



ODEL MIKAEL JEAN ANTUN
OAB/SP Nº 172.515

MARCELO GASPAR GOMES RAFFAINI
OAB/SP Nº 222.933



PAULA M. INDALECIO GAMBOA
OAB/SP 195.105

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCÉLO 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 EXTRAORDINÁRIO

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 Supremo Tribunal Federal,
Excelentíssimos Srs. Ministros,
Íncrito Procurador Geral da República.

“Os rojões que algum infeliz teve ideia de soltar quando saiu o veredicto ressoaram como uma terrível lembrança de patologias sociais latentes. Não se comemorava “justiça”, que todo cidadão deve prezar e desejar, mas sim “vingança”. Se não houvesse os muros do tribunal e a corrente de policiais entre a massa e os réus, certamente teria havido linchamento. A agravante é que, estimulada pela mídia sensacionalista, essa massa parecia não distinguir realidade de ficção. Esperava-se o desfecho do caso como um dia de eliminação do Big Brother Brasil. Houve uma emissora de TV que, horas antes do veredicto, pôs no ar uma enquete para que o telespectador decidisse

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

se o casal era "culpado" ou "inocente". O linchamento, que poderia ser físico, se deu de modo virtual. Uma sociedade que assim se comporta é cúmplice da violência que supostamente repudia. Mesmo sem antecedentes criminais, os réus foram mantidos presos durante dois anos, até seu julgamento, sob o argumento de que era necessária a "preservação da ordem pública" e também porque havia um "clamor público" causado pelo crime. Ou seja: a vingança parece ter começado antes do julgamento. É a confissão da falência do sistema.(...)(Marcos Guterman, O caso Isabella e a Sede de Vingança) ¹

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.

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.

¹<http://blogs.estadao.com.br/marcos-guterman/o-caso-isabella-e-a-sede-de-vinganca/>.

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

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 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.

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



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 tiveram trâmite junto a este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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 aos dispositivos constitucionais ocorridas no trâmite da ação penal e no julgamento dos recorrentes.

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.

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

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 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.**

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

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 “*veredicto*” 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, tão-somente, o reconhecimento de que, afora as *flagrantes nulidades* e as *ilegalidades grosseiras na aplicação da pena* a seguir debatidas, **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.**

Já decidiu este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que “a *competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontestável e ilimitado.*” Com efeito, “*é preciso enfatizar que o sentido da cláusula constitucional inerente à soberania dos veredictos do Júri não se confunde, em nosso sistema de direito positivo, com a noção de absoluto irrecorribilidade das decisões – condenatórias, ou absolutórias – proferidas pelo conselho de sentença. Esse entendimento – além de apoiar-se em autorizado magistério doutrinário (...) reflete-se na própria jurisprudência do STF, que, sob a égide da vigente Carta Política (RTJ 129/203 RTJ 130/1064 – RTJ 139/891 – HC 74.763-PE, Rel Min. Celso de Mello), tem reiteradamente proclamado que: “não fere a garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (Constituição, art. 5º. XXXVIII, c) o cabimento da apelação contra suas decisões, por se mostrarem manifestamente*

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULÁ 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 TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*contrárias às provas dos autos*².

Neste Estado de Direito todo ato estatal é submetido a controle, o que inclui as decisões judiciais (com inegável caráter vinculativo). Ainda que se trate de controle interno, para que se afira delas, sempre, legalidade e justiça. Daí porque, ainda que de forma limitada, o ordenamento pátrio admite impugnação às decisões do Conselho de Sentença.

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 será tratado em tópico próprio, os efeitos opressivos da mídia em torno do caso dos recorrentes.

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

² STF – Rel. Celso de Mello – HC 81.423-9 j. 16.10.2001 – DJU 23.10.2001 p. 36, destacamos.

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

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”³.

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.

A sessão de julgamento cumpriu (alguns) ritos. Mas

³Fonte: http://www.google.com.br/images?hl=ptBR&source=imghp&q=cartazes+julgamento+nardoni&gbv=2&aq=f&aqi=&aql=&oq=&qs_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 LUZ

CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA

ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA

MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

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 justo⁴.

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 princípios Constitucionais. Daí advém a importância deste Recurso Extraordinário.** Segue a ementa:

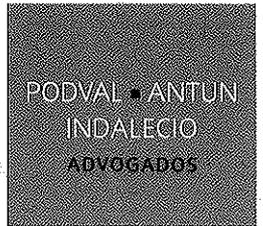
“Júri. Homicídio triplamente qualificado, por emprego de meio cruel, mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima e para assegurar a ocultação de outro crime, contra pessoa menor de 14 anos, mais fraude em processo penal. Preliminares absolutamente inconsistentes. Realização de nova reprodução 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 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

⁴ **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 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



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 inócrida, por aqui. Autoria certa e 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-

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 CARESSON 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

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”.

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 ampla defesa dos recorrentes e se a forma como o juiz presidente conduziu o procedimento e o julgamento feriu normas constitucionais.

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 ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. 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

ROBERTO PODVAL

ODEI 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

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 mingua 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 Suprema Corte demonstrando todas as violações constitucionais 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. OFENSA DIRETA AOS INCISOS LIV E LV DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÕES REITERADAS À AMPLA DEFESA, AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO CONTRADITÓRIO.

Na hipótese dos autos a violação das garantias constitucionais dos recorrentes à ampla defesa, ao devido processo legal e ao contraditório foi flagrante e se verificou, lamentavelmente, de forma reiterada.

Não em uma ou duas oportunidades isoladas, mas de maneira sistemática, como melhor será pontuado adiante, o que se viu no presente caso foi a criação reiterada de indevidos empecilhos ao direito dos recorrentes de, sendo acusados, produzirem livremente as provas que julgavam

necessárias à preparação do feito para julgamento. Infelizmente, o direito dos acusados de exercerem livremente seu 'direito à prova', no momento de requerimento das diligências essenciais ao julgamento do feito, foi tolhido, com base em justificativas que não se coadunam, em nada, com a amplitude e o alcance que, modernamente, se confere aos preceitos constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

Em outros momentos, determinados e precisos dos autos, ficou também nítido que a garantia constitucional, expressa principalmente na máxima do devido processo legal, deixou de ser o feixe condutor da ação penal a que respondia os recorrentes. Especialmente quando se tem em vista que, na fase que vai do requerimento de diligências até o efetivo julgamento do feito, foi subtraído dos recorrentes importante conquista do sistema processual acusatório: *a submissão a um procedimento penal legal*, consectário lógico do devido processo legal e do contraditório.

Como será melhor observado, não obstante o inevitável reflexo na legislação ordinária, a análise global das violações verificadas às garantias constitucionais dos recorrentes revela que estas tornaram-se um problema endêmico no feito, a suscitar a intervenção deste E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

III.a) VIOLAÇÕES AO 'DIREITO À PROVA' DOS RECORRENTES.

Como se sabe, 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 tarefa 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 na 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)

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

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*.

Assim é que, *“hodiernamente, após a longa evolução histórica operada, o direito de defesa constitui ponto de honra de todas as legislações processuais. No nosso sistema jurídico, como de um modo geral também em todos os outros, ex vi das declarações individuais dos direitos humanos, o direito em epígrafe ressei estampado em cânone constitucional. Edita, a propósito, nossa Constituição Federal (art. 5º, LV) que a lei assegurará aos acusados ampla de defesa, com os recursos a ele inerentes (efetividade do direito), e que a instrução criminal será contraditória”*. (Fernando de Almeida Pedrosó. O Direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites, RT, 3ª ed., 201, São Paulo, p. 33)

O *‘direito à prova’*, por seu turno, estando umbilicalmente ligado ao exercício da ampla defesa e do devido processo legal, historicamente, também sempre foi, em diversos ordenamentos, encarado como consectário lógico e intrínseco a tais garantias constitucionais.

Nos Estados Unidos da América, podemos localizar um característico *“right to evidence”* a favor de quem age e de quem se defende em juízo, assegurado pela cláusula do *due process of law*. Na Alemanha, por sua vez, lembra Trocker, vemos na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de um verdadeiro direito à prova, que denominam *“beweiserhebungsanspruch”* ou *“pretensão a ver admitidas as provas propostas”* (na tradução em Ada Pellegrini Grinover, in novas tendências do Direito processual, 1990, Forense, p. 20)

No Brasil, não se pode olvidar, nossa jurisprudência já vinha extraindo o direito à prova da interpretação dos parágrafos primeiro, décimo quinto e décimo sexto do art. 153 da Constituição Federal de 1969. Essa orientação foi renovada a partir das disposições do artigo 5º, incisos LIV e LV da CF de 1988, bem como das garantias contidas no Pacto Internacional sobre

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

Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ambos com *status* de norma constitucional.

Assim, é que ao longo da história recente, marcada pela adoção do sistema acusatório, **o pleno exercício do 'direito à prova' é visto como direito de assento constitucional** já que decorrente de lógica interpretação das garantias em apreço, a saber, a ampla defesa e o devido processo legal.

É nesse sentido que se manifesta nossa doutrina. Nas acuradas palavras de ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

*“É a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, também, uma das exigências em se consubstancia o *due process of law*, e especificada no processo penal em favor dos “acusados em geral”, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado.*

Considerada, universalmente, como um postulado eterno, e após ser consagrada em nosso ordenamento jurídico, em nível constitucional, na Carta Magna de 1946, vê-se, já agora, sensivelmente ampliada no texto do inc. LV do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, verbis: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

*Com efeito, preconizado o precedente inciso (LIV) que “ninguém será privado da liberdade...sem o devido processo legal”, a evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os até do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.*

A concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör* (garantia de ampla defesa) reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades

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. CÚSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

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

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

procedimentais, a saber: a) o direito à informação; b) a bilateralidade da audiência e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.

Dai porque sua demonstração corresponde à imprescindibilidade de, tanto quanto possível, perfeita compreensão da situação procedimental do indivíduo ao qual se imputa a prática de infração penal: forçoso é que se lhe possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente de sua versão". (Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 206)

E conclui renomado autor: "Para que a garantia da plenitude de defesa seja uma realidade, ao direito à informação e atuação, e ao contraditório, **deve ser somado o direito à prova**, mais especificamente o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, que, por certo, se faz insito à contrariedade da instrução criminal. Expressa-se ele na concessão aos sujeitos parciais (no processo penal da 'persecutio criminalis'), de idênticas possibilidade de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados.(..) Esse é indubioso e sombraceio, e como já tivemos oportunidade de destacar, o entendimento da doutrina especializada universal, dentre cujas lições sobressai a de Michel Taruffo, ao expressar que 'o direito à prova, concebido como direito das partes de deduzir todas as provas relevantes à sua disposição, não implica que só às partes incumbe a iniciativa probatória: além do direito das partes de defender-se provando, há a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas (...)' (Rogério Lauria Tucci, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 229)

Tratando da Constituição Federal de 1988, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, assevera que "o atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), **dos quais também se extrai o direito de defender-se provando**, que não somente é pressuposto de um processo justo equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade." (Direito à prova no processo penal, RT, 1997, p. 80)

No mesmo sentido, Luiz Francisco Torquato Avolio em suas conclusões na obra *Provas Ilícitas*: “1. A prova tem importância fundamental no processo, pois constitui o elemento integrador do convencimento do juiz com o fatos da causa. 2. Hoje, a melhor opção se afigura a liberdade probatória cujo limite está na dignidade da pessoa humana e no respeito aos seus valores fundamentais. 3. Há a necessidade, pois, de se impor limites à utilização no processo dos meios de prova que atentem contra esses princípios. 4. O direito à prova constitui um desdobramento do princípio do contraditório, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz.” (2ª ed., 1999, RT, p. 160)

E, para VICENTE GRECO FILHO, o devido processo legal e o contraditório, como instrumentos técnicos para a efetivação da ampla defesa, consiste praticamente em “*poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas*” (Tutela constitucional das liberdades, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 129)

Esse E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em inúmeras oportunidades **também já se pronunciou sobre ser o exercício do ‘direito à prova’ decorrência das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa:**

“A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer

*se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio; (l) direito de ser presumido inocente e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória; e (m) **direito à prova**. - O direito à prova qualifica-se como **prerrogativa jurídica de índole constitucional**, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao “due process of law”. (STF - HC 94601 - Relator Min. Celso de Mello)*

Assim é que para todos, indiscutivelmente, “o direito à prova, caracterizado como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório” (Ada Pellegrini Grinover. Novas tendências do Direito processual, 1990, Forense, p. 21), **deve ser visto como “prerrogativa jurídica de índole constitucional”** (nas palavras deste E. STF).

Tendo o ‘direito à prova’ verdadeiro assento em nossa Lei Fundamental, deve ser, **enquanto garantia do cidadão e consectário lógico da dignidade da pessoa humana, de inafastável aplicação na Justiça Penal.**

Como ensina MANUEL DA COSTA ANDRADE:

“É conhecido o longo e doloroso processo de gênese e afirmação desta cultura do processo penal. Que, no essencial, se confunde com o desenvolvimento histórico da superação dos modelos inquisitórios e triunfo dos princípios basilares do processo de estrutura acusatória. E que acaba por se consumar ao mesmo tempo em que fazia a sua entrada na história o moderno Estado de Direito, trazendo consigo uma nova ordem constitucional assente nos – e orientada para os – direitos fundamentais, máxime a intangível dignidade da pessoa humana e a liberdade fundamental de acção. Que são erigidos em complexidade irreduzível do discurso da criminalização, tanto no plano substantivo como processual.” (Sobre as proibições de prova em processo penal, 1992, Coimbra, Coimbra Editora, p. 118)

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

Sobre a compreensão dos direitos fundamentais como custos e limites à racionalidade teleológico-funcional do sistema social, assinala o autor alemão AMELUNG: “Os custos dos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental para o sistema social consistem **no facto de os princípios fundamentais neles consagrados estreitarem o espectro das soluções possíveis: o sistema não pode superar os seus problemas à custa do desrespeito do valor autónomo da pessoa.** Nessa medida, os princípios funcionam como limites do pensamento da *danosidade social em direito penal.*” (Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Proteção dos direitos legais e da sociedade, tradução livre), 1972, Frankfurt, p. 385 - citado em obra de Manuel da Costa Andrade)

Em sentido convergente, assinala FIGUEIREDO DIAS: “Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, **esteja em causa garantia da dignidade da pessoa nenhuma transação é possível.** A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também, ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema de justiça penal”. (Para uma reforma global do processo penal português, Coimbra, 1983, p. 207)

Sendo o ‘direito à prova’ uma (*indiscutível*) garantia constitucional de (*inarredável*) aplicação na Justiça Penal, a questão, portanto, circunscreve-se aos limites e alcances desse direito da parte.

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, 14^a 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.

A **pertinência** “*expressa uma relação direta entre o fato sobre o qual versa o meio ou a fonte de prova e o fato objeto de prova no processo (thema probandum)*”. Já por sua vez a **relevância** traduz-se na “*aptidão do meio ou fonte de prova para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar.*” (ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO – A motivação das decisões penais, RT, 2001, p. 152)

Embora critérios distintos entre si, pela conceituação destes é possível depreender que tanto a pertinência como a relevância estão umbilicalmente ligados à questão da **utilidade** da prova no processo penal. A

prova pertinente e relevante é aquela útil ao processo, isto é a prova de nítido ***interesse à causa***.

Como definiu VICENTE GRECO FILHO, “é importante lembrar, contudo, que todas as provas passam pelo exame de pertinência e relevância, porque no processo não devem ser praticados atos inúteis” (Manual de processo penal, Saraiva, 1991, p. 184).

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)

É o que já decidiu esse E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ***“Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e***

quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. (STF - HC 94601 - Relator Min. Celso de Mello)

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** ou, em outras palavras, **de direta ofensa aos princípios da 'ampla defesa' e do 'devido processo legal'**.

Foi o que se viu, de forma afrontosa, no caso dos recorrentes, que tiveram, durante a fase de preparação do feito para julgamento em plenário, *sistematicamente* violado seu direito à prova.

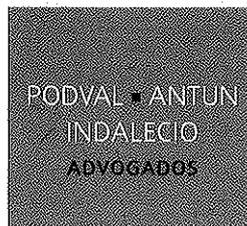
Com efeito, chegada à fase da “*preparação do processo para julgamento em plenário*”, a defesa requereu, dentre outros pedidos:

- 1- A realização de reprodução simulada e de animação gráfica das teses defensivas que se pretendia provar em plenário de julgamento.
- 2- A exibição da tela de proteção utilizada na reprodução simulada e a original, para confronto da perfuração pela Defesa.
- 3- A realização de novas perícias com luzes forenses nos lençóis das camas do quarto dos irmãos da vítima e também no local dos fatos.
- 4- A possibilidade de realização de contraprova no material biológico conservado no Instituto de Criminalística identificado como sendo sangue dos réus.
- 5- O acesso às fotografias registradas pela perícia e não utilizadas nos laudos periciais.

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



Os requerimentos, contudo, restaram indeferidos pela autoridade judicial de 1ª e 2ª instância com base em motivação que não atende aos parâmetros constitucionais analisados sobre o direito à prova.

Em primeiro lugar, diga-se, todas as provas requeridas obedeciam aos **critérios jurídicos de admissibilidade**. Pode-se dizer, sem espaço para a dúvida, que as provas requeridas eram **legalmente admissíveis**.

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 em normas jurídicas.

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, “são *inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”.

Este não é o caso das diligências requeridas.

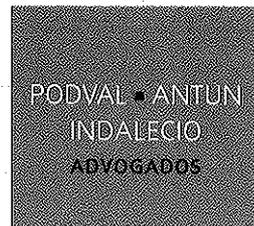
O momento processual de requerimento das diligências era o adequado. Como se sabe, os procedimentos afetos à competência do Tribunal do Júri seguem o rito bifásico, sendo certo que, dentro da segunda fase, há um momento específico para preparação do feito para julgamento em plenário.

Ou seja, independentemente da primeira etapa do procedimento judicial (*judicium accusationes*), as partes tem não só o direito mas o dever de examinar os autos e requerer as diligências que entendem imprescindíveis para a realização do 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 TUMBILOLO TOSI



O procedimento criminal, então, após a decisão de pronúncia deve ser preparado para julgamento, isto, obviamente, sob o olhar criterioso das partes, que, depois de aprofundado estudo do feito, identificam necessidades probatórias de acordo com as teses que pretenderão desenvolver em plenário.

Se assim é, parece nítido que o procedimento (o feito) não encerra a primeira fase do rito procedimental do júri automaticamente apto a ser remetido a julgamento. Isto quer dizer que, não obstante a instrução da primeira fase procedimental, a defesa pode ter interesse, agora nesse momento processual da preparação para o julgamento em plenário, na produção de determinada prova que, a princípio não vislumbrava interesse para a pronúncia.

Não há nesse ponto interdependência entre as instruções processuais de cada uma das fases do rito do Tribunal do Júri. Não há espécies ou gêneros de provas que sejam típicos da primeira ou da segunda fase processual.

O que se tem na verdade são dois momentos probatórios distintos, sendo que, em cada um deles, há a incidência do feixe de garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ou seja, são momentos processuais que são orientados pelos princípios constitucionais acima declinados.

Foi justamente nesta etapa processual que a defesa requereu as diligências acima mencionadas, visando justamente à preparação do feito para o julgamento em plenário. Assim, por certo, **o argumento de legalidade consistente na tempestividade das diligências estava adequadamente cumprido**, não servindo, portanto, ao indeferimento das diligências, alegações genéricas de extemporaneidade das medidas.

Do mesmo modo, pode se dizer que todos os meios de provas requeridos eram lícitos. Nenhuma das provas requeridas violava preceitos

legais ou direitos constitucionais das partes. **Não havia, portanto, amarras legais (Lei em sentido amplo) à realização das diligências requeridas, as quais eram, sob este enfoque, plenamente admissíveis.**

Por outro turno, a análise dos **critérios lógicos de pertinência e relevância** também não desaconselhava a realização das provas requeridas.

Como se vê, os meios ou as fontes de prova sugeridas têm nítida ligação com o fato objeto de prova no processo. Além disso, estes meios ou fontes de prova têm aptidão para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar.

A realização de reprodução simulada e de animação gráfica se referem às teses defensivas que se pretendeu provar em plenário de julgamento. Isto quer dizer que são provas que têm ligação com o fato que está investigado.

De outro turno, era prova que tinha a aptidão de demonstrar a *plausibilidade da tese da defesa*, isto é, a **possibilidade fática (temporal e espacial) de existência de uma terceira pessoa no apartamento dos recorrentes**, o que, por sua vez, acaba por interferir no fato que está sendo alvo do procedimento.

Da mesma forma, pode-se afirmar a pertinência e utilidade do pedido de exibição das telas para confronto de perfuração. A tela de proteção original é objeto da cena dos fatos, tendo sido por ela defenestrada a vítima. Portanto, tem íntima relação com os acontecimentos, já que é de sua análise e estudo que podem se trazer evidências sobre o fato principal investigado.

Não à toa, a tela de proteção foi objeto de farta perícia pelo IC não só para análise de vestígios biológicos (sangue, fios de cabelo, etc), mas, também, para análise das características da perfuração nela encontrada,

como é caso do teste, fartamente utilizado em plenário, que visava identificar a morfologia das manchas que a referida tela de proteção teria gerado na camisa do recorrente. O pedido, portanto, tinha inegável pertinência e utilidade com os fatos investigados.

O mesmo se diga da realização de novas perícias com luzes forenses nos lençóis das camas do quarto dos irmãos da vítima e também no local dos fatos. A diligência tem relação direta com os fatos investigados, pois diz respeito à análise de objeto que compunha a cena do crime.

Além disso, obviamente, eventual descoberta de informações relacionadas a estes objetos ou ao local dos acontecimentos, poderia, de algum modo, influir na demonstração do fato principal investigado, de onde se denota sua aptidão de contribuir com a causa.

Com relação à possibilidade de realização de contraprova no material biológico conservado no Instituto de Criminalística identificado como sendo sangue dos réus e ao acesso às fotografias registradas pela perícia e não utilizadas nos laudos periciais estas também se mostram extremamente úteis ao feito.

Ora, o material biológico conservado no IC e tido como sangue dos recorrentes foi o material utilizado como base de comparação em todos os exames de DNA realizados no feito. O material ao qual se pleiteia acesso tem, assim, relação com a causa investigada.

Quanto às fotos captadas pelo IC, mas não utilizadas nos laudos, é importante observar que, ao menos, em tese, são os primeiros registros visuais da cena dos fatos. Logo, tem ligação direta ligação com os fatos em investigação.

A aptidão dessas medidas requeridas influírem na definição do fato principal era inegável.

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

Quanto aos materiais biológicos, pode se afirmar que a real identificação da natureza destes materiais e a possibilidade de acesso a estes pela defesa constitui inegável medida para conferir credibilidade à prova produzida (os mencionados laudos de DNA), a qual, por sua vez, está intrinsecamente ligada ao fato principal objeto da investigação. Não à toa, e não raras às vezes, a acusação e próprio Poder Judiciário dedicam linhas e linhas de elogios ao IC Paulista pelo trabalho pericial lançado ao caso. Esse trabalho justamente se refere em grande parte à análise de DNA de supostas manchas de sangue localizadas no imóvel onde se deram os fatos. Assim, por certo, o acesso à defesa aos materiais que foram utilizados como base de comparação é de suma evidente importância para confiabilidade da prova.

Já no que tange às fotos da cena dos fatos é possível que algum nuance, desinteressante aos olhos dos peritos, possa, aos olhos da defesa e dos recorrentes, assim não parecer. Eventualmente, portanto, algum registro fotográfico poderia ter o condão de influir na demonstração do fato principal. Isto não há como se negar.

Desta forma, não somente pelos *critérios jurídicos de admissibilidade*, mas também sob o prisma dos *critérios lógicos de pertinência e relevância*, portanto, as diligências requeridas quando da preparação do feito para o plenário de julgamento **não** poderiam ser indeferidas.

Assim, não ocorreu, contudo. As diligências requeridas foram indeferidas pela decisão recorrida, com base em argumentos que fogem aos critérios de exclusão da prova acima evidenciados.

1. No que tange à reprodução simulada esta foi indeferida sob dois fundamentos.

O primeiro fundamento estaria relacionado a uma suposta **intempestividade** do pleito: *“constata-se que, ainda em inquisitório, os*

acusados se recusaram a participar da realização da reconstituição, quando ainda em liberdade se encontravam e poderiam espontaneamente e livremente opinar sobre a diligência, indicando fatos que pudessem ser de seu interesse”.

Já o segundo fundamento tratado pela decisão recorrida estaria relacionado a uma suposta **inutilidade** da prova: “*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?*”

Os argumentos da decisão recorrida, contudo, não afastam os critérios de admissibilidade, pertinência e relevância já analisados.

Quanto à tempestividade da prova basta lembrar que não há, seguramente, uma espécie de “rol de diligências” que devem ser requeridas no momento anterior e posterior à pronúncia. **Em ambas as fases do procedimento de competência do Tribunal do Júri há momentos 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 etapa processual.**

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.

