

3 — PARECERES

CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS E SOBERANIA DO JÚRI

FRANCIS SELWYN DAVIS

1. O processo criminal questionado — 2. A regularidade da “perícia complementar”
— 3. Contradição nas respostas aos quesitos — 4. Conclusão.

Indaga-me o ilustre advogado Milton Bonelli sobre a regularidade e conseqüente legalidade do processo criminal, com as particularidades adiante descritas. Consulta-me sobre a validade processual da “perícia complementar” ali deferida pelo MM. Presidente do Tribunal do Júri e da existência de contradição entre as respostas dadas pelos Srs. Jurados aos quesitos que lhes foram formulados.

1. O processo criminal questionado

K.L. foi pronunciado por homicídio perpetrado contra P.G., quando com ele, de madrugada, a sós, jogavam cartas, no escritório do ofendido. Esse, como habitualmente procedia, houvera deixado, sobre uma cadeira a seu lado, uma arma de fogo, como precaução contra eventual assalto, mas com a qual, no final, resultou atirado e morto.

A pronúncia acolheu, para apreciação em maior profundidade, pelo Tribunal do Júri, as duas qualificadoras articuladas na peça inicial da ação, vale dizer: o crime ter sido praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo; e o denunciado se ter valido de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido.

Quando do julgamento, o Tribunal do Júri afirmou que o réu “praticou o fato

em defesa de sua própria pessoa” (sim, 4 x 3), bem assim que se defendeu de uma “agressão atual” (sim, 4 x 3). Negada a injustiça da agressão (não, 4 x 3) e prejudicados, conseqüentemente, os quesitos relacionados com a legítima defesa, os Senhores Jurados não reconheceram que o acusado agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (não, 4 x 3); e afirmaram que “o crime foi praticado por motivo fútil em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo” (sim, 4 x 3). Finalmente, negada a segunda qualificadora (não, 4 x 3), o Júri reconheceu a existência de atenuantes em favor do réu (sim, 6 x 1).

Anteriormente ao dia do julgamento, acolhendo pedido e indicação nominal do Assistente do Ministério Público, objetivando a complementação do laudo oficial, o MM. Juiz-Presidente nomeou perito (que funcionou como relator) o Sr. João Dadian, que seria auxiliado por “outro, a ser indicado pelo Setor de Balística, do Instituto de Criminalística” (fls. 501v). Mas, à vista de protesto da defesa, que, em tais circunstâncias, pugnou pelo seu direito de fazer a indicação nominal do segundo perito na pessoa do Dr. Sebastião Edson Cinelli, o Magistrado reconsiderou seu r. despacho, em 3.1.90, designando também essa pessoa assim nominada, “ofician-

do-se para o oferecimento do laudo, no prazo legal" (fls. 529).

Todavia, consoante informou a Sra. Escrevente (fls. 634) mal saiu o ofício judicial, comunicando a nomeação para 2.º perito do Sr. Sebastião Edson Cinelli, "chegava aos autos, na data de 11.1.90 a perícia solicitada, elaborada apenas pelo Perito Dr. João Dadian, com laudo pronto na data de 26.12.89" (fls. 634).

Em Plenário, prestaram esclarecimentos os dois expertos da perícia primeira, ambos afirmando que somente através do estudo da trajetória do projétil no corpo do ofendido não teriam condições de informar, tecnicamente, a posição provável da vítima em relação ao acusado.

O Dr. João Dadian, indicado pelo Assistente do MP para funcionar na perícia-complementar, também prestou esclarecimento aos Julgadores. Disse que o tiro na vítima foi dado de uma distância de dois metros. E que chegou a essa conclusão, com probabilidade de mais de 70% de acerto, através da utilização do método referido em seu laudo (fls. 1.179).