Assim, nos feitos de competência do Tribunal do Júri, iniciada a “preparação do processo para o julgamento em plenário”, **podem ser requeridas e devem ser permitidas todas as diligências “de interesse ao**

“*juízo da causa*”, não havendo qualquer outra limitação à atividade probatória nessa fase processual.

Não houve, portanto, ao contrário do que ponderou a decisão recorrida, uma espécie de *obrigação legal* dos apelantes em terem que participar da reconstituição produzida na fase de investigação, sob pena de *preclusão* da oportunidade de produção desta prova.

O argumento da decisão recorrida não prospera, sendo, tempestivo o requerimento de reprodução simulada, nos moldes, inclusive, do que já decidiu por este E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

*“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.**”* (STF, HC nº 76450, Rel. MAURÍCIO CORRÊA)

O mesmo se diga quanto ao (descabido) argumento da inutilidade da prova. 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.

Os argumentos levantados pela decisão recorrida são, assim, frágeis e não afastam a nítida inconstitucionalidade (por violação aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF) consistente no indeferimento do pedido de reprodução simulada.

No que tem pertinência ao indeferimento do requerimento de animação gráfica das teses defensivas, este foi mantido pela decisão recorrida sob o fundamento de que: “*trata-se de instrumento de prova que*

visa apenas e tão somente aclarar sua compreensão pelo destinatário, criando e reproduzindo imagens em movimento, utilizando a tecnologia de software”.

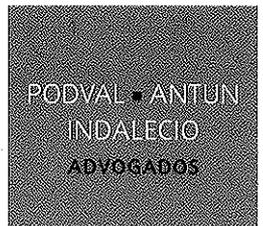
O argumento da decisão recorrida, todavia, não tem o condão de afastar as já examinadas condições de admissibilidade, pertinência e relevância da prova requerida.

Independentemente de como 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 dispõe, 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.**

O que a defesa pretende é obter, como já dispõe a acusação, tanto da reprodução simulada como da animação gráfica da tese defensiva. E ninguém irá dizer que o esclarecimento desta versão não tinha interesse ao julgamento da causa. Tinha e 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.

2. Com relação ao requerimento de exibição das telas de proteção, novamente, se vê o indeferimento do direito à prova da defesa dos recorrentes com base em argumentos que são alheios aos critérios de exclusão examinados.



Para indeferir esse pedido a decisão recorrida argumentou 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.

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.”

Não assiste razão aos argumentos da decisão.

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 a 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 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 comezinhos talhou o direito de defesa dos recorrentes, inclusive, impedindo-os de ter acesso a material apreendido no feito.

3. No que tange ao pedido de novas perícias com luzes forenses nos lençóis das camas do quarto dos irmãos da vítima e no local dos fatos estes restaram também indeferidos, em 1ª e 2ª instância, sob o seguinte fundamento: *“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”.*

O argumento da decisão recorrida não afasta a admissibilidade e pertinência da prova requerida, até porque, a bem da verdade, **são duas provas distintas que se requer.**

No que tange ao pedido de exame **no local** dos fatos não é possível afirmar que o decurso do tempo já teria tornado inócua a realização da perícia pretendida pela defesa. Isto porque, **não é possível ao juiz concluir, pelos peritos, sobre o resultado 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.

Já no que tem pertinência ao requerimento de perícia nos lençóis dos irmãos da vítima cabe lembrar que 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.

Ademais, em que pese as chaves do apartamento onde se deram os fatos imputados já terem sido restituídas aos familiares dos apelantes, 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 pela decisão recorrida, **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 constitucionais de exclusão da prova.

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 réus, tanto a acusação quanto o juiz deveriam ter tido interesse em que houvesse um julgamento justo; em que a verdade fosse 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, nos lençóis das camas dos irmãos da vítima, com o fim de localização de materiais biológicos não identificados.

Assim, como não houve essa cautela em autorizar a realização das diligências requeridas, não há como se negar o cerceamento à defesa os recorrentes, pela violação ao direito à prova, com o indeferimento do exame nos lençóis dos irmãos da vítima.

4. O mesmo se diga do indeferimento de realização de *contraprova* no material biológico conservado no Instituto de Criminalística identificado como sendo sangue dos réus.

A decisão recorrida negou essa pretensão da 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”.

Os argumentos suscitados não afastam, contudo, as examinadas condições de admissibilidade e pertinência da prova requerida.

Isto porque, não obstante a realização de exame de confronto pelo *experts* do IC 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 ao material probatório.**

Todavia, 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 apelantes é clara, seus assistentes técnicos podem ter acesso direto ao objeto das perícias, e deve ser respeitada, sob pena de se cercear a produção probatória da parte. O respeito integral ao direito de prova dos recorrentes interessa a todos, inclusive à Justiça e à sociedade.

O fato, portanto, de ter sido realizado exame de confronto pelo IC não exclui o direito da parte de, ela própria, por meio de seus assistentes, realizar a contra-perícia.

Ademais, assusta-nos o argumento de suposta irrelevância da prova 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 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 aos quesitos que lhes foram submetidos.**

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.

Preenchendo a contraprova pericial todos os requisitos de ingresso no processo penal, não poderia ter sido negada à defesa dos recorrentes. Era 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 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 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**". (Direito à Prova no Processo Penal, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 55)*

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, em evidente violação ao artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

5. Também, não se poderia deixar de mencionar que a decisão recorrida negou à defesa a oportunidade de acesso às fotografias registradas pela perícia e não utilizadas nos laudos periciais, mesmo já tendo este direito sido autorizado em primeira instância.

Houve nessa hipótese verdadeiro indeferimento do cumprimento de diligência já deferida consistente na possibilidade de que a defesa tivesse acesso à totalidade do material fotográfico produzido pelo IC.

Como já se disse, a defesa requereu e foi deferido o acesso à totalidade do material fotográfico em posse do IC. Para tanto o magistrado de primeira instância determinou a expedição de ofício ao órgão para que disponibilizasse dia e hora para que a defesa tivesse acesso ao material. Ocorre, todavia, que referida diligência não foi cumprida, sendo certo que, quando reclamada pela defesa, foi, inexplicavelmente, indeferida.

Para a decisão recorrida, a realização da diligência já deferida não seria de rigor por quatro motivos. Destacamos:

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 TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

“A uma porque aquilo que pretendia saber do Instituto de Criminalística já foi suficientemente e adequadamente respondido.”

“A duas porque não se trata, assim, de indeferimento de diligência indispensável requerida pela defesa na fase do artigo 422 do CPP e que estivesse pendente de realização, mas sim de providencia de ofício determinada pelo nobre juiz-presidente.”

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

*“E, finalmente, a quatro – **e isto verdadeiramente importa** – porque nulificar todo um procedimento de 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 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.

Nem 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 investigativa pode proceder a 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

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

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 o não realização desta prova obsta concretização destas relações de causalidade, suprimindo da defesa uma possibilidade de influir na convicção do fato principal.

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 esse 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 indubitoso.** 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 nexó 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 saia 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 houvera sido observada a ordem legal do processo garantido pela Constituição!

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

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 predizer, 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, como se analisou exaustivamente no início deste tópico, o ‘direito à prova’ tem caráter de garantia constitucional, bem por isso tem aplicação inafastável no procedimento penal. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário a aplicação deste preceito na prática, vale dizer, zelar pelo seu efetivo cumprimento em cada caso concreto.

Assim, quando se trata de garantias constitucionais não há a possibilidade de se transacionar com esses direitos. Vale lembrar a citação de AMELUNG: **“os princípios fundamentais neles consagrados estreitam o espectro das soluções possíveis: o sistema não pode superar os seus problemas à custa do desrespeito do valor autônomo da pessoa”**.

A solução dada pela decisão recorrida é oposta a tal ensinamento e choca-se frontalmente com anos e anos de história e de lutas pelas liberdades democráticas. Na decisão recorrida, em suma, não se reconheceu a possibilidade de garantia do direito à prova dos recorrentes porque 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 à garantia da ampla defesa? 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. Somos partidários de que o respeito e a credibilidade das instituições não se abalam quando é conferido às regras constitucionais a devida força e poder de vinculação dos atos decisórios.

Por isso, o argumento da decisão recorrida para afastar a aplicação do direito à ampla defesa e ao devido processo legal choca e demonstra que não há na hipótese dos autos violação meramente pontual ou indireta destas garantias constitucionais. **O que há, sim, é verdadeira violação sistêmica destes preceitos constitucionais que, reiteradamente, no caso, são dispensados em nome de uma “seriedade da Justiça”**. É o que podemos verificar em outras situações dos autos.

III.b) VIOLAÇÕES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Infelizmente, há no feito violações graves à ampla defesa e ao devido processo legal que não somente estas mencionadas acima, localizadas na fase de requerimento de diligências para a preparação do julgamento do feito.

Da fase de preparação até o efetivo julgamento em plenário, o feito foi marcado por outras violações a tais dispositivos

constitucionais, em especial ao princípio do devido processo legal, entendido como princípio norteador de todo o processo penal.

Como já esmiuçado no início deste tópico, exsurge dentro do nosso ordenamento jurídico, um feixe de garantias denominado de **devido processo legal**, impedindo que a liberdade das pessoas seja tolhida à margem das “regras do jogo”, vale dizer, da estrita legalidade (Lei em sentido amplo).

Considerado o delito como uma ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado, cumpre ao Estado, “*mediante a atuação de agentes a tanto credenciados, restaurar a ordem jurídica pelo evento criminoso atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a segurança pública*”. (ROGÉRIO LAURIA TUCCI. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 152)

Todavia, mesmo cometido um crime, não há como se impor, discricionária e arbitrariamente, uma pena: há a necessidade de existência do processo, dentro do qual são confrontados o *ius puniendi* estatal com o *ius libertatis* do indivíduo:

O processo penal é “*um processo de partes, em que existe lide e através do qual a jurisdição se opera; lide entre o Estado e o réu, com a pretensão punitiva de um lado e a pretensão à liberdade de outro*”. (Ada Pellegrini Grinover, Liberdades Públicas e processo penal, p.21)

Não é por outra razão que, em nossa **Constituição Federal**, assim está disposto no **inciso LIV, do artigo 5º**: *ninguém será privado de liberdade e de seus bens sem o devido processo legal*.

Nesse sentido, nas palavras de **Aury Lopes Jr.**, para “*que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é*

efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo, mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.” (Introdução crítica ao processo penal, 2º ed., Lúmen, p. 3)

Não basta, dessa forma, para ser legítima a atuação estatal na imposição da pena, a simples existência de um processo penal. Deve haver, sim, o **devido processo legal**, que, nesse sentido, pode ser compreendido como a **observância incondicional às normas de nosso ordenamento processual**.

É este princípio que impõe à Administração e seus servidores total submissão à Lei (em sentido amplo). Em outras palavras, tratando-se de direito público, só pode o agente atuar dentro dos limites legais. Nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.” (Bandeira de Mello, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 13ª ed, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p.72)

Determina o princípio do devido processo, *“por sua vez, inequívoca e inexoravelmente, que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária **atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental**”.* (ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *op. cit.*, p. 71)

No caso dos autos, entretanto, não se pode dizer que houve *“ação judiciária atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as*

preceituações constitucionais e as normas penais”, pois do requerimento de diligências preparatórias até o efetivo julgamento, podemos verificar novas violações às disposições constitucionais, especialmente ao devido processo legal.

Na hipótese destacamos:

1. Permissão de perícia por perita impedida.
2. Proibição da juntada de documentos em plenário, mesmo diante da tempestividade do requerimento.
3. Permissão de extrapolação dos poderes de atuação do assistente de acusação, que foi ouvido em plenário, e do assistente técnico da assistente de acusação, que permaneceu em plenário.

Senão ainda não fossem suficientes as violações ao direito à prova, originadas no momento do requerimento de diligências preparatórias do feito para julgamento, em cada uma dessas situações acima descritas, ocorridas ao longo da 2ª fase do rito procedimental do Tribunal do Júri, se verifica flagrante desrespeito à ordem constitucional que reclama o respeito incondicional ao devido processo legal.

1. Em primeiro lugar temos que na apropriada fase do requerimento de diligências preparatórias, a defesa pleiteou a elaboração de perícia complementar, com quesitação a ser respondida pelos técnicos do Instituto de Criminalística, com relação ao laudo inicial subscrito pela perita ROSÂNGELA MONTEIRO.

Deferida e cumprida a diligência, qual não foi a surpresa desses defensores quando tomaram ciência de que **a própria perita ROSÂNGELA, subscritora do laudo questionado, havia elaborado o laudo complementar.** (Laudo de nº 01/030/56427/09, juntado às fls. 4799/4.815)

Inconformada com o fato, a defesa questionou o notório impedimento da perita ROSANGELA, vez que é pacífico o entendimento de que é

vedada a atuação de expert que já tiver opinado anteriormente sobre o objeto da perícia.

A atuação da perita, portanto, ao elaborar tanto o laudo principal como o laudo complementar não atendeu aos parâmetros de legalidade e **representou nítida afronta ao devido processo legal, que, como visto, reclama a (inafastável) submissão do feito ao ordenamento jurídico previsto.**

Todavia, em que pese os sólidos fundamentos expostos, a decisão recorrida, mais uma vez na tentativa de camuflar as evidentes irregularidades que acometem o feito, desconsiderou a ofensa reclamada, sob o pálido argumento de que a participação de tal perita *“se deu apenas para esclarecer aspectos diretamente relacionados à perícia, muito deles – senão todos – suscitados pela própria defesa”*.

O argumento, todavia, não procede. Ora, a causa de impedimento de perito que já participou de perícia prévia é norma cogente em nosso sistema processual, representando importante garantia à imparcialidade dos auxiliares da justiça.

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 no caso dos autos. Com efeito, basta uma leitura do laudo complementar 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 (*a saber, os laudos de fls. 657/762, 3593/3663, 1278/1298 e 2518/2575*).

Apenas a título exemplificativo podemos citar o seguinte ponto. *Questionada pela defesa se o modelo que desenvolveu o teste das marcas da tela de proteção na camiseta atuou em pé ou ajoelhado, a perita respondeu*

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

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

desconhecer a existência de debilidade de membro, sentido ou função do recorrente Alexandre. 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*. 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 ordenamento jurídico, 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 era, portanto, nítido, e deveria ter sido reconhecido, inclusive, na esteira do entendimento deste E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Com efeito, apreciando Agravo de Regimental, nos autos da Ação Penal 470-1 (Caso “Mensalão”), o Tribunal Pleno por unanimidade reafirmou entendimento de que há impedimento dos peritos que já participaram de laudo anterior, em participar de novo laudo sobre os mesmos fatos. A discussão principal travada no agravo regimental consistia no fato de se pretender, diante do impedimento acima mencionado, fossem nomeados peritos não oficiais para feitura do laudo. O Supremo Tribunal Federal deu provimento

parcial ao agravo, pois entendeu que o laudo poderia ser feito por *outros* peritos oficiais, que não os anteriores, respeitando-se a regra do impedimento. Nas palavras do MIN. JOAQUIM BARBOSA: *“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”*. Entendimento resumido pelo presidente da sessão, MIN. CEZAR PELUSO: *“Vossa Excelência está mandando (peritos) oficiais, mas excluindo aqueles que já participaram de outro laudo”*.

Assim, a decisão recorrida ao permitir e justificar que perita impedida pudesse participar da elaboração de laudo complementar, acabou por nitidamente violar o preceito do devido processo legal.

2. O mesmo se diga da manutenção do indeferimento da juntada de documentos para serem exibidos em plenário de julgamento, que, igualmente, é situação caracterizadora de nítida violação ao referido preceito constitucional.

Com efeito, o júri dos recorrentes estava designado para ter início no dia 22 de março de 2010, uma segunda feira, sendo certo que no dia 17 de março de 2010, uma quarta-feira que antecedeu à plenária, estes defensores pleitearam a juntada aos autos 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, para utilização em plenário. (fls. 5505/5506)

Ou seja, **estando ainda no tríduo anterior a sessão plenária**, estes defensores requereram a juntada de material aos autos para a utilização em plenário, **mas tiveram indevidamente indeferida essa pretensão.**

O indeferimento da juntada de tais documentos, como se percebe da decisão recorrida, foi motivado por suposta intempestividade do pedido: *“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*

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

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.”

Percebe-se, contudo, que o critério adotado pelo magistrado na contagem do tríduo legal, ofende os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Há na doutrina quem defenda que a contagem do tríduo legal deva obedecer à regra processual de ***não se computar no prazo o dia do começo, mas inclui-se o dia do vencimento***. Nesse sentido podemos citar: 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:

Todavia, também há em sentido contrário, autores 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”*. (JULIO FABRINI MIRABETE, Processo Penal, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 520)

Em qualquer critério que se estabeleça, contudo, a contagem feita pela decisão recorrida está equivocada. A sessão plenária em que foi julgada os apelantes 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 dos documentos.**

De forma bastante didática, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO diz que: *“Assim, se a sessão do Júri foi realizada numa sexta-feira, o documento deve ser apresentado, no mínimo, na terça-feira”*. (Código de Processo Penal Comentado, 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143) Na hipótese

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

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

dos autos, sendo o julgamento uma segunda-feira, esse prazo seria a quarta-feira que o antecede.

O método de contagem do prazo adotado pelo decisão recorrida para a juntada de documentos em plenário está nitidamente equivocado. Ademais, em decorrência deste lapso, inegável a ofensa ao **princípio do contraditório e da ampla defesa**, vez que 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 prazo errônea, sem que os jurados pudessem ter acesso e, portanto, criarem seu convencimento sobre os fatos, influenciados por essa documentação.

A defesa tinha, independentemente do conteúdo dos elementos juntados, o direito de ler e exibir os 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, já que nova violação à garantia dos recorrentes foi concretizada.

Bem por isso, não tem qualquer sentido a afirmação da decisão recorrida no sentido de que *“ainda que assim não fosse (referindo-se a contagem do prazo), não demonstrou a defesa, sequer indicou, em verdade, onde estaria o prejuízo na ausência de juntada daqueles documentos”*.

É assustador o argumento e só tem razão de ser diante do que já se demonstrou sobre ser a preocupação do Poder Judiciário Paulista no caso, apresentar resposta a uma sociedade ávida pela execração dos recorrentes.

É somente tendo em vista esse desejo de a qualquer custo evitar a anulação do feito, ainda que garantias dos acusados sejam tolhidas,

que se pode justificar o não acolhimento de questão tão objetiva como esta: a *contagem de um prazo processual*.

Não se consegue admitir como se pode sustentar o argumento de *ausência de prejuízo* no exercício da ampla defesa, quando os recorrentes foram **condenados**, um a 26 anos (no caso de Anna) e outro a 31 anos (no caso de Alexandre) e não puderam sequer juntar no prazo legal documentos para exibir em plenário.

Não é possível crer que não houve prejuízo, pois os recorrentes tinham o direito de tentar influir o convencimento dos jurados com os documentos tempestivamente juntados.

Não se pode nunca perder de vista que estamos diante de um procedimento afeto ao rito procedimental do júri. Os jurados, não motivam sua decisão. Assim, não há como se demonstrar ter efetivamente este ou aquele elemento influído na convicção do Conselho de Sentença.

Bem por isso, tais características especiais do rito do Júri devem servir para que o magistrado togado tenha maior cautela na adoção de decisões que limitam o exercício de garantias individuais tão caras como a ampla defesa, o devido processo legal e o contraditório. Afinal, qualquer prova, por mais irrelevante que possa parecer aos olhos do juiz togado, pode ser decisiva para um determinado jurado.

As peculiaridades do rito do júri, portanto, não podem servir de escudo para se justificar atrocidades com o direito de defesa dos acusados. São, ao contrário, causas que exigem um maior respeito do Poder Judiciário a tais garantias.

Nesse sentido, vale colecionar trecho do brilhante voto do MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, proferido em *habeas corpus* que os impetrantes alegavam ter havido cerceamento de defesa em virtude de o magistrado 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 CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

indeferido a 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).” (HC nº 92.958-3, 2ª Turma, DJ. 01/04/2008)*

No caso do *habeas corpus* supracitado, o ministro reconheceu que o magistrado agiu em *error in judicando* 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 apelantes**.

*“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***

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

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.

Aliás, no mesmo voto, o Exmo. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA realiza a contagem do referido tríduo legal **da mesma maneira** que a realizada por estes recorrentes. Vejamos:

“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 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

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

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.

Por todo exposto, um fato é incontestável: houve cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal e ao contraditório, pois os recorrentes foram indevidamente impedidos de utilizar em plenário documentos tempestivamente juntados aos autos.

O fato de o feito ser volumoso ou de ter tido repercussão na mídia não pode ser impeditivo do reconhecimento das violações apontadas. Ao contrário, tais circunstâncias tornam ainda mais gravoso o prejuízo dos recorrentes que não puderam ler e nem exhibir documentos em plenário, mesmo tendo estes aportados aos autos tempestivamente.

3. No que toca à atuação da assistente de acusação e de seu assistente técnico em plenário é possível, da mesma forma, verificar ofensas ao devido processo legal e seus consectários lógicos.

Isto porque, foi permitido que a mãe da vítima, legalmente habilitada nos autos como assistente da acusação, fora das atribuições específicas desta função, prestasse seu depoimento nos autos. Da mesma forma, fora das atribuições específicas, foi permitida a presença do assistente técnico na bancada da assistente de acusação durante o julgamento.

A indevida extrapolação destes poderes da assistência de acusação e de seu assistente técnico foi tolerada, de forma condescendente, pela decisão recorrida que se justificou alegando não haver empecilho legal para tal fato:

“O culto e cauteloso magistrado Dr. Maurício Fossen afastou a pretensão, ressaltando as senhores jurados, contudo, que a oitiva da genitora da vítima seria feita sem a prestação de compromisso legal. (...) Não havendo na legislação processual pátria qualquer causa impeditiva, ou mesmo restritiva, que inviabilize o ato”.

“O Juiz-presidente, no uso de suas atribuições conferidas pelo artigo 407, I, do Cód.Proc.Penal, vedou qualquer intervenção ativa da vítima, limitando, em consequência suas funções no local...”

Mas não só, fundamentou seu posicionamento na já surrada e desgastada linha de que não houve prejuízo aos recorrentes:

“E ainda que assim não fosse, seria indispensável, para fins de nulificação do feito, que a defesa comprovasse que as palavras da assistente de acusação foram consideradas essenciais pelos Srs Jurados, motivando-os a inclinar por esta ou por aquela posição”.

“Não há prejuízo mínimo à defesa dos recorrentes a simples presença daquela pessoa na bancada destinada à assistente de acusação”

Vê-se que, neste ponto (ao menos na questão da oitiva da assistente de acusação), a decisão recorrida vai além do que a costumeira alegação de falta de ofensa, pois chega a ponto de reclamar que a defesa dos recorrentes demonstrasse a influência da questão no convencimento dos jurados. Estes argumentos não prosperam.

Denota-se, assim, que a decisão recorrida autorizou tanto a produção do depoimento da assistente da acusação, como a presença de seu assistente técnico em plenário, sob o mesmo fundamento que a defesa pleiteou o indeferimento destas medidas, a saber: **a falta de previsão normativa do fato.**

Para o magistrado não há óbice em o assistente da acusação ser ouvido como testemunha, nem em o assistente técnico deste permanecer em plenário, já que não há norma que o proíba. Ao contrário, a defesa sustenta ser violação ao devido processo legal tanto a oitiva do assistente de acusação como a permanência de seu assistente em plenário justamente porque não há assento normativo que lhes atribua tais prerrogativas.

Ignorou, contudo, o magistrado 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 os agentes públicos somente é facultado agir por imposição ou autorização legal.

Nesse sentido, o professor LUIS ALBERTO BARROSO preleciona que *“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**”*. (Princípio da Legalidade, Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ: São Paulo, 1997, vol. 1, pág. 15-28)

Assim, em respeito ao princípio da legalidade e do devido processo legal, para ser tida como **válida** ou **legítima** a oitiva do assistente da acusação como testemunha deveria haver, necessariamente, previsão legal que lhe atribuísse tal função. O mesmo se diz com relação à presença do assistente técnico na bancada da assistente de acusação durante o plenário. Não basta, como quer a decisão recorrida, mera ausência de proibição.

ROBERTO PODVAL LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO ALICÉ RIBEIRO DA LUZ
ODEL M. J. ANTUN DANIEL ROMEIRO CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA VIVIANE S. JACOB RAFFAINI ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARCELO G. G. RAFFAINI RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO MARIANA TUMBIOLLO TOSI
LUIZA ALEXANDRINA V. OLIVER ALEXANDRE PACHECO MARTINS

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Todavia, **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.

Da mesma forma não há previsão que faculte o assistente técnico atuar em plenário. 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. Nada mais.

Aliás, por não haver previsão legal no rol taxativo de atribuições do assistente da acusação, nossos Tribunais já se manifestaram contrário à oitiva do assistente de acusação 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.” (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)

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, a testemunha é a “*pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o **compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade***”. (Código de Processo Penal Comentado, 8ª Ed., São Paulo: RT, p. 449)

Já o assistente da acusação “*exerce nitidamente o direito de agir, manifestando pretensão contraposta à do acusado.*” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 8ª Ed., São Paulo: RT, p. 556) Vale dizer, o assistente da acusação age de forma **parcial**, defendendo os interesses da vítima que, na maioria das vezes, converge-se com o do órgão acusatório.

Neste ponto, inclusive, concordou a decisão recorrida: “*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.*”

Outrossim, também é verdade que no caso dos autos o juiz determinou que a assistente da acusação ANA CAROLINA fosse “*ouvida somente em declarações, ficando dispensada de prestar o compromisso legal.*” (fl. 6339)

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 em nosso ordenamento jurídico 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, em desconformidade com o princípios do devido processo legal e da legalidade,

Nossos Tribunais, mais uma vez rechaçando a possibilidade de ser ouvido o assistente da acusação como testemunha, classifica como **imprestável** o depoimento por este prestado:

“O assistente da 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**.*” (RT 646/295, TACRIM-SP, 4ª Câmara, AP 546.501, Relator Oliveira Ribeiro, citada na obra de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª Ed., Revista dos Tribunais, p. 1953)

Ao invés de perfilhar o entendimento de seus pares, visto nos precedentes citados, a decisão recorrida optou por dar respaldo à violação constitucional operada no caso, levantando ainda mais um argumento que em sua ótica sustentaria a extrapolação de poderes da assistente de acusação: *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.*

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 **pode** 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**”.⁵*

(www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100323/not_imp527955,0.php)

Assim, ainda que não se tenha como demonstrar o que motivou cada jurado a decidir de tal forma, é nítido e inegável, portanto, o prejuízo causado à defesa dos recorrentes diante da colheita ilegítima da prova oral acusatória com base no depoimento da assistente da acusação.

Por todo exposto, é nítido que não assiste razão à decisão recorrida sobre a questão, estando nítido que, ao se permitir tanto o depoimento da assistente de acusação, como a presença do assistente técnico em plenário, houve desrespeito aos princípios constitucionais da estrita legalidade e do devido processo legal.

III.c) CONCLUSÃO.

A violação às garantias constitucionais dos recorrentes como se vê do acima exposto é sintomática no caso.

Apenas a título de sistematização analisamos separadamente os dois momentos processuais distintos em que não houve, no caso dos recorrentes, completo respeito à Ordem Constitucional.

5

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

Quando do requerimento de diligências preparatórias houve violações reiteradas ao direito dos recorrentes de produzirem nos autos provas que julgavam importantes para o julgamento do feito.

No decorrer da 2ª fase do rito do júri, do requerimento de diligências preparatórias até o efetivo julgamento, em diversas oportunidades se vê que não houve submissão do feito à Lei (em sentido amplo), já que feita indevidas concessões à acusação, enquanto se tolhia direitos dos recorrentes.

Não obstante essa separação na apresentação do problema, feita a título de melhor ilustração da matéria, a questão de fundo em ambas as hipóteses é a mesma: **jogou-se com as garantias constitucionais dos recorrentes.** Nas duas hipóteses tratadas a essência é idêntica: **foram suprimidas, no procedimento respondido pelos recorrentes, garantias constitucionais que lhes eram caras.**

Os recorrentes, que responderam o processo presos, quando estavam na fase de preparação do feito para julgamento não tiveram oportunidade de produzir as provas que pretendiam. Não há como se justificar que os recorrentes não tinham o direito de juntar documentos, no tríduo legal, para serem utilizados em plenário; que não tinham o direito de ter acesso, para estudo, à tela de proteção por onde a vítima foi defenestrada; que tinham o direito de ter acesso ao material biológico conservado no IC, para estudo de seus assistentes técnicos; que não tinham o porquê pretender uma reprodução simulada de seus atos; que não tinham o direito ao cumprimento de diligências já deferidas, porque seriam estas mera liberalidade do juízo.

Pergunta-se: Qual a razão para se negar aos recorrentes ampla possibilidade de produção de prova, anulando-se tudo que foi mal feito na fase preparatória para o julgamento?

Podemos encontrar algumas respostas na decisão recorrida. Porque foi um *“procedimento de repercussão que assumiu, complexo,*

duradouro e com nada menos do que 34 robustos volumes”. Ou porque seria “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”. Ou, também, porque “a defesa não indica, muito menos demonstra a ocorrência de qualquer prejuízo, pelo não cumprimento das providências”.

Estas respostas não satisfazem. Não se pode recuar na aplicação correta das garantias constitucionais dos recorrentes porque o feito é volumoso. Da mesma forma, não se pode acovardar na exigência de rigoroso respeito aos direitos fundamentais porque a sociedade espera uma pronta resposta do Poder Judiciário. **Não é de hoje que este E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ensina que a credibilidade do Poder Judiciário está não na submissão da vontade irracional das massas, mas na salvaguarda das garantias fundamentais.**

Os recorrentes foram condenados pelo Conselho de Sentença e o juiz togado fixou penas altíssimas: Alexandre deverá cumprir aproximadamente 31 anos de prisão e Anna aproximadamente 26 anos. Os jurados não tiveram (porque a Lei assim dispõe) obrigação de motivar sua decisão. Logo, todos os elementos de prova tinham potencial possibilidade de contribuir para o convencimento dos jurados.

Por isso, o prejuízo em se barganhar com os direitos individuais neste caso é óbvio e decorre do fato de que pelos próximos quase 30 anos, cada um dos recorrentes estará privado de sua liberdade de locomoção. Não há em nosso ordenamento jurídico prejuízo maior.

A necessidade de intervenção deste E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no caso revela-se importantíssima, pois ainda que se possa falar que houve desrespeito à legislação infraconstitucional (objeto do competente Recurso Especial) **é nítido também que a forma sintomática e reiterada das ofensas narradas aos direitos dos recorrentes revela na espécie profundo**

desrespeito às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

É diante deste cenário de endêmica violação à Carta Magna, que se busca o socorro deste E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL na salvaguarda dos violados direitos constitucionais dos recorrentes.

IV. CONTRARIEDADE AOS ART. 5º, INCISOS IX, XIV, LIV, LV, LX, ART. 93, IX, ART. 220 CAPUT E § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 8º, 1 DO PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA – EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE UM JULGAMENTO JUSTO.

“Existe uma espécie de tribunal que se encontra em todas as nações; que é invisível, pois não tem nenhum dos sinais que poderiam manifestá-lo, mas age continuamente, e que é mais forte do que os juízes e as leis, do que os ministros e os reis, que pode ser corrompido pelas más leis; corrigido, dirigido, transformado em justo e virtuoso pelas boas leis; mas que não pode ser disputado e dominado nem pelas primeiras, nem pela segundas. Esse tribunal... é o da opinião pública” (Gaetano Filangieri, in Ciência da Legislação)

O direito a um julgamento criminal justo é extraído de uma série de princípios entalhados na Constituição da República, encabeçados pela cláusula do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), verdadeiro sobreprincípio que norteia a interpretação e a aplicação dos demais, como aqueles que asseguram aos litigantes, em processos judiciais e administrativos, a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, inciso LV).

O direito a um julgamento criminal justo, na realidade,

pode ser entendido como o aspecto procedimental do devido processo legal. Trata-se de um conjunto de regras processuais mínimas que, asseguradas constitucionalmente ao acusado, limitam a atividade persecutória do Estado, impedindo que sua punição ocorra de maneira arbitrária.

Esta limitação ao poder persecutório do Estado é característica essencial de qualquer democracia. Embora encontre no respeito à soberania popular sua sustentação, o modelo democrático reconhece direitos fundamentais que podem ser invocados inclusive quando contrariem a vontade soberana do povo. Tal característica não desvirtua sua natureza. Muito pelo contrário. É-lhe essencial.

No conceito de julgamento justo, insere-se o direito a um julgamento imparcial, o que presume, no caso específico dos processos de competência do Tribunal do Júri, a ausência de uma predisposição dos jurados no sentido da condenação ou absolvição do réu.

Esta predisposição dos jurados a determinado resultado normalmente tem sua origem em elementos absolutamente estranhos ao processo, como a proeminência do acusado ou da vítima no distrito da culpa, o comportamento dos respectivos familiares ou, hipótese mais comum, a cobertura do caso pela imprensa, raramente imparcial.

A necessidade de resguardar o procedimento criminal de influências externas é particularmente importante nos processos de competência do Tribunal do Júri.

Com efeito, a idéia nuclear em razão da qual o Tribunal do Júri foi concebido, o julgamento do réu por seus pares, tem sua maior vulnerabilidade na eventual predisposição condenatória ou absolutória dos jurados, influenciados por um *corpus alienum* ao processo.

Afinal, o réu deixa de ser julgado por seus pares, uma

vez que o veredicto foi previamente determinando, o que acaba por esvaziar completamente o sentido da instituição do Júri.

Feitas tais considerações, é preciso indagar: no caso que aqui se apresenta, tiveram os recorrentes um julgamento justo, que respeitou os ditames da Constituição Federal? A resposta é evidentemente negativa.

De início, urge salientar que, embora os crimes atribuídos aos recorrentes sejam abstratamente graves, não havia qualquer razão técnica para que o processo não se deixasse transcorrer dentro da normalidade que se espera de qualquer procedimento criminal.

Tivesse o processo tramitado normalmente, a decisão do Conselho de Sentença teria sido alcançada com a necessária serenidade, fruto da parcimoniosa avaliação dos elementos verdadeiramente existentes nos autos, devidamente ponderados pelos jurados.

No entanto, tal possibilidade ficou inteiramente prejudicada em decorrência da massiva e opressiva campanha midiática deflagrada contra os recorrentes tão logo o fato tornou-se conhecido.

Este verdadeiro massacre imposto pela opinião pública acabou por turvar, indelevelmente, as lentes de qualquer um a quem fosse confiado o mister de julgar os recorrentes. Tornou, assim, verdadeira utopia garantir aos recorrentes o elementar direito a um julgamento justo.

Como bem assinalou o jurista Roberto Delmanto, em crônica publicada no site “Carta Forense”:

“E eu pergunto: nesse “clima de guerra”, com a pressão da imprensa e da sociedade em patamar certamente inédito na recente história forense, havia condições para um julgamento justo e imparcial, como exige a lei, a moral, a garantia constitucional da presunção de inocência e o respeito à dignidade

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

humana dos acusados? Acho que não. Se os jurados optassem pela absolvição, como se garantiria a saída deles do Tribunal? Quais as represálias que sofreriam naquele momento e depois, como os familiares dos acusados que tiveram suas casas pichadas no dia seguinte? (...) A inexistência de um processo justo e imparcial é o caminho mais fácil para o que, a meu ver, é a maior tragédia do processo penal: a possibilidade de um erro judiciário... Que eu, lamentavelmente, acredito ter ocorrido neste que é chamado "o julgamento da década". Com efeito, como, senão sob forte emoção e pressão populares, aceitar a tese da acusação de que um pai - que não se provou nem se alegou ser louco - jogou pela janela uma filha viva? E isso para ocultar uma suposta tentativa de homicídio por parte da madrasta? Ou seja, consumir um homicídio para encobrir uma tentativa? Praticar o mais para esconder o menos?⁶

Como se vê, não estamos tratando de mero inconformismo de quem perdeu e não gostou do resultado. Como se diz popularmente, "eram favas contadas".

O caso do "Casal Nardoni" tornou-se emblemático em todo o território nacional a ponto de ter se tornado alvo de grandes estudiosos, não apenas no ramo do Direito, mas no âmbito do jornalismo, da filosofia, da antropologia etc. E aqui se fala em emblemático, não por conta apenas da morte da menina Isabella, mas em razão da cobertura opressiva da mídia, que fez com que a opinião pública contaminasse justamente a possibilidade de um julgamento justo.

Em excelente trabalho publicado pela potiguar "Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade"⁷ ("Fedes"), Laura Maria Pessoa Batista Alves, realizou extensa análise sobre "a Mídia como agente operador do Direito", na qual debruçou-se sobre a influência da imprensa no caso do Casal Nardoni.

⁶ Roberto Delmanto - Assim Caminha a Humanidade in <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5433>, grifamos.

⁷ FIDES, Natal, v. 2, n. 1, jan./jun. 2011.

Com absoluta propriedade, pontificou:

“Ao relatar particularidades – muitas vezes não comprovadas ou até mesmo inverídicas – acerca de delitos, de maneira tendenciosa, inevitavelmente, a mídia, ainda que de forma sutil ou subliminar, induz seus destinatários a pré-julgamentos a respeito do fato criminoso e dos indivíduos nele envolvidos. Por conseguinte, se faz bastante elementar conceber a possibilidade de nos crimes da competência do Tribunal do Júri – especialmente aqueles cuja repercussão alcance grandes proporções - o corpo de jurados já adentrar na sessão de julgamento com juízo formado sobre a culpabilidade acusado, sendo essa convicção alicerçada em fatos e testemunhos extraprocessuais, de forma ferir a imparcialidade das decisões judiciais.

Embora tenha sido destacada a influência sobre a opinião do cidadão comum, **a mídia pode também afetar a opinião de magistrados, certamente não na mesma intensidade, (uma vez que estes têm - ou deveriam ter - consciência da necessidade de sua imparcialidade), mas ainda de maneira que comprometa a sua decisão.**

(...)

Nos últimos anos, dois casos alcançaram o ápice de repercussão na mídia: a morte da menina Isabella Nardoni e a acusação do goleiro Bruno Fernandes, do Flamengo, pelo homicídio de Eliza Samudio.

No primeiro, pai e madrasta foram acusados da morte de uma garotinha de seis anos que fora atirada da janela do apartamento do casal. Sem dúvida nenhuma é um caso repugnante. **Mas diariamente centenas ou milhares de Isabellas são espancadas ou mortas por seus pais e não há nenhuma menção por parte da mídia. O casal Nardoni foi a “bola da vez” no espetáculo da mídia. Os noticiários chegaram a registrar aumento de aproximadamente 46% nos índices de audiência, segundo dados da Folha Online³. A população foi às ruas pedir a prisão e a condenação dos acusados. O clamor generalizado já previa o desfecho: o casal teve a prisão preventiva decretada e posteriormente foi condenado pelo Tribunal do Júri”.** (grifamos)

A jornalista, professora de jornalismo na Universidade Federal Fluminense (UFF), doutora em Serviço Social e escritora, Sylvia Moretzsohn publicou pela Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo o estudo “O crime que chocou o Brasil: mídia, justiça e opinião pública na primeira fase do caso Isabella Nardoni.”

Em sua análise, concluiu o que nos parece bastante pertinente:

(...) o caso Isabella fornece um exemplo explícito de influência da mídia nas decisões judiciais, ainda que preliminares. Como os outros meios em “tempo real”, os canais de televisão deram amplo destaque ao documento do juiz que decretou a prisão preventiva do casal, em 7 de maio, ressaltando as justificativas em nome da “garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social”. O grifo é meu, para ressaltar que os meios de comunicação, sem exceção, omitiram deliberadamente que, no seu despacho, o juiz reconhece que o interesse da “opinião pública” em torno do crime foi, “em certa medida [provocado] pela excessiva exposição da mídia, que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população”. Porém o juiz tampouco parece interessado em discutir se essa extrapolação é nefasta à realização da justiça. Pelo contrário, dá o fato como consumado, considerando que a repercussão do caso era algo que o Poder Judiciário não podia ignorar, e que o público acompanhou “de perto” (isto é, via TV) os resultados da perícia, “o que lhe permitiu formar suas próprias conclusões – ainda que desprovidas, muitas vezes, de bases técnico-jurídicas, mas, mesmo assim, são conclusões”, afastando, por isso, “a hipótese de que tal clamor público seja completamente destituído de legitimidade” (destaques meus). Completamente, não. Só um pouquinho.

E prossegue a autora, identificando outro problema da interferência da mídia:

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



*A análise da cobertura da Globo permite demonstrar o que é recorrente nesses casos: **a apresentação da “solução” antes mesmo do início do processo judicial, que seria o campo adequado para o debate e a argumentação capazes de um julgamento desapassionado. Interferindo decisivamente na formação de uma convicção pública a respeito dos culpados, o trabalho dos jornalistas dispensa o da justiça, que apenas encenará o seu rito ociosamente, como num campeonato em que os times jogam apenas para cumprir tabela.***

A definição da autora foi precisa e amolda-se perfeitamente ao que aconteceu no presente caso: o julgamento do casal Nardoni foi, literalmente, um jogo para cumprir a tabela. O resultado já estava definido, por culpa da mídia opressiva.

Não se ignora que o ilícito penal, para além de ser um fato juridicamente relevante, é também um fenômeno social, que inevitavelmente chama sobre si a atenção da coletividade.

Não se pretende, pois, advogar a restrição, aos órgãos de comunicação, do direito de informar a população acerca de assuntos de interesse público, inclusive julgamentos em curso.

Há, todavia, uma grande diferença entre a função tradicional da imprensa, de reportar a verdade de forma desapassionada, e aquela encampada pelo denominado jornalismo investigativo, que em muito extrapola o caráter meramente informador, arrogando-se o papel de poder paralelo, investigando os fatos aos quais o Poder Judiciário, por sua suposta ineficiência, não é capaz de fornecer “resposta eficaz”.

A propósito, é absolutamente pueril a crença de que a imprensa tem como único objetivo a satisfação do interesse público, pautando sua atuação pela neutralidade. Muitos são os interesses dos órgãos de comunicação, dentre os quais os mais legítimos, embora longe de puros, são aqueles ditados pela lógica de mercado à qual se sujeitam.

Quando tantos são os interesses em jogo, legítimos e espúrios, a primeira vítima acaba sendo, assim como na guerra, a verdade⁸.

A “verdade” informada pelos órgãos de comunicação, portanto, não passa da versão dos fatos por eles adotada, moldada para exercer seu papel essencial de produto passível de consumo pela sociedade.

Como “bem de consumo”, a notícia precisa ter forte apelo mercadológico. Atualmente, tanto no Brasil como em outros países, nenhuma notícia vende mais do que aquelas inseridas nas “páginas policiais”. O crime, afinal, é um fato jornalístico por excelência.

Diante desta realidade, os fatos retratados nestes autos acabaram por representar um grande produto para as empresas de comunicação, especialmente por todas as circunstâncias que envolviam.

A cobertura foi intensa e carregada com tintas sempre muito fortes, com a inestimável colaboração das Autoridades responsáveis pela investigação, que, apenas a título de exemplo, designaram as oitivas policiais dos recorrentes exatamente na data de aniversário da vítima.

Verdades incontestáveis foram criadas e largamente difundidas. O caso foi discutido e julgado nas mais variadas rodas, com base nas provas irrefutáveis apresentadas durante as “instruções processuais” realizadas nos mais diferentes canais de comunicação.

Em função da cobertura realizada pela imprensa, a possibilidade de realização de um julgamento justo ficou seriamente comprometida. A pressão sobre os jurados era imensa. Tivessem optado pelo decreto absolutório, como o explicariam à opinião pública, sequiosa pela punição

⁸ Em 1917, o Senador norte-americano Hiram Warren Johnson cunhou a célebre frase: “the first casualty when war comes is truth”.

exemplar dos recorrentes?

Era tal o estado de espírito daqueles que acompanhavam o julgamento nas proximidades do Tribunal que, se pudessem, dariam aos recorrentes destino semelhante ao que teve Leo Frank⁹.

A questão, pois, não se resumia à necessidade de justificar a opção absolutória, se esta de fato tivesse sido escolhida. Envolveria a própria segurança dos jurados.

Afinal, a absolvição dos recorrentes representaria o desrespeito à vontade das massas, o desafio ao veredicto social, que a eles cabia apenas oficializar.

Nos países de língua inglesa, este fenômeno é denominado *trial by media*¹⁰, que se caracteriza por uma campanha midiática instaurada contra o réu capaz de interferir no resultado do julgamento¹¹.

Para identificar este fenômeno, alguns elementos precisam se fazer presentes, quais sejam: a) o caráter depreciativo das reportagens veiculadas a respeito do julgamento; b) o risco potencial de que tais reportagens interfiram em seu resultado; e c) a atualidade do julgamento.

⁹ Leo Frank foi submetido a um julgamento com intensa cobertura jornalística, em que pesava contra si a acusação de ter estuprado e matado uma garota de 13 anos de idade. Após ter sua pena capital comutada para prisão perpétua, foi seqüestrado na prisão em que se encontrava e linchado. Em 1986, o Estado da Geórgia lhe concedeu perdão *post mortem*, após minuciosa revisão do caso, que revelou o real autor do crime (um funcionário de Leo chamado Jim Conley).

¹⁰ Em tradução livre, *juízo pela mídia*.

¹¹ O fenômeno do *trial by media* é retratado de maneira brilhante na obra *A Publicidade Opressiva dos Julgamentos Criminais*, de Simone Schreiber (Rio de Janeiro, Renovar, 2008), exaustivo estudo que, até por seu ineditismo, é absolutamente fundamental para a compreensão da matéria. Assim, a tese aqui desenvolvida foi em grande parte baseada no trabalho e nas conclusões da autora. No entanto, para não tornar a peça por demais cansativa, optou-se por citá-la diretamente apenas em algumas oportunidades. Fica registrado, no entanto, o devido crédito à autora, cujo trabalho foi o pilar da tese apresentada no presente tópico.

Infelizmente, a jurisprudência brasileira raramente se debruça sobre a problemática do *trial by media*, ao contrário do que ocorre, *exempli gratia*, na Suprema Corte norte-americana, que tem em *Shepherd vs. Florida* um de seus mais emblemáticos precedentes:

“Mas influências prejudiciais vindas de fora do tribunal, típicas de um julgamento altamente divulgado, foi exercida sobre este júri com tal força que a inevitável conclusão é a de que esses réus foram prejudgados como culpados, e o julgamento foi apenas uma formalidade legal para registrar uma sentença já ditada pela imprensa e a opinião pública que ela gerou”¹².

Isso não significa, em absoluto, que o sistema jurídico brasileiro esteja livre deste fenômeno. Ocorre justamente o contrário, sendo cada vez mais frequentes os casos em que, logo após a ocorrência de um crime, um suspeito é prontamente indicado como culpado pela imprensa, invertendo a lógica da presunção de inocência.

Parece-nos irrepreensível a premissa de que, se existe um caso, no Brasil, que possui absolutamente todas as características do *trial by media*, este é o caso retratado nos presentes autos.

A influência sofrida pelos jurados, diante da opressiva cobertura jornalística levada a efeito pela imprensa, parece não encontrar paralelo na história judiciária nacional.

Em face de tal realidade, este merece ser o *leading case*

¹² “But prejudicial influences outside the courtroom, becoming all too typical of a highly publicized trial, were brought to bear on this jury with such force that the conclusion is inescapable that these defendants were prejudged as guilty, and the trial was but a legal gesture to register a verdict already dictated by the press and the public opinion which it generated”, grifamos (*Shepherd vs. Florida*, 350 U.S. 50, de 1951, retirado do *website* <http://supreme.justia.com/us/341/50/case.html>).

na discussão, assaz tardia, da colisão entre *free press* e *fair trial*¹³.

Fala-se em colisão porque há autêntico conflito entre dois princípios de estatura constitucional. De um lado está a liberdade de expressão (*free press*). Do outro, o direito a um julgamento justo (*fair trial*), corolário do devido processo legal.

Com efeito, a prática de um crime, fenômeno social que desperta a atenção da coletividade, é fato jornalístico por excelência. Assim sendo, tanto a mídia tem o livre direito de informar como a sociedade tem o direito de ser informada acerca de sua ocorrência e conseqüências.

A livre atuação da mídia não pode colocar em risco as garantias fundamentais asseguradas aos acusados, como a **presunção de inocência** e o direito a um julgamento justo.

Diante desta colisão entre princípios de envergadura constitucional, não há fórmula predeterminada para que se faça a devida ponderação. Em outras palavras, não se pode dizer que um destes princípios deve sempre ceder quando em desarmonia com o outro.

No caso presente, no entanto, nos parece evidente que a livre atividade da imprensa, divulgando informações sempre depreciativas acerca dos recorrentes, aniquilou por completo a possibilidade de que houvesse um julgamento justo.

Até por ser um caso extremo, em que a cobertura da mídia teve uma amplitude jamais vista em qualquer outro julgamento realizado neste País, facilmente se percebe que não houve sequer a possibilidade de fazer a ponderação entre os dois princípios, posto que um deles restou totalmente esvaziado.

¹³ Em tradução livre, *liberdade de imprensa e julgamento justo*, respectivamente.

Em casos tais, diante de um conflito entre a liberdade de imprensa e direito a um julgamento justo, há de prevalecer o segundo, especialmente porquanto atinente à liberdade humana.

Assim, se a imparcialidade dos jurados, condição essencial para que se realize um julgamento justo, restar comprometida em função da interferência da mídia, a invocação do princípio da liberdade de imprensa não será suficiente para evitar que o julgamento seja anulado.

A propósito, recentemente o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu Acórdão, em sede de apelação criminal, anulando um julgamento por reconhecer a existência de interferência externa.