No que se relaciona com a colheita dos esclarecimentos do Dr. João Dadian, o defensor do acusado, em razões de apelação, arguiu a nulidade do julgamento, sustentando que as palavras daquele foram reduzidos a termo apenas em parte, e isso "por ter havido concordância entre Promotor e Defensor no sentido de que não se efetuasse a transcrição do depoimento prestado a título de esclarecimentos do laudo" (*sic*). E esse particular mui nobremente foi reconhecido pelo Sr. Promotor Público, nos seguintes termos: "Obviamente, por se tratar mais de uma demonstração técnica do que um depoimento propriamente dito, impossível a redução a termo de todas as explicações oferecidas em Plenário. Preocupado com esse fato, o Magistrado que presidia a sessão obteve concordância das partes de que nem todo o depoimento fosse reproduzido no termo, pela impossibilidade apontada".

Descrita, nestes termos, a ação penal, passo a responder às indagações que me foram formuladas.

2. A regularidade da "perícia complementar"

Desnecessário encarecer a importância da prova pericial, na formação da convicção dos julgadores. Os peritos judiciais são pessoas presuntivamente idôneas e imparciais, revestidas de confiança e credibilidade, e naturalmente qualificadas para o desempenho de suas funções eminentemente técnicas. Incumbe-lhes, em razão de seus conhecimentos especializados ou experiência, esclarecer fatos ou assuntos, para uma solução justa e verdadeira dos dissídios judiciais.

No caso em exame, de maior relevância a prova pericial, *maxime* em razão do fato ter ocorrido a portas fechadas, sem testemunhas. Muito ao propósito, com acuidade, anotou em suas contra-razões de apelação o zeloso Promotor de Justiça: "Na verdade, este demorado e volumoso processo, que se arrastou por cinco anos e consumiu quase 1.300 laudas, bem poderia se resumir aos interrogatórios do apelante e aos elementos de ordem técnica existentes nos autos".

O acusado, todas vezes em que interrogado, uniforme e coincidentemente narrou a sua versão sobre o acontecido, invocando a excludente de criminalidade e a inevitabilidade de outra conduta. Daí, para infirmar suas palavras, as provas periciais, como conjunto comprobatório residual e único, somente poderão ser aceitas, na medida em que regularmente processadas, formalmente coligidas e, no mérito, compatíveis com os elementos fáticos, objetivos, levantados no processo.

Não obstante a importância da prova pericial, no caso dos autos, irregular e em absoluta infração à Lei, foi a nomeação dos peritos, para a realização da perícia "complementar".

Realmente a Lei processual penal é incisiva, sem ensanchas à sua inobservância: "Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito".

Verifica-se, porém, que o perito relator, Dr. João Dadian, foi nomeado após indicação nominal e expressa do Sr. Dr. Assistente do Ministério Público (fls. 485), observando-se que o mesmo procedimento foi adotado pelo MM. Juiz de Direito, quando nomeou para segundo perito, agora por indicação nominal da defensoria, o Sr. Dr. Sebastião Edson Cinelli, que só não chegou a funcionar por que o recebimento do laudo, pronto, do Dr. João Dadian antecedeu ao encaminhamento da comunicação da respectiva nomeação.

O processo penal é eminentemente público. "É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes" (art. 280). E isso exatamente em razão dos expertos judiciais serem considerados como auxiliares diretos dos Juízes, sujeitos aos respectivos impedimentos e restrições. Já o Juízo Arbitral (em que é compatível a louvação de vistores pelas próprias partes) é procedimento que se instaura, excepcionalmente, e somente para a resolução de pendências concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação (arts 1.037, do CC e 1.072, do CPC). Aliás os "juízes-árbitros" jamais se confundiram com os Magistrados, pois têm identidade com o *judex privatus*, que era aquele que, na antiga Roma, podia ser nomeado a pedido dos litigantes, fundados na "Lei Pinária".

Evidentemente, perícia criminal em que, ao arrepio da Lei, o 1.º Perito é nomeado por indicação, pela parte, de seu nome, ao MM. Juiz de Direito processante, é perícia comprometida por suspeição, desde seu nascedouro. As partes são vedadas, inclusive, a escolha ou nomeação dos Magistrados que intervirão na solução de suas controvérsias, em primeira ou quaisquer instâncias,

sabido que a própria distribuição, pública e aleatória, dos processos aos nomes daqueles que integrarão as Turmas Julgadoras das causas, é considerada um inalienável direito do litigante e uma garantia de julgamento escorreito nos Tribunais.