Em seu voto, o Relator do recurso, Desembargador Almeida Braga, anota, com extrema propriedade, o seguinte:

*“A garantia constitucional da plenitude da defesa consiste em outorgar ao acusado a possibilidade de produzir todas as provas permitidas em lei, bem como **não permitir que atos externos possam ser conduzidos ao plenário para influenciar o entendimento dos jurados na apreciação dos fatos que lhes estão sendo expostos.***

*A plenitude da defesa implica em garantir a imparcialidade do corpo de jurados. **A vontade viciada dos jurados afronta o princípio da imparcialidade e, conseqüentemente, não concede validade ao princípio constitucional da plenitude da defesa.***

*A dúvida sobre a imparcialidade dos jurados é causa para desaforeamento do processo, como se pode observar pelo disposto no artigo 427 do CPP. **O corpo de jurados parcial contamina o julgamento. Ele, antes do julgamento inicial, já condena o acusado.** O contrário, também, pode ocorrer. A parcialidade do corpo de jurados pode ocorrer quando há uma predisposição para absolver o acusado.*

*A influência sobre o corpo de jurados, capaz de contaminar a imparcialidade, pode ocorrer por fatos externos ou por atos praticados no transcurso do julgamento. **Os fatos externos podem ser decorrentes***

da influência da "mídia", ou pela condição social que o acusado possui no meio social em que vive, ou pelas condições pessoais da vítima. Os atos internos podem ser produzidos pela defesa ou pela acusação no transcorrer do julgamento. São comportamentos que afetam o poder de discernimento do corpo de jurados a ponto de colocar em dúvida sua imparcialidade"¹⁴.

No presente caso, como visto, é fato incontestável, reconhecido pela própria Defesa: **os recorrentes chegaram ao plenário do Tribunal, no dia 22 de março próximo passado, já condenados.**

Afinal, em nenhum outro caso julgado neste país em tempos modernos houve tamanha intromissão externa, tamanho prejulgamento. Tal fato é notório, independe de demonstração. Todos aqueles que militam nas áreas jurídicas sabem que não houve julgamento justo – **Não haveria hipótese para tanto!**

A imparcialidade dos jurados estava seriamente comprometida, para não dizer completamente perdida, em função do clamor público gerado pela mídia.

É inescapável, pois, a conclusão de que restou ferido de morte o princípio do devido processo legal, entalhado na Constituição da República no art. 5º, inciso LIV:

"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Ferido também foi o art. 8º. Do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que enuncia preceito de estatura Constitucional:

¹⁴ TJSP, Apelação Criminal 990.08.079431-0, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Desembargador Almeida Braga, julgado em 1º/12/2008, V.U. – grifamos.

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

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERHALDO
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



“Art. 8º. Garantias Judiciais:

1. Toda pessoa terá direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, **independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Com efeito, impossível admitir-se a imparcialidade dos jurados no caso concreto; o julgamento nada mais foi do que uma cansativa solenidade para formalizar a irrecorrível decisão já proferida em desfavor dos recorrentes por toda a opinião pública.

Os recorrentes, no lugar do julgamento justo e imparcial que a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos lhes garantia, tiveram apenas um cerimonial. Foram levados ao Tribunal do Júri para cumprirem um protocolo,

Destarte, tendo sido impossível assegurar aos recorrentes o julgamento justo a que tinham direito, deve ser anulado o julgamento realizado, em função da contaminação dos jurados pela campanha condenatória levada a efeito pela imprensa, que comprometeu a imparcialidade dos jurados.

IV.a) DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TRANSMISSÃO TELEVISIVA.

Conforme restou consignado no item anterior, os recorrentes chegaram ao Tribunal do Júri, no dia 22 de janeiro próximo passado, previamente condenados.

A condenação prévia em desfavor dos recorrentes, que definitivamente macularia a imparcialidade dos jurados, foi decretada pela mídia,

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

cuja cobertura do caso, sempre prejudicial à imagem dos recorrentes, foi absolutamente inédita na história judiciária deste País.

A impossibilidade de realização de um julgamento justo tem sido motivo suficiente para que seja determinado o desaforamento do julgamento, previsto no art. 427 do CPP:

“Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas”.

O desaforamento em razão da influência externa exercida sobre o corpo de jurados foi determinada, por exemplo, no seguinte julgado proveniente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESAFORAMENTO. INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE.

A presença de familiares vestindo camisetas com a foto da vítima, assim como o funcionamento de trio elétrico na área externa do fórum local durante a realização de audiência destinada à instrução criminal justificam, pela forma concreta de indiscutível e inaceitável pressão, a teor do disposto no art. 424 do CPP, o desaforamento do feito. Isso porque configuram tais fatos fortes circunstâncias perturbadoras da ordem pública, pois dificultam ou mesmo impedem o desenvolvimento normal dos atos processuais e que, provavelmente, repetidas no dia do Júri, poderão afetar o julgamento. Ordem concedida”¹⁵.

No entanto, tamanha era a repercussão do presente

¹⁵ STJ, HC nº 29.029/GO, 5ª Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, julgado em 07/10/2003, DJ 10/11/2003.

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

caso em todos os cantos do País (e mesmo em outros países), que a Defesa, conscientemente, não buscou se socorrer do pedido de desaforamento, reconhecendo ser medida totalmente estéril.

Outra medida possível, ao menos em tese, seria a **postergação do julgamento**, ficando o processo suspenso até que a atenção da mídia sobre o caso desaparecesse por completo ou, ao menos, arrefecesse, não mais colocando a integridade do julgamento em risco.

A medida, no entanto, além de não encontrar previsão legal em nosso ordenamento jurídico, poderia entrar em conflito com outros valores constitucionais, como o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), especialmente se o réu estiver preso provisoriamente.

Ademais, a adoção desta medida não impediria que a atenção da mídia voltasse aos patamares originais quando da designação do julgamento, perpetuando o risco de um julgamento injusto e parcial.

Assim, a única medida possível para atenuar a predisposição condenatória dos jurados, por mais paradoxal que possa parecer, seria a **transmissão televisiva do julgamento**. Vejamos:

Na data em que teve início o julgamento dos recorrentes no Plenário do Tribunal do Júri, foi protocolada a petição de fls. 5534/5536, requerendo fosse autorizada a transmissão televisiva da sessão de julgamento, em respeito ao princípio da publicidade processual e da liberdade de imprensa.

Mencionado pedido foi indeferido, em primeiro lugar, sob o fundamento de que a publicidade do julgamento estaria garantida pela reserva, no Plenário do Tribunal, de vagas à população e aos órgãos de comunicação. Observou-se, ademais, a suposta ausência de disposição legal a permitir a transmissão do julgamento. Por fim, fez-se consignar a necessidade de salvaguarda da ordem dos trabalhos e da “normalidade”.

A imprescindibilidade desta medida residia na certeza de que a sociedade, tendo contato direto com as provas efetivamente produzidas durante o julgamento, avalizaria a decisão dos jurados, especialmente na hipótese de absolvição dos recorrentes.

Sem este aval, os jurados não teriam condições psicológicas de impedir a concretização do papel que lhes fora originalmente confiado, o de meros transmissores da irrecorrível decisão que toda a sociedade já proferira em desfavor dos recorrentes.

A transmissão televisiva do julgamento, portanto, era a única medida apta a fornecer um aval aos jurados, dando-lhes a chance de decidir com serenidade, posto que, fosse qual fosse a decisão, esta teria sido decidida com base em elementos probatórios acessíveis a toda a sociedade.

De fato, é paradoxal a situação deste processo. Por um lado, o excesso de mídia levou o julgamento a uma situação insustentável. Por outro lado, apenas a publicidade do próprio julgamento permitiria que a sociedade tivesse conhecimento dos fatos levantados também pela Defesa, em sua inteireza, equilibrando um pouco as armas colocadas à disposição de cada uma das partes forças. **Afinal, é preciso reconhecer que a Acusação teve o privilégio de divulgar publicamente suas teses desde o primeiro dia!**

A esse respeito, aliás, merecem algumas digressões o teor do acórdão do Tribunal de Justiça, sobre esse aspecto.

De fato, consta do acórdão ora atacado que, “O brasileiro conheceu, com o decorrer dos dias e o progresso das investigações, qual era a versão acusatória e qual era a versão defensiva. **Ambas, repita-se para não se ter dúvidas**”.

Ora, nunca o público pôde conhecer as teses defensivas, e quando pôde, nunca o foi de maneira isenta ou imparcial. A esse respeito comentou a Jornalista Sylvia Moretzsoh, ao analisar a cobertura jornalística realizada pela rede Globo, que ainda na fase investigativa, transmitia ao público “conclusões” quase que definitivas sobre as provas:

“Outra matéria “conclusiva”, apresentada em 25 de abril e francamente condenatória dos acusados, seria desmentida quatro dias depois. Baseava-se em deduções da polícia, assumidas como verdade pela reportagem:

‘Apresentador: Há uma semana, neste mesmo horário, o pai e a madrasta de Isabella estavam numa delegacia sendo interrogados sobre o crime. Hoje, o repórter César Tralli obteve, com exclusividade, as cópias daqueles depoimentos. Nos documentos, há detalhes da investigação que a polícia mantinha em sigilo e que surpreenderam o casal.

Repórter: (...) Os delegados apresentaram provas técnicas que, de acordo com a polícia, indicam que Alexandre e a mulher dele mataram Isabella. Uma das provas mais importantes: na camiseta que Alexandre usava no dia crime, peritos encontraram vômito de Isabella. Questionado se sua camiseta encontrava-se suja, Alexandre respondeu que não. Ele foi então informado sobre a constatação de vômito de Isabella na camiseta e não soube explicar como isso aconteceu. (...)

Os delegados insistem. Informado que Isabella sofreu asfixia em decorrência da qual vomitou, Alexandre repete: não sabe explicar como esse mesmo vômito, ocorrido quando ela ainda estava viva, foi encontrado também em sua camiseta. Alexandre não soube explicar ainda a existência de sangue comprovadamente sendo de sua filha Isabella dentro do seu carro usado momentos antes da morte dela. (...)

No entanto, no dia 29 de abril, o JN é obrigado a voltar atrás:

‘Apresentador: Parte do trabalho da perícia nas investigações da morte da menina Isabella foi usada incorretamente pela própria polícia nas investigações. Segundo informações obtidas pelo Jornal Nacional, não é possível afirmar que havia vômito da menina na camiseta do pai, Alexandre Nardoni, ao contrário do que os delegados fizeram durante o interrogatório do suspeito. E mais: segundo peritos ouvidos pelo Jornal Nacional, não é possível afirmar categoricamente que havia sangue de

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

LUIS 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 TÚMPIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Isabella no carro da família, o que os delegados também fizeram ao interrogarem o pai da menina.'

A reportagem, tão extensa quanto a que anunciou apressadamente as supostas provas irrefutáveis contra os acusados, **é também um bom exemplo da maneira pela qual o jornal esconde sua própria responsabilidade na divulgação de informações tendenciosas: eram informações oficiais, sem dúvida, mas desde quando informações oficiais são automaticamente dignas de fé? Claramente, aqui, a polícia "jogou verde" com os acusados, para tentar uma confissão; porém ao vazar o inquérito para o jornalista, induziu-o a erro – e, por extensão, contaminou a opinião pública.**

A propósito, **é evidente o contraste do comportamento da maioria dos repórteres na coletiva em que os advogados do casal Nardoni apresentaram um famoso legista e uma perita que, durante mais de duas horas – com transmissão ao vivo pela GloboNews –, apontaram contundentes falhas no laudo oficial que serviu de base à acusação: muitos jornalistas tentaram desqualificar aquelas contestações, não por identificarem ali qualquer inconsistência, mas por duvidarem das intenções daqueles profissionais contratados pela defesa".**

Os efeitos nefastos da cobertura jornalística sobre o caso permeou toda a investigação e obviamente contaminou o julgamento.

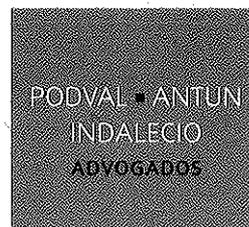
Conforme narrado acima, por Sylvia Moretzsoh, a Globo voltou atrás sobre suas conclusões sobre o caso, para afirmar que e "segundo peritos ouvidos pelo Jornal Nacional, não é possível afirmar categoricamente que havia sangue de Isabella no carro da família, o que os delegados também fizeram ao interrogarem o pai da menina".

Essa informação – verdadeira, diga-se, divulgada talvez apenas pela Globo, e no início das investigações – foi esmorecendo ao longo dos meses que a sucederam. A mídia voltou a falar que sangue da vítima havia sido encontrado no veículo. Isso porque a própria autoridade policial divulgara seu relatório aos repórteres, no qual se afirmava categoricamente (e equivocadamente) que a perícia encontrara sangue.

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
MÁRIANA TUMBILOLO TOSI



Durante o julgamento, contudo, leu-se aos jurados o inteiro teor de laudo pericial **que não** concluía sobre a presença de sangue da vítima mas apenas de material genético de membros da família, sendo um deles do sexo masculino.

Essa prova, esse laudo pericial, nunca foi divulgado à mídia, ou se foi, não lhe deu a imprensa a devida importância. Divulgou-se tão somente o relatório da autoridade policial, que tendenciosamente interpretava o laudo de forma a dizer que se encontrou sangue da vítima no carro, o que não era verdade.

E os membros da imprensa que estiveram presentes nesta etapa do julgamento, e puderam assistir a leitura do laudo pela defesa, não divulgaram uma linha sequer sobre o assunto ao público que acompanhava o dia a dia da semana do julgamento pelos veículos de comunicação, pois, por óbvio, era prova que não agradava as convicções já formadas.

Mas não foi só. O público não tomou contato, por exemplo, com as provas cabais de que existiam conflitos de informações quanto aos horários em que os recorrentes estiveram dentro e fora do apartamento. Divulgou-se, tão somente, a informação de que os horários apurados pela acusação levavam à inequívoca conclusão de que os recorrentes estariam dentro do apartamento no momento em que a menina fora jogada pela janela.

Muito embora tivesse a defesa exposto em plenário os documentos constantes dos autos que comprovavam as diferenças de diversos minutos entre os horários apurados, nunca, jamais, falou-se sobre isso na mídia.

Tivesse sido televisionado o julgamento, essas provas – essa sim, de defesa – poderiam ter sido conhecidas pelo público.

E somente assim os jurados, sabedores disso, poderiam ter tido mais coragem para decidirem de acordo com sua autodeterminação – e de acordo com as provas, diga-se.

A publicidade ampla do julgamento seria o verdadeiro antídoto contra o próprio mal causado pela mídia: teria o condão de tranquilizar os próprios jurados, sabedores de que a opinião pública estaria acompanhando as razões de um eventual resultado absolutório. Não se poderia esperar dos jurados que decidissem de maneira contrária à opinião pública. Afinal, como já dizia o escritor francês Jules Renard “Se temer a solidão, não tentes ser justo”.

E assim, a publicidade de tudo, menos do julgamento em si, acabou por criar uma situação de incomensurável injustiça.

Indeferido o pedido de transmissão televisiva do julgamento, restou frontalmente desrespeitado o princípio da publicidade processual, elemento indissociável do direito a um julgamento justo. Por esta razão, sua proteção está constitucionalmente garantida.

Dispõe o artigo 5º da Constituição da República:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”
(grifamos).

Por sua inserção no art. 5º, é possível perceber a relevância atribuída ao princípio, erigido à condição de cláusula pétrea, *ex vi* do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CR.

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

A matéria encontra-se disciplinada, ainda, no art. 93, inciso IX, da CR:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (grifamos).

No despacho que indeferiu o pedido de transmissão do julgamento, não foi apontada qualquer razão que pudesse justificar o interesse social. O interesse social, pelo contrário, exigia o acesso a um dos julgamentos mais rumorosos e emblemáticos da história do Brasil.

Por outro lado, **tendo havido pedido expresso da defesa no sentido de dar a mais ampla publicidade ao julgamento, não se pode falar na defesa da intimidade, quando os próprios recorrentes dela abriram mão.**

Ausentes quaisquer razões de ordem pública e diante da manifestação expressa dos recorrentes, não havia motivo plausível para restringir a publicidade do julgamento, constitucionalmente assegurada.

Observe-se que, para além do tratamento constitucional dispensado à matéria, esta também é regulada pelo Código de Processo Penal, que em seu art. 792, *caput*, determina:

*“Art. 792. **As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos** e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir 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

porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados” (grifamos).

Como se percebe da disposição acima transcrita, a regra é a de que **todos os atos processuais sejam públicos**. O Presidente do Júri, no entanto, decidiu tornar pública apenas a decisão, atenuando de maneira absolutamente infundada o princípio constitucional em comento.

Assim, para além de impedir a realização de um julgamento justo, o indeferimento do pedido está em evidente descompasso com o princípio da publicidade processual.

Mas ainda não é só. Também foi desprestigiado o princípio da liberdade de informação jornalística, sendo absolutamente inválida a motivação contida no acórdão atacado, no sentido de que: “E muito ao contrário do que sustenta a defesa, a **publicidade processual** e a **liberdade de imprensa** restaram plenamente garantidas. Diversas cadeiras foram disponibilizadas a populares e também a órgãos jornalísticos - *credenciados previamente* -, durante **absolutamente todos os cinco dias** em que perdurou o julgamento dos recorrentes. Tanto que a todo momento, naqueles dias, lembra-se bem, **a população era imediata e detalhadamente informada** sobre os acontecimentos no interior do Fórum de Santana. Como aqui já se colocou. Daí não se poder falar em violação àqueles princípios constitucionais”

No despacho por intermédio do qual foi indeferido o requerimento defensivo aqui estudado, o Juiz sustentou que a publicidade do julgamento estaria garantida pelas “20 (vinte) cadeiras na platéia para os veículos de comunicação”, o que, para o Tribunal de Justiça foi absolutamente suficiente a garantir o respeito aos princípios Constitucionais, os quais, no entender da defesa, restaram violados.

Entretanto, cumpre lembrar que as cadeiras colocadas à disposição da imprensa funcionaram em sistema de revezamento.

Assim, nenhum órgão de comunicação teve acesso ao julgamento em sua integralidade. Não puderam exercer, portanto, com liberdade plena, seu direito de informar.

Este direito só seria prestigiado com o telejulgamento do julgamento, ocasião em que cada órgão de informação teria contato direto com todos os detalhes do julgamento, transmitindo-os livremente.

O direito de informar conta com expressa proteção constitucional, a começar pelo art. 5º inciso IX, da CF:

*“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**” (grifamos).*

A expressão da atividade de comunicação, no aspecto mais importante do dispositivo constitucional, é exercida independente de licença, razão pela qual o pedido manejado pela Defesa não precisava nem mesmo ser feito, e nunca poderia ter sido indeferido.

Tratando mais especificamente do assunto, no capítulo relativo à comunicação social, a CR estipula, no § 1º do art. 220:

*“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição**, observado o disposto nesta Constituição.*

*§ 1º - **Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social**, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (grifamos).*

O despacho do Juiz, convalidado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo constituiu evidente embaraço à liberdade jornalística, restringido sem fundamentos plausíveis, violando também o princípio da motivação, (art. 93, IX da Constituição Federal) a transmissão do julgamento pela

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 TUMBILOLO TOSI



televisão.

De fato, inválido o posicionamento contido no acórdão recorrido, no sentido de que “o *indeferimento do pedido de transmissão televisiva* era mesmo a medida a ser adotada, como foi. Também para se preservar a *intimidade dos réus, testemunhas, serventuários e dos próprios leigos julgadores*”.

Inicialmente, não há que se falar em intimidade dos réus, especialmente porque os recorrentes não apenas haviam concordado, mas expressamente requerido tal providência. O mesmo se diga da intimidade das testemunhas e serventuários, os quais faziam-se presentes em julgamento público.

Quanto aos jurados, sem nenhuma razão o Tribunal, porquanto a própria defesa requereu fosse o julgamento transmitido com a preservação da imagem e identidade dos jurados.

Mas não apenas o direito dos órgãos de informação restou restringido. Foi encabrestado, também, o direito do qual todo cidadão é titular: o de acesso à informação sem a necessidade de intermediários.

Determina o inciso XIV do art. 5º da CF:

*“XIV - **é assegurado a todos o acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (grifamos).*

Comentando este dispositivo, ensina SIMONE SCHREIBER, em obra que entremeia toda a tese aqui exposta:

“Discute-se se o direito de recolher a informação deve ser entendido como uma prerrogativa dos jornalistas, no sentido de que gozem de especiais condições de acesso que não sejam necessariamente concedidas às

*pessoas comuns. **Os termos amplos do dispositivo constitucional ora examinado não permitem inferir tal privilégio***¹⁶.

Como consignado, a possibilidade de realização de um julgamento justo ficou seriamente comprometida no momento em que a mídia deflagrou a campanha pela condenação dos recorrentes.

Como os órgãos de comunicação possuem liberdade jornalística, o que acaba por gerar inúmeras situações de conflito entre *fair trail* e *free press*, o único meio de atenuar esta colisão de princípios constitucionais é permitir não apenas aos órgãos de comunicação o direito de informar, mas a todos os cidadãos o **direito de obter informações diretamente da fonte**.

Para alcançar esta conclusão, parte-se da premissa de que o crime, como fenômeno social, é de interesse da sociedade e será, portanto, invariavelmente divulgado pela imprensa.

Naturalmente, em determinados procedimentos não pode haver publicidade, como é o caso de qualquer investigação policial, mas na maior parte dos processos criminais, a publicidade não poderá ser obstada.

Assim, especialmente nos casos em que esta publicidade prejudica o direito dos recorrentes a um julgamento justo (sendo certo que, quando isso ocorre, as conseqüências são definitivas), a única medida que parece restar é possibilitar a todos o acesso à informação sem intermediários.

Afinal, a imprensa não é neutra, possui seus interesses (comerciais, políticos, sociais), sendo que, mesmo quando bem intencionada, a verdade que apresenta é apenas uma versão dos fatos.

Comentando o assunto, SIMONE SCHREIBER compartilha da conclusão de que a única solução para a questão é a abertura dos canais de

¹⁶ Op. cit., pág. 104 – grifamos.

comunicação, para que a informação possa ser obtida sem filtros:

*“o remédio adequado para o problema de veiculação de informações alegadamente não verdadeiras seria a **abertura dos canais de comunicação**, medida que propiciaria sua refutação e a multiplicação de pontos de vista e versões sobre o fato noticiado, provendo o público de mais elementos para a formação de sua opinião e tomada de decisões”¹⁷.*

*“Para Valéria Caldi Magalhães, **o princípio constitucional da publicidade impõe a disponibilidade das informações para o público de forma direta, independentemente de mediação (direito de beber a informação na fonte). Ao passo que a possibilidade de divulgação dos procedimentos judiciais pelos meios de comunicação de massa não seria decorrência lógica da publicidade, mas sim da liberdade de informação e de expressão**”¹⁸.*

No caso em estudo, a transmissão televisiva era de fundamental importância, porque representava a única forma de possibilitar que a população, que tanto interesse demonstrou no julgamento, pudesse conhecer as circunstâncias do julgamento, aprofundando a decisão proferida pelos jurados, fosse ela qual fosse.

Indeferido o pedido defensivo, restou inapelavelmente reprimida a liberdade de informação jornalística, tanto do ponto de vista da imprensa, que teve acesso limitado ao julgamento, como do ponto de vista da sociedade em geral, impedida de “beber a informação direto na fonte”.

Mais uma vez, neste ponto, mostra-se inválida a motivação contida no acórdão ora atacado, no sentido de que somente da maneira

¹⁷ Ibid., pág. 99, grifamos.

¹⁸ Ibid., pág. 250, nota de rodapé nº 348 – 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
CAROLINÁ R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

como foi conduzida a divulgação do julgamento *“poderia um cidadão comum, vivendo situação inédita e com alta carga de responsabilidade, ter reservada sua imparcialidade, para julgar o encargo confiado da maneira que melhor lhe conviesse. Se os veículos de comunicação pudessem livremente exibir imagens dos Srs. Jurados, possivelmente estes se sentiriam constrangidos e temerosos em decidir desta ou daquela forma”*.

Ou ainda, que *“a cautela e o zelo do mui competente magistrado Doutor Maurício Fossen fizeram impedir qualquer tipo de pressão externa - incluso eventual constrangimento resultante de exibição de imagens do interior da sala de julgamento. Em suma. A única forma de se evitar eventual abalo dos Srs. Jurados e de todas as outras pessoas que participaram do notório julgamento, preservando a serenidade do veredicto e garantindo acesso pleno à informação, era pôr em prática exatamente o que se fez: **permitir acesso da mídia à sala de julgamento, vedando-se, no entanto, a exibição de imagens de seu interior”***.

Mais uma vez, repita-se, a defesa pediu fosse televisionado o julgamento **com a preservação da identidade e imagem dos jurados**, mas ressaltando que somente com o televisionamento os próprios jurados poderiam sentir-se seguros em votar eventualmente contrariamente à tese encabeçada pela mídia durante os dois anos que antecederam o julgamento, na certeza de que o público agora, e assim como eles, estariam tendo acesso a todas as provas, e não à interpretação delas, pinçadas a esmo pelo sensacionalismo que cercou o caso.

IV.b) CONCLUSÃO.

Arrematando o raciocínio desenvolvido neste capítulo, o julgamento dos recorrentes, no plenário do Tribunal do Júri, estava destinado a ser mero protocolo destinado a formalizar o veredicto que toda a opinião pública já prolatara, influenciada pela cruel campanha midiática lançada pelos órgãos 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 TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

comunicação contra os recorrentes.

Assim, evidentemente, equivocado se mostra o acórdão ora atacado quando afirma que **“Não há como se aferir se houve, ou mesmo até que ponto teria havido - se é que houve - contaminação do juízo de valor dos Srs. Jurados, em virtude da divulgação dos fatos pela imprensa pátria. Sobretudo quando tiveram as partes nada menos do que cinco dias de um longo e intenso julgamento, para expor e provar suas teses, desconstruir alegações da parte contrária e convencer o corpo de jurados do que realmente acontecera na data dos fatos. Ao reverso. A verdade é que não se deve subestimar a capacidade de autodeterminação dos leigos julgadores, por simples exposição do fato a ser julgado pela imprensa - nada obstante eles também serem humanos, seres viventes e sensíveis, habitantes de sociedade onde as coisas boas e ruins sempre acontecem”**.

Ora, não se podia esperar resultado outro, que não o condenatório, por menos convencidos da culpa dos recorrentes estivessem os jurados, que apenas ouviam os brados da população ensandecida chamando os recorrentes de assassinos, e clamando por justiça. Como lhes havia advertido o promotor de justiça, o Brasil aguardava o veredicto, estando com os olhos voltados para aquela sala. Como julgar sem medo e sem predisposição a acatar os anseios da população e da mídia?

Para atenuar a predisposição condenatória dos jurados, foi requerida a transmissão da sessão de julgamento pela televisão, com o objetivo de permitir que toda a sociedade tivesse contato direto com todos os detalhes do julgamento e avalizasse a decisão dos jurados, especialmente no caso de uma decisão contrária àquela determinada pela opinião pública.

O pedido foi indeferido com base em argumentos assaz frágeis, em especial no tocante à alegada garantia da ordem dos trabalhos da normalidade, e da preservação da intimidade dos próprios acusados, vez que não se demonstrou, concretamente, os prejuízos advindos da colocação de câmeras no plenário do Tribunal.

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 indeferimento do pedido afrontou, em primeiro lugar, **o princípio do devido processo legal, por ser incapaz de garantir aos recorrentes um julgamento justo, perante um corpo de jurados imparcial a livre de influências externas.**

Ultrajou, ainda, **o princípio da publicidade processual, consagrado na Constituição da República nos arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, também reproduzido no art. 792, caput, do código de Processo Penal.**

Ofendeu, por fim, **o princípio da liberdade de informação jornalística, previsto na Lei Maior nos arts. 5º, incisos IX e XIV, e 220, caput e § 1º, especialmente no que se refere à possibilidade do público ter livre acesso à informação diretamente na fonte, sem intermediários.**

Urge salientar, a este propósito, que o pedido de transmissão televisiva do julgamento, embora providência absolutamente fundamental, além de assegurada pelos princípios da publicidade processual e liberdade jornalística, talvez não fosse capaz de reverter o processo de contaminação dos jurados pela opinião pública, que como doença degenerativa, atingia estágio bastante avançado.

Era, no entanto, a única medida capaz de produzir algum resultado. Tivesse o Juiz deferido o pedido defensivo, poder-se-ia afirmar que prestigiou todas as tentativas de reverter o quadro de parcialidade dos jurados. Mais não poderia fazer, mesmo porque a repercussão que o caso teve fugia absolutamente de seu controle.

Infelizmente, porém, não o fez, **consagrando a imprestabilidade do julgamento como instrumento de proteção das garantias individuais constitucionalmente asseguradas aos recorrentes.**

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. JACÓB 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

Ao concluir seu valioso trabalho acerca da publicidade opressiva de julgamento criminais, SIMONE SCHREIBER enumera as medidas que podem ser adotadas diante da colisão entre *free press* e *fair trial*, dentre elas o desaforamento, a postergação do julgamento, a restrição da publicidade do julgamento e, como última *ratio*, a ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento¹⁹.

No caso em estudo, todas estas medidas seriam absolutamente inócuas. Mesmo a proibição de veiculação de notícias era insuficiente. A condenação dos recorrentes foi sumária, decidida ainda durante o Inquérito Policial (quando não foi respeitado seu devido sigilo).

O que se afirma, enfim, é que **nos graves casos de trial by media, sendo este o mais evidente e emblemático exemplo deste fenômeno, a colisão entre free press e fair trial só será resolvida, paradoxalmente, pela ampliação máxima da liberdade jornalística, permitindo que toda a sociedade “participe” do julgamento e tire suas próprias conclusões, referendando a decisão dos jurados e tirando-lhes, pois, a pressão de decidir como a imprensa quer que decidam.**

Apenas com essa divulgação direta dos julgamentos realizados pelos Tribunais, medida há muito adotada por este Supremo Tribunal Federal, poderá haver antídoto à prejudicial influência da mídia nos procedimentos criminais.

Esta providência estava ao alcance do Presidente do Júri. Este, no entanto, como que a reservar um *grand finale* para o triste espetáculo que presidiu, julgou oportuno fazer ecoar por todo o País os termos da sentença condenatória que acabara de proferir.

Ou seja, vedou-se a publicidade do julgamento, mas

¹⁹ Op. cit., pág. 413, item 22.

não a publicidade da sentença condenatória, lida e ouvida pelo público que permanecia junto aos portões do Fórum através de auto-falantes providos pelo próprio Tribunal do Júri, por determinação de seu Presidente, além de transmitida ao vivo por inúmeras emissoras de rádio e televisão.

Para piorar, a aplicação parcial do princípio da publicidade processual restou agravada pelo fato de que coube apenas ao Presidente do Júri, de forma arbitrária e surda, a decisão acerca de quais atos processuais tornar públicos.

Tal providência evoca a triste lembrança de épocas remotas, quando os condenados ficavam marcados pela pena imposta, para que pudessem servir de exemplo à sociedade. Ensina Michel Foucault:

“No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. (...) As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas – condenados com coleiras de ferro, em vestes multicolores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX”²⁰.

As penas de infâmia, portanto, deveriam pertencer apenas ao estudo histórico da evolução do direito penal. Não se pode conceber sejam abordadas no curso de uma ação penal em pleno século XXI.

Publicada a decisão, este foi o objetivo alcançado: marcar os recorrentes, para que fossem hostilizados como se estivessem nas praças públicas européias da Idade Média.

Tudo para dar mais brilho à festa de punição que

²⁰ Michel Foucault, Vigiar e Punir, 34ª edição, Petrópolis, Editora Vozes, 2007, pág. 12 – grifamos.

Foucault julgou, inocentemente, ter sido extinta entre os séculos XVIII e XIX.

Essa verdadeira pena de infâmia imposta aos recorrentes resta caracterizada pelos carregados e desnecessários termos inseridos na decisão, para júbilo daqueles sedentos por vingança.

Nesta, afirma-se que os recorrentes mostraram frieza emocional e insensibilidade acentuada, que investiram de forma covarde conta a vítima e que ostentam desequilíbrio emocional (fls. 6318). Consignou-se, ainda, a *“falta de lisura no comportamento adotado pelos réus durante o transcorrer da presente ação penal”* (fls. 6330).

Não havia, portanto, preocupação em preservar a Defesa, os próprios réus e seus familiares. Ninguém pensou nas possíveis conseqüências que estes poderiam sofrer em virtude da leitura da sentença. A preocupação foi apenas a de ofender os recorrentes com palavras duras e dispensáveis (especialmente porquanto já condenados pelos jurados).

Houve clara preocupação simbólica, típica das penas infamantes. Esta realidade fica evidente até mesmo no cálculo da pena de cada um dos recorrentes, que coincide, incrivelmente, com suas idades na data do julgamento, o que parece sugerir que os recorrentes haverão de pagar por cada dia em que estiveram vivos, por cada dia em que a sociedade teve o desprazer de com eles conviver.

Para cada dia de vida dos recorrentes, seria imposto um dia de penitência, de privação de liberdade, de infâmia. E o que mais assusta é que tal fato não resultou de um ato de maldade preordenada. Tudo ocorreu quase que naturalmente. Poucos notaram a injustiça perpetrada.

Enfim, o que se viu no dia 22 de março de 2010 foi um julgamento meramente protocolar, um arremedo do devido processo legal assegurado aos recorrentes pela Constituição da República.

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

Assim, não tendo sido assegurado um julgamento justo, de rigor a decretação da nulidade do julgamento, para que outro seja proferido, com a necessária transmissão televisiva da respectiva sessão.

V. OFENSA DIREITA AO ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO DOS RECORRENTES PELO CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL.

A condenação simultânea dos recorrentes pelo delito de homicídio e de fraude processual violou o princípio da não auto-incriminação, consagrado no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LXIII.

Como já exposto em tópico específico, o Conselho de Sentença houve por bem condenar os ora recorrentes pelo delito principal, o homicídio e, ao mesmo tempo, por aquele previsto no artigo 347 do Código Penal (fraude processual).

Entendendo que a condenação dos recorrentes por esse delito violava a prerrogativa de não serem obrigados a produzir prova contra si próprios, estes defensores apelaram da referida condenação, demonstrando a violação constitucional.

Não obstante ser evidente a clara desconformidade entre a sentença que condenou os recorrentes ao cometimento de tal infração e nossa legislação constitucional, o acórdão recorrido deixou de sanar evidente despautério jurídico:

“O direito à não auto incriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime inovando o estado de lugar, de coisa ou

de pessoa, para criando artificialmente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante”.

Sem razão, contudo.

Primeiramente, se destaca que o que ora se requer independe da análise de existência ou não de base probatória para a imputação de tal delito aos récorrentes. O fato que se questiona é que os récorrentes não poderiam ter sido condenados pelo cometimento de fraude processual, já tendo sido responsabilizados pelo homicídio. A análise é jurídica, vejamos.

Havia já no Direito Romano a previsão de “crimes de fraude processual”, os quais padeciam, segundo ROCÍO CANTARERO BANDRÉS²¹, de grandes dificuldades quanto à sua definição, mas que pareciam ser castigados como “dolo processual” na época do Império, aos quais eram impostas penas que atingiam tanto a liberdade quanto a honra.

Entretanto, foi o Código Rocco, de 1930, da Itália, ainda em vigor, que resgatou a fraude processual, copiada pelo legislador brasileiro no Código Penal de 1940. A respeito do tema, 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.”²²

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

²¹ Administración de Justicia y Obstruccionismo judicial, Trotta, 1995, p. 16.

²² Lições de Direito Penal, 1988, p.549.

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

*tendentes ao falseamento da prova e, conseqüentemente, aos erros de julgamento.*²³

Está escrito naquele Código - 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 sia 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 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 nocumento nella libertà o nell’onore.”**

Como se vê, ao se inspirar 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

²³p. 495.

(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”.

Felizmente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a necessidade de se analisar os dispositivos do famigerado Código Penal de 1940 à luz de princípios humanísticos, em total consonância com os novos tempos (democráticos) do país.

Em seu art. 5º, LXIII, a Carta Magna assegura ao cidadão o direito de recusar papel medonho, quando diz que “o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

É notório que qualquer pessoa que se veja acusada do cometimento de um crime, tem direito ao **silêncio**. Todavia, na realidade, referido direito é a ainda mais abrangente.

Com efeito, não se trata, apenas, do direito a ficar calado. Mais do que isso, garante a toda e qualquer pessoa o **direito de não se auto-incriminar**. Ou seja, é o direito de qualquer pessoa **de não produzir provas contra si mesmo e de não fornecer provas que possam de alguma forma incriminá-la**.

Esse direito, também conhecido como *privilege against self-incrimination*, foi reconhecido pela primeira vez na CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, a qual, em sua 5ª EMENDA, dispunha:

“Artigo V. Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida e saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens,

sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.”

A garantia da **não auto-incriminação** está prevista também no Pacto de São José da Costa Rica, que, ao instituir a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim dispôs em seu artigo 8º, § 2º, "g":

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Ao se falar em direito a **não auto-incriminação**, exsurge, portanto, a incidência de um **interesse público** em altíssimo grau, no sentido de impedir que a atividade restritiva do próprio Estado exorbite os limites impostos pelas normas.

Em resumo, todo indivíduo possui o direito de **não auto-incriminação**.

Trata-se de uma prerrogativa que possuem os cidadãos de não produzirem provas contra si mesmos **e também de não se colocarem em situações que lhes serão juridicamente prejudiciais**.

Em verdade, a aplicação do princípio deve ser mais extensa, permitindo a recusa do indivíduo a participar ou a colaborar com todo e qualquer tipo de ato que possa, ainda que futuramente, redundar em seu desfavor:

“O direito protegido constitucionalmente não é unicamente um direito ao silêncio, mas sim um direito a não ser obrigado a fazer

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 TUMBIOLO TOSI

PODVAL - ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

prova contra si mesmo. Há, assim, um direito a não colaborar.²⁴

Nesse sentido, vale destacar o entendimento jurisprudencial:

“A auto-incriminação não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência (...) Cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII).”²⁵

Nesse sentido, se conclui que o direito a não auto-incriminação traduz-se em **verdadeiro direito fundamental do indivíduo, uma esfera de liberdade oponível aos atos do Estado.**

Esse direito, também denominado “*nemo tenetur se detegere*”, “ (...) *insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade*”.²⁶ Bem por isso, os direitos de primeira geração traduzem-se em “direitos de resistência” ou de oposição perante o Estado.

Isso significa dizer que o direito a não auto-incriminação inclui-se dentre o que os doutrinadores costumam chamar de *liberdades negativas*, isto é, por meio dele assegura-se uma esfera de liberdade ao indivíduo, e não somente ao acusado em processo penal, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado.

Como direito fundamental deve o Estado, na feitura das leis, zelar por sua observância, assim como, inclusive, o faz com relação a todos os demais direitos individuais.

²⁴João Cláudio Couceiro – A garantia constitucional do direito ao silêncio – RT 2004 – São Paulo – p. 147/148.

²⁵ TRF 4ª Região – HC nº 00114886 – Rel. Des. Tadaaqui Hirose.

²⁶ Maria Elizabeth Queijo, O direito de não produzir provas contra si mesmo, 2003, Saraiva, São Paulo, p. 55.

Desta forma, no caso concreto, já que, na visão do Conselho de Sentença, os recorrentes seriam os autores do delito de homicídio que vitimou ISABELLA, **não se poderia exigir destes qualquer dever de exibição dos vestígios da infração, caso contrário seria fazer letra morta da garantia constitucional anteriormente mencionada.**

Em outras palavras, não é exigível, de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988, que os recorrentes, acusados em lide penal, forneçam evidências à Polícia ou ao Órgão Julgador, que possam incriminá-los.

Como já exposto, a Defesa não vai entrar no mérito das provas, pois, de qualquer modo, ainda que fosse verdade que a tal fralda tivesse sido lavada para tirar manchas de sangue; ainda que fosse verdade que os recorrentes tivessem limpado marcas de sangue do piso do apartamento, imaginar que, sendo eles acusados de homicídio – e, portanto, para a acusação seriam os autores da morte de ISABELLA – devessem exibir todos os vestígios da infração, é fazer letra morta da garantia constitucional.

Nesse sentido, a manutenção da condenação dos recorrentes pelo delito de fraude processual pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda que reconhecidas pelos jurados a autoria e a materialidade deste delito, é inconstitucional, pois sendo estes, na visão do mesmo Conselho de Sentença, os autores do homicídio, não seriam obrigados a produzir prova contra si mesmo.

Todavia, em que pese ser cristalina a inconstitucionalidade da condenação dos recorrentes pela prática do crime previsto no tipo citado, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que os recorrentes teriam dado “*mostras plenas e cabais de que tudo se fazia para ocultar todos os crimes anteriores*”, pois os supostos “*vestígios de sangue encontrados no imóvel dos recorrentes foram parcialmente removidos por*

limpeza” e 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.”

Ora, **se assim fosse**, se os recorrentes tivessem praticado o homicídio – o que se admite apenas para fins de argumentação -, certo é que no momento do falecimento da vítima ISABELLA, não estariam obrigados ALEXANDRE e ANNA CAROLINA a manter o local dos fatos intacto, **enquanto as provas estavam em seu poder**, antes da chegada dos policiais, para subsidiar a acusação que lhes é feita.

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 agente criminoso é obrigado a se auto-acusar e, se não o fizer, comete outro crime: a fraude processual!

Em outras palavras, o caso ora analisado nos leva a concluir, por analogia, que segundo o entendimento do tribunal *a quo* o agente que furta e esconde a coisa furtada e disfarça o rompimento do obstáculo, teria que ser processado por furto **e** fraude processual; ou, aquele que 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. Ainda, o acusado que ao ser abordado por policiais militares livra-se do bem roubado, ou de sua arma, e, 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.

Portanto, e especialmente considerando que a acusação

feita tem por base o parágrafo único, do art. 347, do Código Penal, são requisitos imprescindíveis para que se possa pensar em falar na prática do delito de fraude processual, a ser imputado ao autor do delito “encoberto”, a existência de um procedimento em curso, ainda que não esteja em curso o processo penal – que, frise-se, também não existia – e, principalmente, **que a prova não esteja sob o domínio do imputado, já que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.**

Seguindo essa linha de raciocínio, tanto o agente que se livra da arma do crime, por exemplo, como aquele que altera o cenário **antes da chegada da polícia**, incorre na garantia constitucional de não se auto-incriminar.

Claro está que os fatos aqui tratados não atendem, objetiva e subjetivamente, ao que está expresso no texto constitucional.

Dessa forma, **a manutenção da condenação a respeito da conduta de *remover vestígios de sangue* (do chão ou de fralda) logo após o cometimento de um homicídio afronta clara e diretamente o princípio constitucional da não incriminação.**

Passados mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal é imperativo destacar as reflexões do Prof. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, acerca do sentido e do alcance do direito ao silêncio e do direito de não se auto-incriminar:

“Apesar da forma clara e incisiva com que esse direito é reconhecido entre nós, sua aplicação prática parece longe de ser uma realidade, especialmente diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo... – O direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da

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

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMÉIRO
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

*repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional”.*²⁷

Essa é a interpretação correta que o Tribunal *a quo* deveria ter dado aos fatos. Não o fazendo, espera-se desta Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, tão-somente, o imprescindível reconhecimento da **incongruência jurídica** no caso ora tratado, para que as garantias fundamentais dos recorrentes sejam efetivamente asseguradas, anulando-se a condenação pelo delito de fraude processual.

VI. OFENSA DIRETA AOS ARTIGOS 5º, INCISO XLVI E 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRARIEDADES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À DOSIMETRIA DA PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO E MOTIVAÇÃO.

VI.a) A EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA DOS RECORRENTES.

Uma questão importante que se põe é sobre qual a finalidade da pena imposta, nos parâmetros vistos, pelo magistrado *a quo*, com a chancela do Tribunal de Justiça de São Paulo, que apenas reconheceu mero erro formal erro de cálculo da pena do embargante ALEXANDRE, ao decidir a apelação.

Há alguma finalidade jurídica, ou mesmo social, em se estabelecer uma reprimenda nos patamares exacerbados de 30 anos, 02 meses e 20 dias, e 26 anos e 08 meses de reclusão? Qual a necessidade de se determinar uma expiação em tais moldes?

Os recorrentes são pais de dois filhos; Alexandre, particularmente, era pai de três, até ser-lhe tolhida a vida de um deles.

²⁷ Direito à prova no processo penal, RT, 1997, p. 114.

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

O assassinato de Isabella ocorreu, e, desde então, não puderam Alexandre e Anna Carolina viver sua dor, à mercê da ingerência popular e acusatória. Sua dor foi explorada a partir da publicidade do caso; um fato que, aos olhos do país, era insolúvel, passou a encontrar em ambos o seu causador, sem que houvesse sequer um processo instaurado.

O caminho adotado pelo Estado foi o inverso do caminho ideal e democrático: primeiro determinaram-se os culpados; em seguida cuidou-se de buscar, dentre as circunstâncias fenomênicas existentes, aquelas que pudessem incriminá-los.

E, tudo isso, à custa da vida de duas pessoas que acabavam de perder um ente querido – fato que jamais foi considerado por qualquer um que tivesse contato com o caso.

Durante o drama sofrido pelo casal, embora o inconformismo e o sentimento de humilhação tomasse conta de seu dia a dia, ambos sempre creram na Justiça, ainda que muito improvável a sua realização.

Mesmo assim, conviveram sob esse móvel: a esperança, até o dia final de seu julgamento.

E o que se viu foi o seguinte: foram condenados a uma pena atroz, absolutamente desproporcional ao fato que sequer praticaram, e ainda suportaram a narrativa do magistrado ser realizada através de alto-falantes, com a acústica direcionada para os membros do povo que se amontoavam nos portões do fórum.

Não bastasse a tragédia pessoal, ainda tiveram que suportar fogos de artifício sendo lançados ao lado de fora da janela próxima da qual se sentavam, bem como – pasme-se – a reprodução, pela população, do *Tema da Vitória*, música tão conhecida dos brasileiros quando das vitórias do piloto automotivo Ayrton Senna da Silva.

Em suma, um circo se armou à custa dessas duas pessoas que ora apelam a essa Corte.

A punição imposta pelo juiz, diga-se, nada mais foi que um elemento pertencente a esse conjunto de sandices popularescas proporcionadas desde há dois anos antes do julgamento.

Não houve racionalidade qualquer na estipulação da aflição, mas tão-somente dar vazão a um sentimento de vingança que acometia à população, e do qual involuntariamente se contagiava o juiz presidente, e que infelizmente, contagiou também o Tribunal de Justiça de São Paulo.

O jurista e Antropólogo francês AINTOINE GARAPON explica muito bem este fenômeno, que ocorre quase de maneira natural em casos rumorosos, com grande opressão midiática:

*“(...) divulgar uma informação cedo demais não só atrapalha o trabalho da justiça, mas, sobretudo, o falseia. A informação prematura age sobre o comportamento das pessoas envolvidas e até mesmo dos juizes. (...) **A mídia, interferindo ativamente no inquérito, influencia a decisão. Aliás, não se pode dizer que os juizes profissionais sejam menos sensíveis do que o júri à pressão da mídia.** (O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 82, grifamos)*

Foi exatamente o que ocorreu no caso em análise. A função mais ilegítima que se possa imaginar foi delegada ao Direito Penal, que cuidou de transformar em oficial a irracionalidade popular.

A pergunta que sobrevém à sentença, e que certamente jamais foi feita pelos meios de comunicação que enriqueceram à custa do caso é a seguinte: servirá para algo essa punição?

O Brasil se tornou um país menos violento, desde que

se puniu “exemplarmente” Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá e Alexandre Nardoni?

A vingança popular foi satisfeita, ou a população ainda costuma se amontoar em frente a delegacias, fóruns e presídios, bradando por “justiça” e pugnando pela a execração daqueles que cometem delitos que chocam?

Os recorrentes continuariam a cometer delitos – algo que não fizeram ao longo de toda a sua vida – se estivessem soltos?

Serviu-se, o caso, como pretendia a acusação, a um marco para um novo paradigma à perícia brasileira?

A que (ou a quem) servirá o trancafiamento de dois cidadãos que desde sempre cumpriram com seus deveres cívicos, por mais de 26 e 31 anos? Certamente à população não servirá, pois notícias vêm e vão, e o Caso Isabella deixará – como já deixou – de ser assunto dominante nos lares do país.

Aliás, como afirma FERRAJOLI, são, as *“vinganças privadas, satisfeitas na atual sociedade dos mass media bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão”*.²⁸

O que se defende aqui não é a ausência de punição a delitos cometidos (muito embora os recorrentes **não** tenham praticado o homicídio de Isabella). Roga-se pela racionalidade e pela justiça na aplicação das penas, pois é notória a diferença existente nas reprimendas, se cotejados casos de nenhuma expressão, com casos de grande cobertura midiática.

Enquanto, como regra geral, predomina a razoabilidade e a racionalidade da Justiça na apreciação das aflições, de forma diversa, em casos aos quais a população volta seus olhos pleiteando uma punição irascível,

²⁸ Direito e Razão, São Paulo: RT, 2006, p. 379.

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. JÁCOB 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

com frequência juízes se despem de toda a temperança insita à liturgia do cargo, para cuidar de “prestar contas” à sociedade.

Não se reconhecendo as nulidades aqui explicitadas, ainda assim é de rigor a modificação das penas aplicadas aos recorrentes, exacerbadas que foram, em razão da grande comoção de que se cercou o caso.

Este E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com propriedade, já analisou a questão do **“equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação”**, corrigindo penas exacerbadas de maneira arbitrária e excessiva, como a fixada no caso dos autos:

*“Se é certo, de um lado, que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, não é menos exato, de outro, que não se mostra lícito, ao magistrado sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena-base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, **que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz.** Doutrina. Precedentes. - A concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob pena de o magistrado - que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais - incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado. - A condenação penal há de refletir a absoluta coerência lógico-jurídica que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos - que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença - permitirá concluir, em cada caso ocorrente, se a sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte. - **A aplicação da pena, em face do sistema***

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 TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado. - Não se revela legítima, por isso mesmo, a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações.²⁹

O que se observa é que o juízo *a quo*, ao dosar a pena, e o Tribunal de Justiça, ao mantê-la³⁰ se imbuíu do clamor popular – do qual deveria se isentar –, norteando-se exclusivamente pelos critérios de prevenção geral (tanto a positiva quanto a negativa), que jamais devem ser adotados com exclusividade, senão cotejados com as demais finalidades da pena. Daí a exacerbação na estipulação do castigo, representando grande violação ao princípio constitucional da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais.