Não bastante, o 2.º perito, Eng. Jayme Telles, que subscreveu o laudo complementar relatado pelo Dr. João Dadian, sequer teve formalizada sua indicação para atuar na perícia. Não há, no laudo complementar de fls. 537 (ao contrário do que ocorreu em relação ao laudo pericial, fls. 50, a ser complementado) qualquer referência a quem teria nomeado o Eng. Jayme Telles, pelo Instituto de Criminalística, nem mesmo a qualificação desse perito. Além disso, os outros laudos periciais oficiais (fls. 50, 144 e 202) são redigidos na 3.ª pessoa do plural e se referem à conferência das suas conclusões, entre os vistores signatários. Ao passo que o "laudo complementar" elaborado pelo Dr. João Dadian é redigido na 3.ª pessoa do singular, como se por ele, exclusivamente, houvesse sido elaborado, além de não trazer qualquer menção à participação nos trabalhos, mesmo de simples conferência, por parte do segundo signatário. Em suma, o laudo complementar relatado pelo Dr. João Dadian também pode ser questionado ante o disposto na Súmula 361, do Supremo Tribunal Federal ("No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito"), mormente se consideradas suas palavras em Plenário, vale dizer, "o laudo complementar juntado de fls. 544 a 558 foi elaborado por mim" (*sic*).

Mais ainda, a perícia criminal procedida pelo Dr. João Dadian é nula, sob o prisma da colheita dos respectivos esclarecimentos, como perito, em Plenário. Nem o Juiz-Presidente, muito menos as partes, estariam investidos de arbítrio para censurar depoimentos, ou resumi-los, a seu talante.

Lembre-se que “a Justiça é concreta, e não abstrata”, como ensina João Monteiro. Sem o formalismo, o processo não existe. Manda a lei processual que os depoimentos sejam reduzidos a termo (art. 216) e que, na redação dos depoimentos, o Juiz deve cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases (art. 216).

A forma processual é indeclinável, constituindo a própria exteriorização do ato processual. Na verdade, os Julgadores e as partes só podem agir através do exame dos elementos do processo que, obviamente, não são destinados somente à instância em que são coligidos. Ao contrário, os elementos processuais devem ser escoreitos, traduzindo fielmente os atos respectivos, inclusive para sua eventual apreciação e estudos, pelos Tribunais Superiores, ou em processos revisionais.

Provado, notadamente pela confirmação do fato pelo ilustre Promotor Público, que os esclarecimentos do perito João Dadian não foram reproduzidos com fidelidade, nula a respectiva colheita. É a forma que investe de autenticidade os atos processuais, autenticidade que deixa de existir no momento em que resulta comprovada a falta de correspondência entre a forma e a realidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho lembra que por forma de um ato processual se entende o seu aspecto externo. “Ou, como dizia Massari, a roupa externa, sua configuração, seu revestimento”. Sem dúvida, a nulidade de que trata o inc. IV, art. 564, que cuida de omissão de formalidade essencial do ato é sanável, segundo a fórmula do art. 572. Mas, mesmo por isto, “... urge chamar a atenção para uma particularidade: se a omissão da formalidade interna ou externa for de tal porte que produza uma desfiguração do próprio ato, de modo a impossibilitar-lhe a consecução do seu objetivo, aquele fica

tão imprestável que a sanatória se torna absolutamente impossível, e, uma vez reconhecida a nulidade, se não for possível a retificação, a renovação se impõe, a menos que também haja total impossibilidade. É verdade que, nesses casos, o ato existe, mas tão mutilado, adulterado, desfigurado e deformado, que equivale à sua própria omissão ou falta” (*Processo Penal*, III v., p. 119, Saraiva, 1992).

Aliás, pela mesmíssima razão o Eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo concluiu que “... ficando incontroverso nos autos que os depoimentos foram tomados por estenotipia e, ao final da produção da prova oral, dispensada a estenotipista em razão do adiantado da hora, sem ninguém capacitado para transcrever ou traduzir determinados trechos das fitas, caracteriza-se a impossibilidade de acesso da defesa à prova produzida, o que constitui manifesto cerceamento” (*RJTJSP* 127/274).

Mas não é só.

A perícia complementar foi deferida pelo M. Juiz Presidente, com o objetivo expresso de esclarecer de que distância foram disparados os dois tiros que ocasionaram a morte de P. G. (fls. 501v). Dois peritos oficiais (o primeiro relator do laudo procedido logo após o evento) foram taxativos. Wong T. Kit afirmou (fls. 468): “Não foram encontrados no local elementos de ordem material que pudessem determinar a posição provável da vítima em relação ao réu”.

O perito Mário Prandini Junior, por sua vez, também foi conclusivo (fls. 1.181): “Eu não teria condições de verificar a posição provável da vítima em relação ao acusado, através da trajetória do projétil no corpo da vítima”.

Contraditoriamente, essa foi, precisamente a finalidade visada no laudo relatado pelo Dr. João Dadian, isto é, provar aquela distância entre a arma e o ofendido.

Na verdade, o laudo do Dr. João Dadian é extremamente subjetivo, razão pela qual imprescindível houvessem sido reproduzidos, fielmente, todos os seus esclarecimentos, para melhor e justa apreensão de seus pensamentos. Evidentemente, o lacônico termo de fls. 1.179 não reproduz nem a décima parte das palavras que proferiu no Plenário. Nem consta que o seu laudo tenha sido lido para os Srs. Jurados.

Por outro lado, cabe lembrar que a jurisprudência criminal tem repellido a adoção de formas matemáticas abstratamente preconcebidas, que apontem resultados dependentes de médias aritméticas, falhos na maioria dos casos. Exemplificativamente, calcular a velocidade de um automóvel através da medição das marcas deixadas no solo pela freiagem dos pneumáticos exige a apuração prévia de “n” circunstâncias, a saber: peso e volume do carro; qualidade, estrias e desgastes dos respectivos pneumáticos; ajuste dos freios do veículo; demora do motorista para acionar os freios, a partir do momento em que alertado para fazê-lo e intensidade da sua pressão muscular sobre os mesmos; nível plano, ou inclinado, do leito carroçável; compactação do leito carroçável (asfalto, terra, pedregulho etc.) e suas condições na oportunidade (seco, úmido, molhado, encharcado) etc.

Contudo, o perito Dr. João Dadian, tomando como ponto de partida a localização e a trajetória dos projéteis no corpo do ofendido, afirma, “com probabilidade de mais de 70% de acerto”, que os tiros foram dados “de uma distância de dois metros” (fls. 542 e 1.179). Para chegar a esse resultado, o Sr. Perito João Dadian louvou-se em duas médias aritméticas (método inaceitável, inclusive para a desapropriação de imóveis, quando apresentados laudos com valores díspares), a saber (fls. 540): a) velocidade média de 210 m/s de projéteis, nas distâncias de 1,00 m, 1,5 m e 2,00 m

da boca da arma, para balas de calibre 38 SPL, do tipo ogival, pesando 10,2 gramas; b) média de perda de velocidade em projéteis semelhantes, para perfurar a pele humana, conforme a semi-soma das conclusões de Mori (30 m/s) e Sellier (oscilante em torno de 50 m/s).