Na primeira fase do modelo trifásico do cálculo da pena, o magistrado elevou a pena-base acima do mínimo legal por serem desfavoráveis aos recorrentes as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da personalidade dos agentes, das consequências e das circunstâncias específicas que cercaram o crime (cf. fl. 6318). Nas suas palavras, esses elementos “*excederam a previsibilidade do tipo legal, exigindo assim a exasperação de suas reprimendas nesta primeira fase de fixação da pena, como forma de reprovação social à altura que o crime e os autores do fato merecem*” (cf. fl. 6318).

²⁹ STF – HC HC 101118 Rel. Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 08/06/2010, RT v. 100, n. 903, 2011, p. 472-478.

³⁰ A ligeira redução da pena concedida a Alexandre Nardon foi apenas em decorrência da detecção de erro formal, não tendo havido qualquer alteração quando à fundamentação da exacerbação da reprimenda.

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 manteve o aumento de pena, ao argumento de 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 mesmo, qualquer reparo”*. Omitiu-se, contudo, quanto à indicação dos dispositivos legais constitucionais invocados pela defesa, os quais, em seu entender estavam violados.

Assim, em sede de embargos de declaração, a defesa pontuou que:

*“Ainda, os embargantes demonstraram, em sede de apelação, que a decisão do juiz de primeira instância havia violado o disposto no **artigo 59 do Código Penal**, devendo, portanto, ser reformada por infringência ao princípio da individualização da pena, também contido no **art. 5º, XLVI, da Constituição Federal**. (cf. fls. 6.563/6.603)
(...)*

Assim, também por esse prima, ainda que por exagerado formalismo, de rigor que seja sanada a omissão de não se indicar, no tocante à fixação da reprimenda (fls. 6.870/6.881) os artigos de Lei e da Constituição que os embargantes invocaram como violados em sede de apelo”. (fls. 6907 e ss).

No acórdão dos embargos, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo negou a existência de omissão, afirmando ter havido prequestionamento implícito, em razão de o acórdão da apelação ter discorrido *“ampla e detidamente sobre todos, absolutamente todos os aspectos trazidos à apreciação do colegiado”* (fls. 6926 e 6927).

Foi, como se verá detidamente adiante, contrariado o princípio da individualização da pena, e da motivação das decisões judiciais, eis que mantida reprimenda fixada de maneira absolutamente abusiva.

VI.b) A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

O direito penal moderno é incompatível com a standardização do acusado, bem como com a aplicação mecânica da lei, independentemente das particularidades do caso concreto. Justamente por isto, estabelece a Constituição Federal como direito e garantia fundamental, a **individualização da pena**, que corresponde à eleição da “*justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores*”³¹.

Essa garantia é instrumentalizada por meio de legislação infraconstitucional, que circunscreve a sanção penal a parâmetros previamente fixados, buscando evitar, assim, o arbítrio e o abuso por parte daquele que irá aplicar a reprimenda.

Entretanto, não sendo possível estabelecer no direito positivo penal, taxativamente, um tratamento próprio a cada indivíduo, a lei confere uma margem de discricionariedade (limites máximo e mínimo), na qual o juiz deve, pautado no princípio da proporcionalidade, bem como nas características do caso concreto, **individualizar a reprimenda ser aplicada ao agente, de acordo com sua culpabilidade**. Trata-se do “regime de cominação relativamente determinada da pena”.

Esta margem de discricionariedade do juiz é **juridicamente vinculada** e há que estar balizada nos critérios consignados em lei, a fim de que a reprimenda seja estabelecida de modo individualizado e proporcional, “*conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

Ou seja, deve o magistrado, atentando para o desvalor da conduta, aplicar a pena que seja **suficiente** e **necessária** em face da **culpabilidade** do autor do delito. Para tanto, deve levar em conta os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime (art. 59 do Código Penal).

E para que as penas possam ser corretamente dosadas, deve o magistrado fundamentar adequadamente as circunstâncias analisadas, com vistas a atender também o princípio constitucional insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal.

A motivação das sentenças representa mais que garantia processual inerente ao acusado, representa inegável garantia política na medida em que estabelece limites ao exercício do poder jurisdicional e possibilita o controle popular sobre a forma como a justiça é administrada:

“... a motivação pode ser vista sob uma dupla perspectiva: de um lado, como instrumento apto a assegurar as limitações do Poder Judiciário no contexto das instituições políticas do Estado de direito (garantia geral ou política); de outro, como mecanismo de proteção de certos valores essenciais ao próprio processo (garantia processual)³²”.

Em vista disso, não se pode conceber uma fundamentação na qual não estejam justificadas validamente todas as opções adotadas ao longo do processo de convencimento do magistrado, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional e, conseqüentemente, as funções de garantia que consagra – dentre as quais, a individualização da pena.

Com efeito, conforme destaca FERRAJOLI, a motivação das decisões judiciais *“exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita*

³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada ...³³

De fato, no caso dos autos verificou-se grave equívoco na fixação das reprimendas, que importaram em violação aos aludidos princípios constitucionais.

Como é sabido, a escolha do *quantum* de pena a ser aplicado deve ser guiada pelo cotejo dos elementos da personalidade, antecedentes e conduta social do agente, motivos, culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima, todos analisados sob o enfoque da *necessidade e suficiência* para reprovação (retribuição) e prevenção do delito.

Não basta analisar as circunstâncias judiciais em si trazidas pelo artigo; deve-se, diferentemente, observá-las como servientes aos critérios de retribuição, prevenção geral e prevenção especial que constituem finalidade última da pena.

Assim, caso as circunstâncias judiciais (que determinam o alcance da culpabilidade do agente) definam uma determinada quantidade máxima de pena, os critérios da sua utilidade (prevenção) irão determinar se há a necessidade de manutenção da aflição nesses patamares, ou se seria o caso de diminuí-la, em benefício tanto da sociedade quanto do condenado.

Com isso, buscou o legislador evitar que a quantidade de pena fosse guiada única e exclusivamente pelos critérios retributivos (determinado pela culpabilidade, consubstanciada nas circunstâncias judiciais do

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*

– *Teoria do garantismo penal*. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 497.

art. 59 do Código Penal), que dão azo a uma aplicação da pena baseada antes em vingança social que em necessidade, para aplicá-la de acordo com um modelo que analisa a utilidade que essa pena terá para a sociedade, à luz das contingências de prevenção geral (positiva e negativa) e especial (positiva e negativa).

Harmonizando-se as finalidades da pena, de modo a considerá-las em sua totalidade no momento da aplicação do castigo, evita-se a exacerbação de uma ou outra finalidade, que naturalmente causaria a arbitrariedade e a absolutização da ideologia no direito penal.

Não foi essa, contudo, a posição do magistrado *a quo* (acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo), que ignorou a lógica que impõe o artigo 59 do Código Penal e os princípios da individualização da pena, e da motivação das decisões judiciais, previstos pelo arts. 5º., inciso XLVI, e 93, IX da Constituição Federal, para selecionar apenas aquelas finalidades da pena que, se tomadas por si só, exacerbariam a quantidade de punição. Não por outro motivo a pena imposta a ALEXANDRE ALVES NARDONI e ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBA se deu em patamares exorbitantes, como de conhecimento notório da sociedade brasileira.

De início, cumpre sistematizar o entendimento do magistrado prolator da sentença, corroborado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: ao mencionar as circunstâncias que teriam excedido a “*previsibilidade do tipo legal*”, se refere às circunstâncias específicas e às consequências do fato; ao citar a reprovação social na quantidade que o crime merece, se refere nitidamente à medida da culpabilidade dos agentes; e ao mencionar a reprovabilidade que os autores do fato merecem, o juiz claramente remete à personalidade dos agentes.

Foram essas as quatro circunstâncias judiciais tomadas a desfavor dos recorrentes:

1. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS.

As circunstâncias específicas do delito, tidas pelo magistrado e pelo Tribunal *a quo* como desfavoráveis aos recorrentes, merecem considerações mais profundas do que o enfrentamento feito na sentença.

Com efeito, observa-se que, ao tratar dessas circunstâncias, o julgador afirmou que ALEXANDRE ALVES NARDONI e ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBÁ, *“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”* (cf. fl. 6318).

O Tribunal de Justiça de São Paulo foi além, e de forma ainda mais gravosa, procurou dar fundamento ainda mais absurdo para o aumento desnecessário da pena:

*“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.*

*Situação verificada, esta a verdade, em sua **própria residência**, local onde costumeiramente encontra-se paz, sossego e muitas alegrias. Este, contudo, não era o lar proporcionado pelos recorrentes à **Isabella**. Por vezes, enquanto permanecia no local, tinha a infante de suportar constantes e intermináveis discussões entre o casal recorrente, motivadas, conforme se demonstrou do início ao fim do processo, por **sérias crises de ciúmes de Anna**.*

*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 o fizera com o primo e avó materna da vítima, respectivamente –, como por querer educar seu filho – Pietro – à base de 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 ao momento de descanso das crianças, investir contra aquela, agredindo-a, arremessando-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 estarecidos 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.*

*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. (trechos do acórdão da apelação, grifos originais)*

Vê-se que, para o juiz e para o Tribunal *a quo*, o que torna negativas as circunstâncias específicas de que trata o artigo 59 do Código Penal é a prática de um homicídio que ceifou a vida de "uma linda e saudável criança de apenas cinco anos de idade". Um ato "covarde", contra alguém com quem o autor do delito interagiu afetivamente até poucos momentos antes da execução desse, pois isso explicitaria desequilíbrio emocional. E mais, o fato teria se dado justamente por conta desse desequilíbrio.

Aliás, "covarde", que é a característica de um delito praticado por meio que impossibilite a defesa da vítima, não foi empregado quer pelo juiz, quer pelo Tribunal com esse sentido, pois essa circunstância agravante foi considerada na dosimetria a par desta análise.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MÁRCÉLO 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 TUMBIÓLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Aqui, a palavra “covarde” é utilizada para justificar o repúdio às pessoas de Anna Carolina e Alexandre. É antes um juízo de valor que um comentário técnico.

Não é, todavia, esse entendimento, a conclusão que decorre de uma análise mais acurada das circunstâncias reconhecidas no Tribunal do Júri, como um todo.

Por mais que a acusação tenha alegado, durante todo o curso do processo (e com o fim de justificar a autoria não confessada), que padeciam os recorrentes de *frieza* e *insensibilidade*, consubstanciados quase sempre na expressão “*descontrole emocional*”, ou ainda tecendo considerações subjetivas quanto às crises de ciúme de Anna, ou ao temperamento supostamente “agressivo e insensível” de Alexandre, “*tanto por querer resolver seus problemas por meio de brigas e ameaças – tal como o fizera com o primo e avó materna da vítima, respectivamente –, como por querer educar seu filho - Pietro - à base de violência*”, **fato é que isso não foi reconhecido pelo Conselho de Sentença. E nem teria como sê-lo, pois não houve quesitação sobre tal condição, nem tampouco sobre qual o móvel do crime.**

Optou o juiz, portanto, por escolher uma das teses levantadas pela acusação, para, julgando-a ser o motivo determinante para a prática do delito – algo que só o Conselho de Sentença poderia fazer, mas não o fez –, elevar a pena-base, e com isso concordou o Tribunal de Justiça.

Poderia, a título exemplificativo, considerar que a execução do delito teria se dado em um lapso momentâneo, provocado por alguma turvação psicológica transitória, e que daí derivasse o desequilíbrio emocional, indicativo de inúmeros transtornos psicológicos, mas não de vilania (ou “*frieza emocional*” e “*insensibilidade acentuada*”, nas palavras do magistrado). Isso, porém, não teria o condão de transformar as circunstâncias do delito em desfavoráveis aos recorrentes, já que esse desequilíbrio é normal e comum a todos

aqueles que praticam um homicídio, crime este sempre “*aviltante*” e de uma “*estupidez desnecessária*”. Não excederiam, portanto, a “*previsibilidade do tipo legal*” (nas palavras do próprio julgador).

Não entendem estes defensores o porquê da adoção de uma versão mais prejudicial dos fatos, quando essa versão não foi homologada pelo Conselho de Sentença.

Afinal, se os recorrentes passaram um dia tranquilo com a vítima e, ao final, atacaram-na *covardemente*, isso pode se dar tanto em razão das alegadas *frieza e insensibilidade*, quanto em função de um desequilíbrio psicológico momentâneo, indicativo antes de humanidade (pois todos os seres humanos estão sujeitos a intempéries psíquicas) que de desvio de caráter.

Mas não. O magistrado e o Tribunal de Justiça se convenceram, ante a influência – natural, diga-se – que sofreram do clamor público, de que os recorrentes eram, de fato, pessoas dotadas de “*frieza emocional*” e “*insensibilidade acentuada*”, seres “*agressivos*” e “*insensíveis*” e com base nisso dosaram a pena, não obstante essas características não derivassem da decisão dos jurados.

É claro, portanto, que a opção pela adoção da tese mais desfavorável aos recorrentes, que faz tornarem-se prejudiciais a esses as circunstâncias específicas do fato, não foi realizada pelos verdadeiros julgadores das teses fáticas (os jurados do Conselho de Sentença), mas pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, com a posterior chancela da 4ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E isso, diga-se, não consiste em uma alegação defensiva absurda. O delito em questão pode, de fato, como via de regra ocorre, ter sido causado por uma turvação psicológica momentânea, um momento de raiva, ou estresse. Como resultado, espera-se não a absolvição, uma vez que todos estão sujeitos à responsabilização penal, independentemente de eventual “estresse”,

mas o reconhecimento de que o delito não se deu por frieza ou insensibilidade. Com isso, se não se enseja a absolvição, **evita-se o acréscimo desnecessário e irracional da pena-base.**

E, como não há posicionamento do Conselho de Sentença acerca de qual tese sobre as circunstâncias do fato prevalece, deve predominar a mais benéfica aos réus, uma vez que em favor desses milita a dúvida.

Ao determinar ao juiz que analise, na dosagem da pena, as circunstâncias que envolvem o delito, o legislador pátrio nada mais quis que se punissem com maior rigor aquelas condutas que excedessem, pelas circunstâncias em que ocorreu, aquilo que já é estipulado como desfavorável pelo Código Penal.

No presente caso, o Código reputa como lesivo ao bem jurídico o homicídio, e aumenta o gravame quando esse for 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. Todas essas circunstâncias são tidas como legais, por serem explicitamente consideradas pela lei.

Portanto, não podem ser consideradas para efeitos de valoração das circunstâncias específicas de que trata o artigo 59 do Código Penal; essas, por óbvio, **só podem dizer respeito a elementos não valorados pela lei, mas passíveis de valoração pelo magistrado**, na vereda da atenção ao princípio da individualização da pena, o qual restou violado.

Assim, a motivação contida no decreto condenatório, no concernente a exasperação da pena-base também é absolutamente inválida:

Nesse sentido a jurisprudência pátria:

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 Fundamentalís), 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, do CP. Recurso especial provido.³⁴

Ocorre que, ao alegar que os recorrentes investiram contra a criança de “forma covarde”, “como se não possuíssem qualquer vínculo afetivo ou emocional com ela”, e ao argumentar que isso deve ser considerado circunstância desfavorável aos agentes, o magistrado ignora que tais elementos já foram valorados pela lei, em momentos diversos do cálculo da pena.

Afinal de contas, o homicídio já foi tido como qualificado

³⁴ STJ – Resp 1.034.257/SE

pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal), não podendo o juiz aumentar novamente a pena em razão dessa circunstância, afirmando ter sido a investida “*covarde*”, quando da estipulação da pena-base, pois essa é a palavra-chave que caracteriza o emprego de meio que impossibilite a defesa da vítima.

Outrossim, já foi considerada a paternidade como agravante do homicídio (art. 61, inciso II, alínea ‘e’, do Código Penal), não podendo contabilizar duas vezes no rol de exasperantes da pena aos réus o fato de que o crime tenha ocorrido “*como se não possuíssem qualquer vínculo afetivo ou emocional*” com a vítima. Isso já foi previsto pelo legislador ao agravar o crime em caso de paternidade do ofensor, e, inclusive, utilizada pelo magistrado em momento posterior na dosimetria da pena.

O mesmo se diga da argumentação de que o crime “*culminou em ceifar a vida de uma linda e saudável criança de apenas cinco anos de idade*”.

Tais circunstâncias não são extraordinárias. São, pelo contrário, circunstâncias já previstas na lei, e já utilizadas para majorar a pena em momento diverso. Assim, para além da agravante decorrente de o crime ter supostamente sido cometido contra descendente, a pena foi majorada também em virtude de ter sido praticado contra menor, o que justificou o aumento da pena na altíssima fração de 1/3, por força da aplicação do §4º., 2ª. Parte, do art. 121 do Código Penal.

Se tais circunstâncias chocam o “*sentimento e a sensibilidade do homem médio*”, isso já foi levado em consideração pelo legislador, ao determinar as majorantes do emprego de meio cruel e que impossibilite a defesa da vítima, a majorante decorrente do fato de o crime ter sido praticado contra menor e a agravante do crime ter sido praticado contra descendente, não cabendo, pois, ao juiz, em um rompante de passionalidade e influência da ideologia popular, considerá-lo novamente na análise das circunstâncias



específicas do fato.

Este e. Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, também já se manifestou nesse sentido:

“A pena-base corresponde à primeira etapa da dosimetria da pena e para a qual importa o exame das chamadas circunstâncias judiciais.

12. Pois bem, o paciente se acha condenado por homicídio duplamente qualificado (incisos I e III do §2º. do. Art. 121 do CP – motivo torpe e meio cruel de ação), praticando contra menor de quatorze anos (§4º. do mesmo art. 121 do Código Penal). E o que fez o Tribunal paulista ainda na primeira fase da fixação da reprimenda? **Considerou, ao meu ver indevidamente, a segunda qualificadora “meio cruel”, como se circunstância judicial se cuidasse. É dizer, a Corte paulista considerou a qualificadora do “meio cruel” em conjunto com as duas únicas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (personalidade de conduta social). Pelo que fixou a pena-base em 15 (quinze)anos de reclusão.**

13. **É certo que a exasperação da reprimenda-base em 3 (três) anos – considerada a pena mínima de 12 anos de reclusão – não é vedada pela lei, ainda mais se considerarmos o quadro empírico em que perpetrado o delito (homicídio duplamente qualificado, praticado contra menor que contava com quatro anos de idade, após a prática de conjunção carnal e atos libidinosos). Todavia, o fato é que a instância de origem não observou o sistema trifásico de que trata o art. 68 do Código Penal. Dispositivo que impede o julgador de analisar, englobadamente, as etapas de dosimetria da reprimenda (no caso, a primeira e segunda etapa).**

14. Externando por outro modo a ideia: **o Tribunal paulista mesclou o exame das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente e a qualificadora do meio cruel (do inciso III do §2º. do art. 121 do CP). Tudo isso ainda na primeira etapa do trajeto da dosimetria da pena. O que viola o sistema trifásico de fixação da reprimenda e impede o acusado de conhecer, com detalhes, os caminhos percorridos pelo julgador para a imposição da reprimenda.**

(HC 100.835, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010.)

As circunstâncias especiais tratadas pelo juiz e pelo Tribunal *a quo* nada tem de especiais, uma vez que já consideradas em outras fases percorridas na individualização da pena. **Devem, portanto, ser desconsideradas, não se prestando ao incremento da pena-base.**

2. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

Igual sobressalto causa a exasperação da pena, pelo magistrado, em razão das consequências do delito.

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 a quem aqueles praticar.

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 aos 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 presente caso, entendeu o julgador:

“Porquanto não se desconheça que em qualquer caso de homicídio

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 TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDÁLECIO
ADVOGADOS

consumado há sofrimento em relação aos familiares do ofendido, no caso específico destes autos, a angústia acima do normal suportada pela mãe da criança Isabella, Sr^a. Ana Carolina Cunha de Oliveira, decorrente da morte da filha, ficou devidamente comprovada nestes autos, seja através do teor de todos os depoimentos prestados por ela nestes autos, seja através do laudo médico-psiquiátrico que foi apresentado por profissional habilitado durante o presente julgamento, após realizar consulta com a mesma, o que impediu inclusive sua permanência nas dependências deste Fórum, por ainda se encontrar, dois anos após os fatos, em situação aguda de estresse (F43.0 – CID 10), face ao monstruoso assédio a que a mesma foi obrigada a ser submetida como decorrência das condutas ilícitas praticadas pelos réus, o que é de conhecimento de todos, exigindo um maior rigor por parte do Estado-Juiz quanto à reprovabilidade destas condutas” (cf. fl. 6319) (grifo nosso).

Tal raciocínio foi integralmente esposado pelo Tribunal

a quo:

*“Outro aspecto que não pode escapar à apreciação do julgador, como de fato não escapou, é a **conseqüência 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 lembrado, 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.

Ora. Quem ousará duvidar que não sofre gravíssimo sofrimento 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 ?? Ninguém,

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 TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*absolutamente ninguém duvidará da resposta, seja o mais insensível dos cidadãos a ser indagado de tanto. Dor emocional tão imensa, 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**. 6.342. Negar isto é negar realidade evidente. Nem o mais pacioso e tranqüilo cidadão do mundo, sentir-se-ia confortável numa situação destas, para dizer o mínimo. Imagine-se o que esta pessoa passa até hoje !!*

*E por certo passará até o fim de seus dias, torne-se a repetir, porque, certamente, jamais esquecerá que seu antigo parceiro - homem com quem conviveu e partilhou de suas intimidades -, em companhia à nova cômputo deste, mataram covarde e brutalmente sua filha !! **Impossível** pensar-se diferentemente.*

Como se disse.

Negar isto seria negar uma evidência tão gigante que beiraria o "non-sense"."

Em suma, considerou-se 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, teria sido responsabilidade dos recorrentes.

Ignorou o magistrado que a Polícia e o Ministério Público por diversas vezes se preocuparam mais com a publicidade do que com a intimidade da SR^a. ANA CAROLINA DE OLIVEIRA.

Não se considerou também que as próprias autoridades que participaram da investigação (Ministério Público, Delegados e Peritos) por diversas vezes protagonizaram matérias jornalísticas sobre o caso.

Enfim, tudo isso foi simplesmente desconsiderado para se atribuir exclusivamente a responsabilidade do assédio da imprensa aos recorrentes.

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
ADRIANÁ ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Toda a irracionalidade vista nos últimos dois anos, que culminou com a presença de inúmeros populares nas portas do Fórum Criminal de Santana pugnando 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 os recorrentes 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, 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 insita ao delito de homicídio, já tendo sido prevista e valorada pelo legislador ao decidir pelos patamares de pena justos ao delito. Completamente inválida, portanto, a motivação contida na sentença para se justificar a exasperação da pena também no que toda a esse aspecto.

Nesse sentido, cumpre mencionar a orientação jurisprudencial:

HABEAS CORPUS . PENAL E PROCESSO PENAL. CONCUSSAO.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
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

DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. 1. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM . CARACTERIZAÇÃO. 2. EXPRESSÕES VAGAS E IMPRECISAS. USO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base não pode ser exasperada utilizando-se de elemento normativo do próprio tipo penal.

2. Inaceitável a utilização de expressões vagas e imprecisas para avaliar negativamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

3. Ordem concedida para anular a sentença quanto à dosimetria da pena, redimensionando-se a pena do paciente para 2 anos e 9 meses de reclusão em regime inicial aberto, declarando, em consequência, a extinção da punibilidade do paciente, em razão da ocorrência de prescrição.³⁵

Portanto, descabida também a exasperação da pena por fatos que não foram consequência da conduta dos recorrentes, mas sim de um estado de ânimo geral da população, e de uma exploração injustificada da mídia.

3. A PERSONALIDADE DOS RECORRENTES.

Também não procede a exasperação da pena-base em razão da personalidade dos agentes.

Essa foi considerada em seu desfavor por entender o magistrado que a prática do homicídio, da maneira como foi executado, denotaria as malfadadas “frieza emocional” e “insensibilidade acentuada”. Ambas, corolário do “desequilíbrio emocional” dos recorrentes, teriam sido a “mola propulsora para a prática do homicídio”.

Por óbvio, todo o crime denota, em maior ou menor escala, algum desvio na personalidade do executor, uma vez que depende, para sua execução, de uma superação de barreiras morais pelo agente. Não por outro motivo, denomina-se o delito de “desvio punível”.

³⁵ STJ – HC 117.171/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 08/06/2009.