Aliás, mesmo se aceitas tais “médias” como coincidentes com a velocidade dos projéteis disparados, no caso dos autos seria preciso considerar que, em seus cálculos, o Dr. João Dadian não considerou “n” circunstâncias, que influiriam, certamente, em suas conclusões, isto é: a) as condições de utilização da arma em que foram produzidos os disparos, notadamente a conservação de sua “alma” (interior do cano e respectivas “raias”), considerando-se que, conforme público e notório, não existem dois canos de revólver internamente iguais; b) a qualidade e a data de fabricação da pólvora dos cartuchos disparados, sabido, também, que a pólvora com o tempo perde sua força e até sua explosão; c) o ângulo, em graus, do impacto do tiro sobre o corpo do ofendido (tiro tenso, intensamente oblíquo, de raspão etc.); d) a resistência também oferecida aos projéteis, por impacto outro além daquele na pele humana (o Sr. Perito João Dadian em seu trabalho, só considerou, genericamente, “tecidos musculares” (fls. 541), sem levar em conta o fato do ofendido ser um homem gordo, musculoso e que a resistência aos projéteis, no interior de seu corpo, é de difícil precisão se considerados que atingiram tecidos de texturas heterogêneas, tais como dente, osso, coração, fígado etc.; e) a rigidez ou flacidez da pele do ofendido em razão de sua idade (56 anos) e, conseqüentemente, sua maior ou menor resistência ao impacto dos projéteis.

3. Contradição nas respostas aos quesitos

Dispõe, imperativamente, o art. 563, parágrafo único, do Código de Processo

Penal: "Parágrafo único. Ocorrerá, ainda, a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas".

Contradição, vocábulo derivado do latim *contradictio*, significa a ação de contradizer-se, ou a "divergência" existente em afirmativas de uma ou mais pessoas, sobre o mesmo caso ou sobre a mesma coisa (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, I, fls. 427, Forense, 1961).

No processo questionado, os Srs. Jurados, de início, responderam que "o réu praticou o fato em defesa de sua própria pessoa" (sim, 4 x 3), bem assim que se defendeu de uma "agressão atual". Negada a injustiça da agressão (não, 4 x 3), (e prejudicados, conseqüentemente, os demais quesitos relacionados com a legítima defesa), o Júri repeliu o crime privilegiado pela violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (não, 4 x 3), e afirmou que o "crime foi praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência, por causa de jogo" (sim, 4 x 3). Finalmente, negada a segunda qualificadora (não, 4 x 3), os Senhores Jurados reconheceram a existência de atenuantes em favor do réu (sim, 6 x 1).

Em outras palavras, na Sala Secreta os Srs. Jurados afirmaram que o Réu praticou o fato defendendo-se de uma agressão atual à sua pessoa. E menos de quinze minutos depois (i.é., após a resposta dada aos subseqüentes dois quesitos), os mesmos Jurados responderam que "o crime foi praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência de jogo"!!!

Não bastante essa gritante contradição, cerca de cinco minutos depois de terem afirmado a qualificadora do "motivo fútil" (i.é., após os cinco minutos dispendidos para a votação de um só quesito intermediário, correspondente à segunda qualificadora), os Srs. Jurados

reconheceram a existência de atenuantes em favor do acusado (sim, 6 x 1)!!!

Quid id?

O fato foi praticado em defesa da própria pessoa, contra agressão atual? Ou, ao contrário, foi perpetrado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo? E, quais são as circunstâncias atenuantes que podem militar em favor de quem pratica um homicídio... por "motivo fútil"?

Reconheça-se a dificuldade com que se defrontaram os Srs. Jurados, ao julgar um fato, ocorrido sem testemunhas, quando chamados a apontar a respectiva motivação. Realmente, até o próprio e douto Promotor Público, contraditoriamente, em suas razões contra a apelação do réu, implicitamente está afastando o motivo fútil, ao dizer que "... basta uma mirada nas quantias estampadas naqueles cheques, para que se tenha uma idéia do volume de dinheiro envolvido nos jogos, e no interesse do apelante em recuperar seu prejuízo" (fls. 1.249).

Elevadas perdas em jogo, obviamente, constituem motivo sério, capaz de levar o perdedor até ao suicídio. Podem provocar, também, desavenças graves, até funestas, como no caso dos autos. Principalmente, se aquelas perdas não advieram da sorte, nas cartas, mas de alguma outra razão, não aleatória, como alega o acusado.

Cumpra notar que o réu não foi armado ao encontro do parceiro. Válida, perfeitamente, sua intenção de recuperar, no próprio jogo, prejuízos anteriores, mesmo altos, ali sofridos, ainda que exteriorizados em cheques já confiados ao ofendido. Não se diz que tencionava matar o parceiro, para não saldar as cambiais. Mesmo por que, pela Lei (art. 1.477, do CC) dívidas de jogo, ou aposta, não obrigam o pagamento, inclusive das respectivas novações. Nas circunstâncias fiscais vigentes, e à vista da disciplina que rege a emissão dos cheques nominais, ao réu não seria difícil recusar-

se à satisfação das cártulas anteriormente emitidas, sob a singela e legítima alegação de representarem perdas em jogo. Aliás, não pode ser inculcado só por ter determinado a suspensão do pagamento dos cheques, no dia seguinte à malfadada sessão de jogo; e não pode ser inculcado por que essa sua conduta é inteiramente compatível com as palavras com que relatou a sua versão do fato.

De qualquer modo, a primeira das contradições, conforme iterativa jurisprudência, é suficiente para anular o julgamento realizado.

Diz o Supremo Tribunal Federal: — Se os jurados reconhecerem que o acusado agiu em defesa de agressão à sua pessoa, não poderiam, sem contradição, responder afirmativamente que ele agiu com motivo fútil e de surpresa. Se a resposta a qualquer quesito estiver em contradição com outra ou outras já proferidas, caberá ao juiz explicar aos jurados em que consiste a contradição e submeter novamente à votação os quesitos a que se referem tais respostas (CPP, art. 489). A inobservância desta providência legal acarreta a nulidade do julgamento (CPP, art. 554, parágrafo único) (STF, *HC DJU* 20.8.82, p. 7.873).

Corroborando esse entendimento, pacificamente, o Eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo:

“Se o agente se defende de uma agressão injusta e atual, embora lançando mão de recursos desnecessários, deixando, por isso, de completar-se a justificativa, não poderá, jamais, ver sua ação acimada de fútil” (TJSP, Ap. Criminal 92.053, *RT* 396/91).

“O reconhecimento posterior da qualificadora do homicídio é incompatível com a admissão anterior do início da defesa própria, embora não legítima” (TJSP, Ap. 128218, *RT* 490/308).

“Quem age em defesa própria, ainda que não legitimada pela lei penal, não está impelido por causa tão irrelevante que se qualifique como “fútil” (*omissis*). Não podia, destarte, razoavelmente, o Conselho de Jurados, salvo por acharem-se os seus componentes mal esclarecidos, responder afirmativamente, tanto ao quesito genérico da defesa, como ao das qualificadoras” (TJSP, Ap. Crim. 97.609, *RT* 401/115).

4. Conclusão

Mais, não é necessário acrescentar.

Tanto quanto as nulidades anteriormente apontadas, também a manifesta incongruência das respostas dos Srs. Jurados impõe uma decisão anulatória *ex vi* do próprio texto da Lei 263, de 23.2.48, que mandou acrescentar o parágrafo único ao art. 564, IV, do CPP: “ocorrerá ainda nulidade por deficiência dos quesitos ou das respectivas respostas, e contradições entre estas”.

Nem se cumprirá a lei, através da solução simplista do cancelamento da qualificadora. É preciso que a contradição seja espancada, respeitada a soberania do Júri. E a contradição só será afastada, definitivamente, através de um julgamento, em que os Senhores Jurados possam pronunciar-se em um sentido, ou em outro. Isto é, reconhecer que o fato foi praticado em defesa pessoal, ainda, que, eventualmente, inobservados os limites da legitimidade, conforme descritos na lei penal; ou perpetrado por motivo fútil.

A concomitância das motivações afirmadas no julgamento já realizado, é de manifesta incongruência, que não pode subsistir.

É o meu parecer, S. M. J.