Isso, no entanto, faz parte de todos os delitos, já tendo sido levado em conta pelo legislador quando da cominação abstrata da pena, de sorte que só é possível ao julgador se debruçar sobre a personalidade do agente quando essa demonstra seu alto grau de autodeterminação, não podendo, com base em um sentimento natural de quem pratica um crime contra a vida, exasperar a pena para além do mínimo que a lei prevê.

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”*.³⁶

Em outras palavras, a personalidade é 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 na sua 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.

³⁶ Idem, p. 710.

ROBERTO PODVAL
ODEI 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 TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

A conduta dos recorrentes, conforme toda a discussão travada no processo, não demonstra qualquer traço de premeditação, autodeterminação ou personalidade voltada ao crime.

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 das instâncias inferiores, “*frieza emocional*” e “*insensibilidade acentuada*”, 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, é “*aviltante*” e mesmo assim não deve resultar na exasperação da pena, mesmo porque tais condições já são previstas 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.

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 que se pune, no direito penal, é a conduta culpável, e não a personalidade, como ensina ZAFFARONI:

“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”³⁷.

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, inválida a motivação quanto à valoração negativa da personalidade dos recorrentes, não devendo gerar o aumento na pena-base.

4. A CULPABILIDADE DO FATOS.

Por fim, considerou o juiz acentuada a culpabilidade dos recorrentes, demandando maior reprovabilidade da conduta desses, “à altura que o crime e os autores do fato merecem”.

Embora mencione isso em sua decisão, não teceu qualquer comentário de maior profundidade sobre o instituto considerado desfavorável aos agentes. Se valeu dos comentários sobre a personalidade, as circunstâncias específicas e as consequências do delito para valorar

³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 702.

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

negativamente a culpabilidade de ambos.

De fato, a culpabilidade não é um elemento independente, dentre as oito circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do Código Penal. É, na realidade, 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*. Verificam-se os elementos relativos ao fato, à vítima e ao autor para, a partir de um estudo aprofundado, obter-se a medida justa de censura ao apenado.

Em vista da teoria *finalista* da ação, o conceito de culpabilidade deixou de empregar um componente **descritivo** da qualidade do agente, tornando-se um conceito normativo, que **atribui** uma qualidade do suposto autor do fato.

Justamente por isto, a culpabilidade a ser considerada no momento da fixação da pena não pode ser tida **como um critério em si mesmo**, mas deve ser interpretada como **culpabilidade normativa**, resultante da análise da personalidade, antecedentes e conduta social do agente, os motivos e circunstâncias do crime.

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, serão os componentes da culpabilidade.

Nas palavras de MIGUEL REALE JÚNIOR e dos demais autores do anteprojeto que redundou na parte geral do Código Penal, vigente desde 1984:

“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.³⁸

O termo *culpabilidade*, previsto no art. 59 do Código de Processo Penal, portanto, não pode ser tido **como um critério em si mesmo, mas como resultante da análise da personalidade, antecedentes e conduta social do agente, os motivos e circunstâncias do crime.**

Considerando, ainda, que o juízo de culpabilidade recai sobre o *fato*, forçoso concluir que o juízo de reprovação dele decorrente “*implicará necessariamente em referência ao **fato individual***”³⁹. É dizer, o grau de culpabilidade há de ser analisado com base em **condutas efetivamente adotadas pelo acusado no caso concreto**. A personalidade, os antecedentes e a conduta social do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, têm de ser analisados, portanto, sob esse enfoque. Somente assim a pena estará individualizada nos termos exigidos na Constituição Federal.

Não pode o juiz, como já exaustivamente explicado, 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.

Ora, o grau de culpabilidade, para os fins de individualização da pena, há de ser analisado com base em **condutas efetivamente adotadas pelo acusado no caso concreto e não em obras do acaso**. A reprovabilidade de sua conduta não pode ficar a mercê de fatores

³⁸ Penas e medidas de segurança no novo código. São Paulo: RT, 1987, p. 160.

³⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes, “A individualização da pena da Execução Penal”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

externos, independentes de sua atuação.

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 afirmar o juiz que os recorrentes investiram contra a vítima *“como se não possuíssem qualquer vínculo afetivo ou emocional com ela”*, está 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.

Da mesma forma agiu o Tribunal de Justiça ao entender *“suficientemente adequada a exasperação procedida pela origem”*, sob às já analisadas inválidas justificativas da *“barbaridade praticada, sua desnecessidade, a personalidade de cada um dos réus e o sofrimento da família da pequena vítima”*

Atuando dessa maneira, as instâncias inferiores realizaram 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.

Como bem pontuou Israel Domingos Joiro:

*“O Princípio do Non Bis In Idem, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, **tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito.** Certamente se avolumou com o incremento do respeito à dignidade da pessoa humana e com a consolidação de um Direito Penal que se ocupa precipuamente do fato delituoso, ao invés de concentrar-se na obstinada perseguição, rotulação e segregação do indivíduo ao qual se após o rótulo de criminoso, É a prevalência do \’Direito Penal do fato\’ sobre o \’Direito Penal do autor\’. O princípio em comento*

estabelece, em primeiro plano, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal. Mas não é só. A partir de uma compreensão mais ampla deste princípio, desenvolveu-se o gradativo aumento da sua importância. Hodiernamente, uma das suas mais relevantes funções é a de balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo magistrado.⁴⁰

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".⁴¹

O mesmo posicionamento é adotado por esta E. Corte, e pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

*"Individualização da pena: constrangimento ilegal: habeas corpus de ofício. (...) Manifesto constrangimento, contudo, decorrente da **ilegalidade da majoração da pena-base pela culpabilidade considerada "incisiva", sob o fundamento de que o recorrente era "plenamente imputável, cômico da reprovabilidade de sua conduta, sendo que outra lhe era exigida", pressupostos do elemento subjetivo do crime.** 3. Concessão de habeas corpus de ofício, para que o Tribunal a quo proceda a nova fixação da pena, reduzindo-a, como entender de direito."⁴²*

"A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação

⁴⁰ JOIRO, Israel Domingos. Princípio do Non Bis In Idem: uma releitura à luz do Direito penal constitucionalizado. Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 17.11.2006

⁴¹ Código Penal e sua interpretação. São Paulo: RT, 2007, p. 342.

⁴² STF, RE 427339/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/04/2005, DJ 27-05-2005

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

dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente as garantias da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais. (...) Os fundamentos lançados pelo Juízo processante da causa para justificar a fixação da pena em patamar superior ao mínimo legal (culpabilidade, motivos e circunstâncias do Crime) – afinal mantidos pelo TJ(...) e STJ – não atendem à garantia constitucional da individualização da pena, descrita no inciso XLVI do artigo 5º da CF/88. Fundamentos, esses, que se amoldam muito mais aos elementos constitutivos do tipo incriminador em causa do que propriamente às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Pelo que se trata de matéria imprestável para aumentar a pena-base imposta ao acusado.”⁴³.

“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.”⁴⁴

Claro, portanto, está que não é dado considerar em desfavor da culpabilidade dos recorrentes uma suposta (e inexistente, como se viu) “frieza” e “insensibilidade”, pois estas estão insitas a qualquer homicídio qualificado, crime aliás, que sempre será “aviltante”, “desnecessário” e representará uma “barbaridade”. Tampouco também constitui motivação válida considerar em desfavor dos recorrentes o grande sofrimento suportado pela mãe da vítima, pois comum a todas as mães que perdem seus filhos, bem como porque, no caso específico, se, de fato, houve exacerbação de sofrimento esta se deu por única e exclusivamente atuação irracional e desmedida da mídia.

Ao deixar de fixar, portanto, ante as circunstâncias **concretas** do caso, a pena-base do recorrente no patamar mínimo legal, as

⁴³ HC 97.509, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 12-5-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009. No mesmo sentido: HC 97.400, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, DJE de 26-3-2010

⁴⁴ STJ – Ministro Relator Napoleão Nunes Maia, HC 113706/SC, DJE 23/11/2009.

instâncias inferiores demonstraram absoluto descaso com a garantia da individualização da pena e da motivação das decisões (arts. 5º, XLVI e 93, IX, da Constituição Federal).

5. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AOS RECORRENTES.

Não bastasse o critério artificioso utilizado pelo juiz da causa para elevar a pena-base acima do mínimo legal, esse sequer se debruçou sobre as circunstâncias judiciais favoráveis aos recorrentes.

Em um esforço para exacerbar a reprimenda, o julgador 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.

Ora. Para que a pena atribuída a determinado sujeito seja justa e legal, **devem ser levados em conta todos os aspectos, positivos ou negativos relativos ao acusado. Isso é decorrência do dever de individualização da pena.**

De outro modo, é necessário verificar se há circunstâncias positivas a serem sopesadas pelo magistrado, pois essas, sob pena de abalo à presunção de inocência, devem trazer a pena ao mínimo legal, da mesma forma que as negativas “chamam” a pena a certa elevação.

Deve ser a pena aplicada ao acusado de forma particular, sendo imperioso que todos os aspectos que interferem no caso concreto sejam considerados na fixação da reprimenda. Em patente desrespeito à individualização da pena, foram só os “aspectos negativos” -, que, aliás, eram inerentes aos tipos penais - consideradas no caso concreto.

Daí o inconformismo da defesa com a decisão que deixou de considerar a primariedade e os bons antecedentes do acusado

“também” como fundamento da sentença, o que atenta contra o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

5.A) ANTECEDENTES CRIMINAIS.

De plano, mencione-se que 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.

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.

Assim como qualquer cidadão acusado de cometimento de um ilícito penal os recorrentes mereciam tratamento digno de quem **não** possui qualquer antecedente. 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. Do mesmo raciocínio valeu-se o Tribunal *a quo*, que textualmente afirmou “*ser 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.*” (fls. Xxx)

A bem da verdade, em um exercício de argumentação, tivessem os apelantes ao menos um antecedente desabonador, certamente esse

seria utilizado para exacerbar ainda mais suas penas. Sendo favorável, no entanto, essa circunstância foi simplesmente ignorada quando da prolação da sentença.

5.B) CONDUTA SOCIAL.

Do mesmo modo, foi ignorada a conduta social dos recorrentes, justamente por ser-lhes favorável.

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.

Surpreende estes defensores, portanto, que todas essas circunstâncias abonadoras tenham sido integralmente desconsideradas quando da dosagem da pena-base, decidindo o julgador por considerar apenas os fatos, no seu particular entender, 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, impõe-se a modificação da pena-base conferida aos recorrentes, para que desta feita considere o julgador as circunstâncias judiciais favoráveis a esses, a fim de reduzir a reprimenda ao mínimo legal.

⁴⁵ STJ – HC n. 18787, 5. T, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04.03.02.

Incumbe, portanto, a Corte Suprema considerar os bons antecedentes e a conduta social dos recorrentes, negligenciados, em elogio à individualização da pena prevista na Constituição Federal.

6. NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA DA PENA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO.

As circunstâncias judiciais insculpidas no artigo 59 do Código Penal, sintetizadoras da culpabilidade, não podem ser interpretadas única e exclusivamente sob o viés retributivista que aparentemente se lhes confere o dispositivo em um primeiro momento.

A quantidade exata de pena a ser aplicada, que se afigura da análise da culpabilidade, é, na realidade, um *quantum* máximo de reprimenda justa. Significa dizer que qualquer pena que extrapolar esse limite estará fugindo daquilo que a norma imputa como justo ao delinquente.

Para tanto, deve se valer dos critérios de prevenção geral (positiva e negativa) e especial (positiva e negativa), que constituem finalidade da pena.

Em um breve esboço, considera-se prevenção geral toda aquela finalidade idônea da pena que busque se dirigir à sociedade, nela gerando efeitos; e prevenção especial aquela finalidade que vise atuar sobre o delinquente, modificando-o de alguma forma.

A prevenção geral pode ser negativa ou positiva. Considera-se negativo o fim da pena quando tiver essa por escopo funcionar como uma contra motivação à prática de crimes pelos potenciais delinquentes. É da intimidação.

Será positiva, por outro lado, quando buscar estabelecer um estado geral de confiança, respeito e certeza jurídica da sociedade acerca das normas vigentes e os valores que essa tutela. Trata-se, em outras

palavras, do restabelecimento da confiança na vigência da norma, abalada pela prática do delito.

A prevenção especial, por seu turno, também pode ser negativa ou positiva. Negativo é o aspecto da pena que visa apenas inocular o agente, impedindo-o de prosseguir na delinquência.

O seu aspecto positivo, diferentemente, nada mais é do que o postulado da ressocialização. Isto é, pune-se o indivíduo tendo em vista a sua modificação para reinserção na sociedade.

Todas essas finalidades não se excluem, senão se agregam. Melhor dizendo: se contrapõem, valendo-se de seus antagonismos para se auto-limitarem, já que a absolutização de cada uma delas levaria a extremos indesejados por um Estado Democrático de Direito.

O artigo 59 do Código Penal não descurou dessas finalidades; ao invés disso, impôs a sua análise e consideração quando da individualização da pena. Como se pode observar de leitura do dispositivo, o que se busca é a aflição *“conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”*.

O legislador, aqui, se valeu das expressões *“necessário”*, *“suficiente”* e *“prevenção”* não à toa. Quis, pelo contrário, informar ao intérprete que o critério da utilidade deve ser observado na aplicação da pena.

Não há qualquer razão lógica para crer na utilidade da reprimenda na quantidade que foi aplicada aos recorrentes. Buscou o julgador o cálculo da pena apenas sob os critérios retributivos que constituem a culpabilidade do fato (ou do autor, no caso). Ignorou, com efeito, os postulados de prevenção cujo enfrentamento lhe impõe o legislador.

Quanto à função de prevenção geral negativa

(intimidação), não se pode dizer que seja uma finalidade idônea da pena, mormente quando da dosagem da reprimenda na sua fase de aplicação. É, ao invés disso, um fim que imputa o legislador à pena no momento da sua cominação abstrata, quando se dirige à generalidade dos cidadãos. Afinal, nas palavras de SANTIAGO MIR PUIG, “*ao ser a lei anterior ao delito, não poderia ser meio de retribuição do mesmo, nem de prevenção especial em relação ao delinquente*”⁴⁶, mas unicamente de prevenção geral.

Com isso, evita-se o cálculo da pena tendo por critério a exemplaridade, que nada mais é que a instrumentalização da pessoa humana em função de ideais autoritários do Estado.

Portanto, não pode, inclusive por já ter sido prevista quando da cominação da pena pelo legislador, essa finalidade causar a exasperação da pena no momento de sua aplicação.

De igual maneira, seria irracional a estipulação da punição no grau que o fez o juiz, também sob o prisma da prevenção geral positiva.

Isso porque não há como sustentar que um delito de homicídio abala a ordem jurídico-social vigente, fazendo surgir a necessidade de reafirmação da norma, por meio de uma pena considerável.

O homicídio é um delito excepcional. Comparado aos demais crimes instituídos pela lei penal brasileira, é dos mais raros, muito embora ocorra em patamares indesejados.

A certeza na vigência da norma que pune esse delito não se abala com sua prática, não podendo a finalidade de prevenção geral positiva ser invocada quando do cálculo da pena. Não é dizer que esse delito não

⁴⁶ Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito, São Paulo:RT, 2007, p. 75.

merece punição, mas apenas que essa finalidade específica da pena não se afigura como adequada para justificar a exasperação da reprimenda.⁴⁷

Merecem, por outro lado, um olhar mais atento as exigências de prevenção especial, essas sim passíveis de análise nesse momento processual de aplicação da pena.

Como já dito, essa função da pena se dirige à pessoa do apenado, buscando modificar sua conduta de uma forma ou de outra: neutralizando-o ou reeducando-o.

Assim, quanto mais dado à prática de delitos o agente, maior a necessidade de prevenção especial, para que se resguarde a sociedade da ameaça de delinquência que aquele oferece.

Não é o caso, contudo, de ALEXANDRE NARDONI e ANNA CAROLINA JATOBÁ. Mesmo nos moldes que, injustamente, foram condenados.

A vida pregressa desses mostra que o crime (que lhes foi injustamente imputado) não é fato corriqueiro, mas pontual. Já as circunstâncias fáticas do delito específico imputado na denúncia indicam um grau de autodeterminação baixo.

Não há, portanto, nada que indique merecerem os recorrentes neutralização para pararem de praticar delitos, nem tampouco ser reeducados, a fim de não mais delinquir. O que essa finalidade da pena busca já

⁴⁷ Há autores, como JESÚS MARIA SILVA-SÁNCHEZ, que refutam integralmente essa finalidade, afirmando que a concepção de exercício na finalidade para o direito parece mais intervencionista que a intimidação para o respeito às normas penais. A aplicação desse modelo, no momento do exercício da jurisdição e da execução, sob o pretexto de satisfazer uma eventual demanda de segurança jurídica, nada mais é que a satisfação do desejo de vingança da sociedade, para o quê se vale o sistema penal do sujeito desviado, estigmatizando-o (Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Barcelona: J.M. Bosch, 2002, pp. 233-234).

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

faz parte da personalidade dos recorrentes, que jamais praticaram qualquer delito.

Os agentes não se valem do crime como modo de vida e de sustento, pautaram suas vidas em respeito aos valores sociais e às regras de conduta formais ou informais, têm bons antecedentes, boa conduta social, enfim, todas essas características que compõem um quadro que permite concluir que, se desvio houve, esse foi fato pontual em suas vidas.

Não é dizer que esse foi insignificante, mas pontual. Isto é, com probabilidade de repetição inexistente.

Sob essa ótica, de utilidade social, ademais, a reprimenda nos patamares estipulados pelo magistrado *a quo* é nociva à sociedade.

Nos dias de hoje, não predomina mais a hipocrisia de outrora, que enxergava na prisão um ambiente adequado para reeducação dos detentos. Pelo contrário: reconhece-se que é um ambiente que mata o espírito humano; que faz com que o indivíduo se dispa de seus valores, para incorporar outros compatíveis com o ambiente nefasto em que se encontra; que gera depressão e angústia, dentre outros males.

Nos brilhantes ensinamentos de WINFRIED HASSEMER:

*“O preso é privado amplamente dos seus contatos íntimos e sociais. Ele é levado a um ambiente social que o mantém afastado dos problemas, nos quais ele fracassou fora do estabelecimento (que lhe criavam também novos problemas). Ele desaprende as técnicas sociais de convívio e de aprovação (e inclusive aprende outras). E ao término da pena ele volta, desabituaado e estigmatizado a um mundo que, fora dos muros da prisão, se desenvolveu de acordo com as suas próprias leis”.*⁴⁸

⁴⁸ Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 378.

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
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 TUMBIOLLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

A pena privativa de liberdade tem esse único efeito. Não há qualquer racionalidade na “*educação para a liberdade através da privação de liberdade*”.⁴⁹ O resultado mais provável da pena nesses moldes é a dessocialização, e não a reforma.⁵⁰

Em brilhante acórdão, o TRF da 2ª. Região decidiu o que segue, a esse respeito:

“PENAL - DOSIMETRIA DA PENA - PENA EXCESSIVA - FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA - IMPRESTABILIDADE. I - **Não se impõe pesada pena a alguém, para o efeito de convencer os cidadãos de que a lei é igual para todos. A lei é igual para todos independentemente da pena que, em processo crime, se aplique aos apenados. Pena alguma deve ser aplicada a um cidadão para servir de exemplo à sociedade, ou para convencê-la de que todos são iguais perante a lei, uma inteligência que nenhum sentido faz com o castigo e que representa mera intimidação pelo sofrimento. Aliás, diante do regime constitucional das garantias pessoais, é inaceitável que se pretenda fazer sofrer um cidadão, para convencimento dos demais. Inexiste nos autos qualquer prova sobre a personalidade agressiva e rebelde do réu. Nem de leve. Logo, a motivação está alicerçada em pressuposto inexistente. E, se a agressividade e a rebeldia disserem respeito ao fato de descumprir ele, o réu, normas de convívio social, estar-se-á exasperando a pena sem fundamentação sequer adequada, muito menos justa e convincente, porque a agressividade e rebeldia estariam confundidas com a própria lesão à norma e não com a personalidade do condenado ou seu caráter. Na hipótese,**

⁴⁹ Ibid., p. 378.

⁵⁰ Em importante lição, CEZAR ROBERTO BITENCOURT explica que o ambiente carcerário, com sua cultura própria, em que predomina a lei do mais forte, e a ausência do Estado em favor dos direitos dos internos, antes de modificar a conduta desviante, representa um fator crimógeno, haja vista eu a adaptação do preso às relações ali existentes representa um despojamento dos vínculos morais da sociedade externa. Assim, não só o indivíduo não assimila os valores necessários à vida harmônica em sociedade, como aprende – a força – novos valores, incompatíveis com aqueles. Como resultado dessa conjuntura, o preso é vinculado à reincidência (Cf. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, pp. 157-164).

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

LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIÂNÉ 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

a fundamentação, na dosimetria da pena, é imprestável, porque a lesão à norma jurídica é inerente ao próprio delito e não poderia servir como fundamento à escolha de pena mais drástica. Diga-se o mesmo em referência ao agravamento da pena com o mero objetivo de prevenção geral e específica. A pena já funciona, por si mesma, como prevenção, seja leve ou pesada, mas não se deve reforçar o castigo só por isto. Pior ainda, contudo, é a escolha de pena excessiva, seu exasperamento, com vistas a evitar que ocorra a prescrição. Aí, além de indiscutivelmente ilegal, a exasperação constitui reflexo de abuso, como se o condenado tivesse culpa de a lei conceder-lhe o benefício. II – Apelações parcialmente providas”.⁵¹

No caso dos autos, apesar de fazer com que magistrado e promotor fossem vistos com bons olhos pela sociedade leiga, a reprimenda exagerada é inútil e arbitrária, tanto do ponto de vista jurídico, sociológico, psicológico e antropológico. Não vai gerar qualquer benefício à sociedade, senão saciar um desejo de odiosa vingança.

Como ensina CLAUS ROXIN⁵²:

“(...) considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a culpa de sangue do povo, expie o delinqüente etc. Tudo isto é concebível apenas por um ato de fé que, segundo nossa constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, de uma pena Estatal.”

A pena estipulada no caso concreto serve apenas a expurgar do convívio social indivíduos adaptados e produtivos e, depois de um

⁵¹ TRF 2ª REGIÃO - AP Nº 97.02.40005-8, DJU 19.06.01, RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO AGUIAR, grifamos.

⁵² Roxin, Claus. Derecho Penal: parte general, Civitas, 1999.

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

longo processo de trancafiamento, irá devolvê-los inaptos à sociedade, apenas para deleite momentâneo de uma população instigada pelo sensacionalismo midiático.

O que se observou ao longo dos últimos dois anos, que decorreram do homicídio até o julgamento (e se evidenciou sobremaneira nesse), é que, em razão do alto clamor popular, os recorrentes não tiveram assegurado nenhum de seus direitos fundamentais.

Sua integridade esteve o tempo todo ameaçada; sua presunção de inocência foi desprezada; sua liberdade foi tolhida cautelarmente sem que houvesse qualquer cautelaridade na medida; seu julgamento foi injusto, pois dotado da particularidade de já estar definido desde o dia em que o caso se tornou fonte de renda para a mídia; e sua pena foi estabelecida em patamares que se justificam antes pela vingança que pela utilidade.

Merecem, por fim, que ao menos seja reconhecido que o fato criminoso consistiu em um episódio único em suas vidas, de sorte que não há razão para a quantificação da reprimenda nos moldes apresentados.

Esqueça-se o clamor popular; esqueça-se a ânsia de Justiça por parte da sociedade, injustificada que é; esqueça-se o colorido especial que os meios de comunicação deram ao caso. Nada disso cumpre função alguma na dosagem da pena, senão circunstâncias juridicamente relevantes, sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

Nesse particular, leciona FERRAJOLI que:

(...) acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É esse o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente

extensas. Devo acrescentar que esse argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que **humilha** um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”⁵³

E, ao analisar os fatos sob esse viés (o jurídico), culminando na análise da função da pena, vê-se que, a gravidade do fato já está contida no tipo legal e nas circunstâncias agravantes e majorantes. Portanto, merecem os recorrentes um enfoque diverso quando da dosagem de sua pena, conforme exaustivamente explicado.

7. A DOSAGEM DA PENA-BASE.

Diante do exposto, é de rigor sejam remediadas as violações aos princípios constitucionais indicados ao longo do presente recurso, para que seja desconsiderado o aumento de 1/3 que o magistrado efetuou sobre a pena mínima, uma vez que resta claro que as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ou não o são, ou já compõem o tipo legal do delito e suas agravantes e majorantes.

De se rememorar que a causa de aumento de pena decorrente da aplicação do §4º., 2ª. parte do art. 121 do Código Penal (vítima menor de 14 anos), aplicada necessariamente ao caso, já representa o idêntico e altíssimo aumento de 1/3 da pena.

De se relembrar, outrossim, que toda a fundamentação traçada para se justificar o aumento da pena-base passou pelo fato de a vítima ser, justamente, uma “linda e saudável criança de apenas cinco anos de idade”.

Ou seja, como vimos, a pena já seria agravada nas

⁵³, p. 364.

outras etapas da fixação da pena, seja pelo fato de a vítima ser filha do suposto agressor, seja pelo fato de não conseguir se defender, e seja também pelo fato de ser menor de 14 anos. Mas mesmo assim todos esses elementos (além de outros atinentes a outras agravantes) foram considerados anteriormente na primeira etapa de fixação de pena. Nada mais absurdo.

Assim, a fixação da pena-base no mínimo legal é medida necessária, e se torna ainda mais justa se analisarem-se (o que não foi feito quando da prolação da sentença) as circunstâncias dos antecedentes e conduta social dos agentes, que permanecerem ilibados no curso do processo.

Por fim, à luz de tudo o que foi traçado acerca da função preventiva da pena, esse pleito se torna ainda mais justificado, haja vista que a fixação da pena-base no mínimo legal é medida de suma utilidade para a sociedade, que deixará de perder indivíduos produtivos e respeitadores das regras de conduta.

Somente assim será possível corrigir-se as contrariedades aos dispositivos constitucionais invocados ao longo deste recurso

8. AS AGRAVANTES CONSIDERADAS NO CASO.

Na segunda fase da aplicação da pena, entendeu o magistrado por reconhecer duas agravantes em comum aos recorrentes, e uma agravante apenas para o réu ALEXANDRE.

Em um primeiro momento, diante do reconhecimento das qualificadoras do emprego de meio cruel (art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal) e que impossibilitou a defesa da vítima (inciso IV), e da prática do homicídio para ocultação de outro crime (inciso V), logrou o julgador, em conformidade com a jurisprudência pátria, considerar apenas a última para definição do delito como qualificado, transformando as demais em circunstâncias agravantes (pois também constituem agravantes genéricas):

“Como se trata de homicídio triplamente qualificado, as outras duas qualificadoras de utilização de meio cruel e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima (...) são aqui utilizadas como circunstâncias agravantes da pena, uma vez que possuem previsão específica no art. 61, II, alíneas, “c” e “d” do Código Penal.

Assim, levando-se em consideração a presença destas outras duas qualificadoras de utilização dessas outras duas qualificadoras, aqui admitidas como circunstâncias agravantes de pena, majoro as reprimendas fixadas durante a primeira fase em mais $\frac{1}{4}$ (um quarto), o que resulta em 20 (vinte anos de reclusão para cada um dos réus.

Justifica-se a aplicação do aumento no montante aqui estabelecido de $\frac{1}{4}$ (um quarto) um pouco acima do patamar mínimo, posto que tanto a qualificadora do meio cruel foi caracterizada na hipótese através de duas ações autônomas (asfixia e sofrimento intenso), como também em relação à qualificadora da utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima (surpresa na esganadura e lançamento inconsciente na defenestração)”.

Como se vê, às agravantes do emprego de meio cruel e impossibilidade de defesa da vítima, foi conferido um aumento de $\frac{1}{4}$ (um quarto) em cima da pena-base de 16 anos de reclusão, culminando com a pena de 20 anos para ambos os recorrentes. Sistematizando-se o entendimento do juiz, verifica-se que esse conferiu o poder de aumento de $\frac{1}{8}$ (um oitavo) para cada uma das duas agravantes mencionadas.

Em um segundo momento, e apenas em relação ao recorrente ALEXANDRE, reconheceu o juiz também a agravante genérica do cometimento de delito contra descendente (art. 61, inciso II, alínea ‘e’, do Código Penal):

“Pelo fato do co-réu Alexandre ostentar a qualidade jurídica de genitor da vítima Isabella, majoro a pena aplicada anteriormente a ele em mais $\frac{1}{6}$ (um sexto), tal como autorizado pelo art. 61, parágrafo segundo, alínea “e” do Código Penal, o que resulta em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão”.

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

Ao que se vê, para a eleição do patamar para o aumento pela agravante genérica da paternidade o magistrado, diferentemente do que fez na análise das agravantes anteriores, não teceu qualquer comentário ou fundamentação válida, optando, desta feita, não pela fração de 1/8 à semelhança das anteriormente analisadas, mas pela fração substancialmente maior de 1/6.

Assim, à pena de 20 anos foi adicionado mais 1/6, correspondente à agravante da prática de delito contra descendente, obtendo-se como produto a pena de 23 anos e 4 meses de reclusão ao recorrente ALEXANDRE, e mantendo-se 20 anos à recorrente ANNA.

Não assistia razão ao magistrado na forma como procedeu ao incremento da pena dos recorrentes nessa segunda fase da dosimetria. Com efeito, o cálculo realizado é falho. Primeiro porque o juiz se valeu de dois índices diferentes para agravar a pena (1/8 e 1/6). Segundo, porque tomou por “pena-base”, para esse cálculo último, a pena já agravada em 1/4.

Apenas com relação a este segundo aspecto, o Tribunal de Justiça reconheceu o equívoco ocasionado pelo “cálculo em cascata” realizado pelo magistrado, determinando que o aumento de pena pela agravante da descendência incidisse sobre a pena-base diretamente, e não sobre a pena-base já agravada.

Entretanto, manteve o Tribunal de Justiça a adoção de dois índices diferentes para calcular o aumento proporcionado pelas agravantes, sob os seguintes argumentos:

*“Por primeiro, pretende [a defesa] a adoção de fração mais benevolente - 1/8 -, como forma de calcular o aumento proporcionado pelo reconhecimento desta agravante. Sem razão, no entanto. Sabe-se que o Código Penal não prevê, para agravantes e atenuantes genéricas, percentuais mínimo e máximo a serem utilizados obrigatoriamente, **devendo ser respeitados,***

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

apenas, a proporcionalidade, a razoabilidade, a motivação do quantum escolhido a título de exasperação ou redução, e os limites abstratamente cominados no preceito secundário da norma. E quanto a isso, não se pode negar que a reprimenda - **incluso as frações atacadas nesta segunda fase de aplicação de pena** -, foi fixada com a **devida fundamentação**, dentro dos limites legais e obedecendo a todos esses parâmetros, sobretudo a proporcionalidade e razoabilidade que cobriram o caso concreto. As frações utilizadas pela origem - 1/8 para as qualificadoras admitidas como agravantes e 1/6 para a ascendência - são **amplamente sugeridas** por doutrina e jurisprudência, e não extrapolam, de forma alguma, qualquer ditame constitucional. Ao reverso. Vão exatamente ao encontro do que preceitua a Carta Magna e exige a seriedade do caso, que envolveu a ocorrência de **nada menos do que três circunstâncias agravantes** incidentes ao réu **Alexandre**. Vale dizer, Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento. Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto. Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda. Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do art. 68 do Cod.Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado”.

Ora, a argumentação apresentada pelo Tribunal de Justiça seria perfeita, estivessemos falando de outro caso. Neste, é evidentemente impossível afirmar ter havido respeito **“a proporcionalidade, a razoabilidade, a motivação do quantum escolhido a título de exasperação ou redução, e os limites abstratamente cominados no preceito secundário da norma.”**

Muito menos pode se dizer que neste caso **“a reprimenda - incluso as frações atacadas nesta segunda fase de aplicação de pena** -, foi **fixada com a devida fundamentação**, dentro dos limites legais e obedecendo a

ROBERTO PODVAL
ODEL M. J. ANTUN
PAULA M. INDALECIO GAMBÔA
MARCELO G. G. RAFFAINI
LUIZÁ 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

todos esses parâmetros, sobretudo a proporcionalidade e razoabilidade que cobriram o caso concreto.”

De fato, se às duas agravantes do emprego de meio cruel e impossibilidade de defesa da vítima conferiu-se 1/8 para cada, não há como se dizer ter havido respeito à razoabilidade, e a proporcionalidade, quando da escolha de um índice exasperação, pior, de 1/6, para a agravante da paternidade.

Tampouco se pode afirmar ter sido a agravante da paternidade “fixada com a devida fundamentação”, porquanto, como se viu da transcrição da sentença acima, não houve fundamentação alguma para a escolha aleatória de 1/6.

Assim, a opção pelo “1/6” para a agravante da paternidade transcendeu os limites da discricionariedade, representando, em realidade, uma escolha a esmo, arbitrária e destoante dos outros índices anteriormente escolhidos pelo próprio magistrado para a escolha das agravantes analisadas anteriormente.

Houve, mais uma vez, contrariedade ao princípio da motivação das decisões judiciais, exaustivamente analisado no presente recurso.

Sendo assim, de rigor a reconsideração do incremento da pena quanto à incidência de agravantes, pela adoção de índices díspares e pela ausência de critério e fundamentação quanto a escolha do índice de 1/6 para a agravante da paternidade, devendo, diante das circunstâncias favoráveis mencionadas, adotar-se sempre, em cada aumento, a menor fração legal.

09. QUANTO AO CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL.

Pelo delito de fraude processual, imputado aos recorrentes e acolhido pelo Conselho de Sentença, foram condenados ambos à

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

pena de 8 (oito) meses de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

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-base de 3 (três) meses em 1/3, totalizando uma pena de 4 (quatro) meses de detenção. A multa, com esse aumento, alcançou o patamar de 12 (doze) dias-multa.

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.

Não procede, todavia, o aumento conferido à reprimenda pelo juiz na primeira fase da aplicação da pena.

Como exaustivamente explicado neste recurso, as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis aos recorrentes, merecendo esses a fixação da pena-base no mínimo legal, qual seja 3 (três) meses de detenção e 9 (nove) dias-multa, sob pena de se chancelar a contrariedade aos dispositivos constitucionais analisados.

10. RESUMO GRÁFICO DAS PENAS APLICADAS AOS RECORRENTES.

Convém, para efeitos ilustrativos, resumir o caminho percorrido pelo magistrado na imposição das penas aos recorrentes:

HOMICÍDIO – SR. ALEXANDRE NARDONI

PRIMEIRA FASE – PENA-BASE (12 A 30 ANOS)	
FUNDAMENTAÇÃO	EXASPERAÇÃO
Circunstâncias Judiciais desfavoráveis: <u>Culpabilidade</u> (reprovação social à altura que o crime e os autores do fato merecem); <u>Personalidade</u> (frieza emocional e insensibilidade acentuada caracterizam o	Aumento de 1/3 (um terço) em cima da pena mínima, cujo resultado é 16 (dezesseis) anos.

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

desequilíbrio emocional que foi a mola propulsora do delito); <u>Circunstâncias</u> (homicídio covarde, como se não houvesse vínculo emocional) e <u>Consequências</u> (sofrimento da mãe).		
SEGUNDA FASE – AGRAVANTES (ART. 61, CP)		
FUNDAMENTAÇÃO		EXASPERAÇÃO
Meio Cruel (duas vezes, pela esganadura e pela defenestração). Recurso que dificultou a defesa da vítima (duas vezes, também pela esganadura e pela defenestração)	Essas circunstâncias, outrora qualificadoras do delito, foram transformadas pelo magistrado em agravantes. (de 16 para 20 anos).	Aumento de 1/4 (um quarto) em cima da pena-base, sendo 1/8 (um oitavo) para cada agravante, cujo resultado é 20 (vinte) anos.
Paternidade		Aumento de 1/6 (um sexto) em cima da pena-base <u>sem estar agravada em 1/4 (com a correção realizada pelo TJSP, resultando em 22 (vinte e três) anos e 08 (oito) meses.</u>
TERCEIRA FASE – CAUSAS DE AUMENTO		
FUNDAMENTAÇÃO		EXASPERAÇÃO
Vítima menor de 14 anos (art. 121, § 4º, do Código Penal)		Aumento de 1/3 (um terço) em cima da pena agravada, resultando em 30 (trinta) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

HOMICÍDIO – SRA. ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBA

PRIMEIRA FASE – PENA-BASE (12 A 30 ANOS)		
FUNDAMENTAÇÃO		EXASPERAÇÃO
Circunstâncias Judiciais desfavoráveis: <u>Culpabilidade</u> (reprovação social à altura que o crime e os autores do fato merecem); <u>Personalidade</u> (frieza emocional e insensibilidade acentuada caracterizam o desequilíbrio emocional que foi a mola propulsora do delito); <u>Circunstâncias</u> (homicídio covarde, como se não houvesse vínculo emocional) e <u>Consequências</u> (sofrimento da mãe).		Aumento de 1/3 (um terço) em cima da pena mínima, cujo resultado é 16 (dezesseis) anos.
SEGUNDA FASE – AGRAVANTES (ART. 61, CP)		
FUNDAMENTAÇÃO		EXASPERAÇÃO
Meio Cruel (duas vezes, pela esganadura e pela defenestração). Recurso que dificultou a defesa da vítima (duas vezes, também pela	Essas circunstâncias, outrora qualificadoras do delito, foram transformadas pelo magistrado em agravantes. (de 16	Aumento de 1/4 (um quarto) em cima da pena-base, sendo 1/8 (um oitavo) para cada agravante, cujo resultado é 20 (vinte) anos.

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

esganadura e pela defenestração)	para 20 anos).	
TERCEIRA FASE – CAUSAS DE AUMENTO		
FUNDAMENTAÇÃO		EXASPERAÇÃO
Vítima menor de 14 anos (art. 121, § 4º, do Código Penal)		Aumento de 1/3 em cima da pena agravada, resultando em 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

**FRAUDE PROCESSUAL – SR. ALEXANDRE ALVES NARDONI E
SRA. ANNA CAROLINA TROTTA PEIXOTO JATOBÁ**

PRIMEIRA FASE – PENA-BASE (3 MESES A 2 ANOS)	
FUNDAMENTAÇÃO	EXASPERAÇÃO
Condições do art. 59 do Código Penal desfavoráveis	Aumento de 1/3 (um terço) sobre a pena mínima, resultando em 04 (quatro meses) de detenção e 12 (doze) dias-multa.
SEGUNDA FASE – AGRAVANTES (ART. 61, CP)	
FUNDAMENTAÇÃO	EXASPERAÇÃO
Inexistentes	Sem aumento
TERCEIRA FASE – CAUSAS DE AUMENTO	
FUNDAMENTAÇÃO	EXASPERAÇÃO
Intuito de produzir efeito em processo penal (art. 347, parágrafo único, do Código Penal)	Aumenta a pena-base em seu dobro, resultando em 08 (oito) meses de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Com isso, de forma ilustrativa, se demonstra que a pena imposta aos recorrentes foi ilegal, por incorrer em *bis in idem*, e por contrariar diversos princípios constitucionais, revelando-se, pois, injusta, por desprezitar os postulados da utilidade e da reprovação do delito.

Conforme explicado, sob o aspecto retributivo, a pena aplicada se desvincula da culpabilidade do fato, tendo sido valoradas diversas circunstâncias pelo juiz em momentos diversos do cálculo.

Já sob o aspecto da prevenção, a pena, nos patamares vistos, não corresponde a nenhuma utilidade, tanto sob o ponto de vista geral quanto sob o aspecto especial.

Foi visto que, apenados ou não, os réus não são dados à vida baseada na delinquência, motivo pelo qual soa inócua o primado da

ressocialização.

Ademais, tampouco soa aprovável a instrumentalização de duas vidas para o restabelecimento de normas que já estão aceitas e fazem parte do comportamento reto da grande maioria da população, razão pela qual a prevenção geral não justifica a altíssima pena imposta.

VII. CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

VII.a) PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.

O artigo 102, inciso III, *a*, da Constituição Federal, prevê a hipótese de interposição de Recurso Extraordinário contra decisão que contrariar qualquer dos seus dispositivos, situação verificada nos autos.

A discussão de que versa o presente recurso diz respeito apenas à matéria de direito fundamental, não tratando o texto, em momento algum, de fatos ou análise de provas. **Substancialmente, a questão central diz respeito à interpretação da norma constitucional e da definição de seu alcance.**

Ainda, em cumprimento ao disposto no artigo 321 do REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, bem como de sua Súmula 282, a matéria está evidentemente prequestionada, já que objeto de diversas impugnações em primeira e segunda instância.

Considerando tratar-se o prequestionamento de um **debate prévio** da matéria constitucional arguida, observa-se que este requisito de admissibilidade encontra-se devidamente cumprido nos autos.

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 TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

Com efeito, dispõe o acórdão atacado, quanto à violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da publicidade processual, da liberdade de informação jornalística, motivação das decisões judiciais e da individualização da pena:

“Todas, absolutamente todas as questões trazidas à discussão foram detalhada e minuciosamente dirimidas em sede recursal apelatória. Tanto que os próprios embargantes apontam, eles mesmos, os artigos de lei enfrentados pelo decisório (art. 5º, IX, XIV, XLVI, LIV, LV, LX, art. 93, X, art. 220, 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. 479, art. 792, art. 798, todos do Cód.Proc.Penal).”

Assim, observa-se que a matéria constitucional tratada neste recurso foi prévia e explicitamente debatida, cumprindo-se o requisito de admissibilidade concernente ao prequestionamento. Em relação a todos esses princípios violados, a discussão se deu com menção expressa aos dispositivos constitucionais.

Já no que toca à violação do princípio da legalidade (art. 37, CF) e das garantias judiciais do art. 8º, 1 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o seu conteúdo foi discutido, embora não expressamente citado, de forma a se configurar o requisito do prequestionamento.

Nesse passo, cumpre salientar o entendimento esposado pelo MINISTRO MARCO AURELIO:

*“A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser do instituto está na necessidade de proceder-se a coteja para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo próprio. (...) Impor-se, para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, **a referência ao número do dispositivo legal pertinente, é exigência 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 TUMBIOLO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

*extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante.*⁵⁴

Por fim, vale mencionar que a discussão trata de **ofensa direta** aos dispositivos constitucionais mencionados. Aliás, de outra forma não poderia ser: um debate sobre a violação direta de dispositivos constitucionais não poderia ser tratado de maneira reflexa ou indireta. Mormente quando as normas em que se inserem as garantias são de eficácia plena e, portanto, auto-aplicáveis.

Além de devidamente prequestionado, também é tempestivo o presente recurso, na medida em que o acórdão que julgou a Recurso em Sentido Estrito foi disponibilizado no Diário eletrônico no dia 31 de agosto de 2011 (considerando-se publicado, portanto, no dia 01º de setembro de 2011).

Ainda, como se verá adiante, atendido, a toda evidência, o requisito de repercussão geral, nos termos do artigo 543-A do Código de Processo Civil.

Desta forma, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade, de rigor seja o presente recurso recebido, para, ao final, ser o mesmo provido.

VII.b) EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL NO CASO CONCRETO.

Por fim, para corroborar a admissibilidade do presente recurso extraordinário e, também, para atender exigência do artigo 102, § 3º, da Constituição Federal⁵⁵ e do artigo 322 do REGIMENTO INTERNO DESSE E. SUPREMO

⁵⁴ Ag. 178.745/7-DF, STF, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2.ª Turma, j. 04.03.97, DJ 30.05.97.

⁵⁵ Art. 102 (...)

TRIBUNAL FEDERAL⁵⁶, passa-se, agora, a análise da **repercussão geral** das questões constitucionais feita no aludido recurso.

Com efeito, este recurso visa levar a esta SUPREMA CORTE brasileira questões de alta relevância jurídica, consistente na violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da publicidade processual, da liberdade de informação jornalística e da individualização da pena.

E isso porque, em suma, toda mácula a um direito fundamental, lançada em uma decisão judicial, tem ressonância ampla, interferindo na construção do Direito. A equivocada hermenêutica da letra constitucional faz eco em toda a sociedade, desestabilizando a segurança jurídica.

Os direitos fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da publicidade processual, da liberdade de informação jornalística e da individualização da pena existem como estandartes do cidadão, que os ergue toda vez que se encontrar em situação de vê-los desrespeitados. Como ensina CANOTILHO:

*“Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir*

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁵⁶ Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

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 TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁵⁷.

O remédio constitucional que dá ensejo ao controle efetivo de defesa dos direitos fundamentais violados é o recurso extraordinário, ressaltando a função política do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de amparo ao indivíduo cerceado em sua plena cidadania, como também de uniformização das decisões que envolvam interpretação constitucional.

A discussão aqui presente, já se vê, interessa a todos, tem repercussão sobre a generalidade e a universalidade das pessoas, cidadãos brasileiros ou não, na medida em que estão sujeitos à intervenção penal.

A questão posta neste Recurso Extraordinário, bem por isso, extravasa o campo do interesse meramente privado, sendo dotada de interesse público, perfeitamente conjugado com a função política do recurso, até porque, no direito e no processo penal, **estão em jogo interesses indisponíveis, a saber: o ius liberatis do acusado, por um lado, e o ius puniendi estatal, de outro.**

O caso é, portanto, de admissibilidade do recurso: o debate é de grande interesse constitucional (**cumprindo a função política** do recurso extraordinário) e foi **previamente abordado**. Além disso, foram mencionados no acórdão recorrido os dispositivos em análise e, por fim, cuida de **ofensa direta** aos incisos da Constituição Federal que traduzem basilar princípio do Estado Democrático de Direito.

VIII. PEDIDOS.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. cit. 373.

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 TUMBILOLO TOSI



Diante de todo o exposto, requerem os recorrentes dignem-se esse COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de **conhecer e dar provimento** ao presente recurso, **reformando-se a decisão recorrida** para que:

1- Seja reconhecida e declarada a nulidade dos despachos de fls. 4666/4675 e 4688/4694 (*despachos proferidos na fase de requerimento de diligências preparatórias ao julgamento do feito*), e dos atos a ele posteriores, em virtude:

a- Do indeferimento dos pedidos de realização de reprodução simulada e animação gráfica, que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

b- Do indeferimento do pedido de reexame com luzes forenses do local dos fatos e dos lençóis dos irmãos da vítima, que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

c- Do indeferimento do pedido de contra-perícia no material biológico conservado no IC, que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

2- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 4949, e dos atos a ele posteriores, em virtude do indeferimento do pedido de exibição das telas de proteção, que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição.

3- Seja reconhecida e declarada a nulidade do laudo de fls. 4799/4815, e dos atos a ele posteriores, em virtude do impedimento da perita que o subscreveu, o que configura contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, 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 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

4- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 5505 e verso, e dos atos a ele posteriores, em virtude do indeferimento da juntada tempestiva de documentos que seriam utilizados em plenário, o que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

5- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 6338/6339 (*despacho proferido na sessão de julgamento, após apregoadas as partes*), e dos atos a ele posteriores, em virtude:

a- Do indeferimento do pedido de cumprimento de diligência já deferida no curso da preparação do procedimento para o julgamento, que configura cerceamento do direito de defesa dos recorrentes, em nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

b- Do indeferimento do protesto formulado no julgamento referente à oitiva da assistente da acusação, o que configura nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

c- Do indeferimento do protesto formulado no julgamento referente à presença do assistente técnico da assistente de acusação em plenário, o que configura nítida contrariedade às disposições do artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

6- Seja reconhecida e declarada a nulidade do despacho de fls. 5534/5536, e dos atos a ele posteriores, inclusive o julgamento, pelo indeferimento do pedido de transmissão televisiva do julgamento, que impediu a realização de um julgamento justo e contrariou os princípios constitucionais expressos art. 5º, incisos IX, XIV, LIV, LV, LX, art. 93, IX, art. 220 *caput* e § 1º, da Constituição federal e art. 8º, 1 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

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

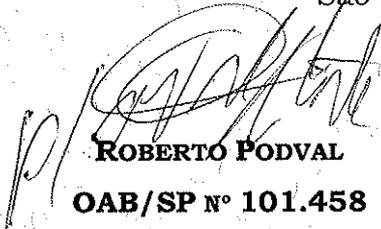
LUÍS FERNANDO SILVEIRA BERALDO
DANIEL ROMEIRO
VIVIANE S. JACOB RAFFAINI
RAFAEL CARLSSON G. CUSTÓDIO
ALEXANDRE PACHECO MARTINS

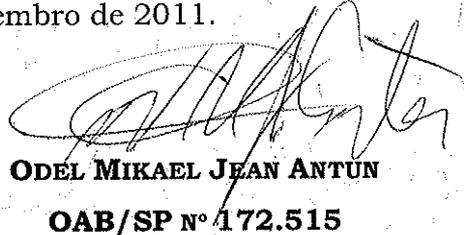
ALICE RIBEIRO DA LUZ
CAROLINA R. DA CUNHA JUNQUEIRA
ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA
MARIANA TUMBILO TOSI

PODVAL • ANTUN
INDALECIO
ADVOGADOS

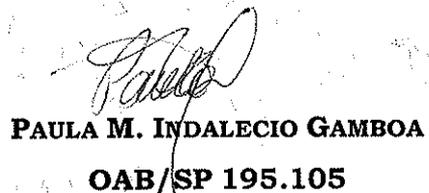
- 7- Caso assim não entenda Vossas Excelências, seja reconhecida e declarada a contrariedade da sentença com a norma penal descrita no artigo 347 do Código Penal, procedendo à retificação daquela, com o fim de se excluir a condenação dos recorrentes pela prática do crime de fraude processual, tudo com fundamento no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.
- 8- Em caso de serem denegados todos os pedidos acima, 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 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.

São Paulo, 16 de setembro de 2011.


ROBERTO PODVAL
OAB/SP Nº 101.458


ODEL MIKAEL JEAN ANTUN
OAB/SP Nº 172.515

MARCELO GASPAR GOMES RAFFAINI
OAB/SP Nº 222.933


PAULA M. INDALECIO GAMBOA
OAB/SP 195.105