

Ensaaios

De uns tempos a esta data, temos nos envolvido em questões teóricas de elaboração pericial, com reflexões quanto aos procedimentos judiciais, mormente, o criminal, mas igualmente, o civil.

Em palestra inaugural, no primeiro congresso brasileiro de perícias criminais, na OAB/SP. Em novembro de 2011, buscamos abordar a questão da autonomia científica, técnica e funcional na realização da perícia, especificamente junto ao judiciário militar estadual de São Paulo, em cuja corte, atuamos há mais de dezoito anos.

Melhor cuidando das questões atinentes à autonomia da **perícia**, consideramos que ela seria a prova procedimental **por excelência**. São inegáveis a fragilidade da prova **testemunhal** e a dubiedade da prova **documental**. O papel (documento) aceita tudo e o depoimento(testemunho) constitui a liberdade de cada cabeça pensante, alterável ao longo do tempo e ao sabor das conveniências, como se observa.

Em sã consciência, nenhum de nós, operadores do direito, ou mesmo leigos, podemos admitir que o depoimento do arrolado pela parte ou convocado pelo juízo, venha a “**sofrer influência**” de quem quer que seja, mormente, quando essa tendência seja exercida por meio de veículo da mídia.

Inegavelmente, mesmo na área pericial, tanto peritos, como partes e o próprio juízo, não podem restar desprotegidos, ante sutilezas exercidas por qualquer interessado em deturpar determinado laudo ou depoimento judicial.

Convém que recordemos, ser indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, quando a infração deixar vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado.(artigo 158 do CPP).

por outro lado, os peritos elaborarão o laudo pericial, “**onde**” (sic) descreverão minuciosamente o que examinarem (artigo 160 do mesmo “codex”).

E, sem dúvida, tão importante é o relatório dos peritos, antes de suas conclusões, que se torna indispensável a preservação material do local do crime.

Tanto deve ser preservado o mesmo local do crime, para a versão pericial, que a lei processual incumbe à autoridade (policial, ministerial, judicial) fazê-lo, impondo-lhe o encargo de providências necessárias e indispensáveis, para que não se altere o estado das coisas, até a chegada dos peritos (que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos).

Evidente que a autoridade referida, ao descumprir tal mandamento de preservação do local do crime incidirá em responsabilidade (civil, administrativa e penal).

E, haver-se-ia de indagar da importância da referida preservação do local do crime: preservá-lo para que? Com que objetivo?

É a própria lei procedimental penal que esclarece a importância indeclinável dessa preservação: “os peritos registrarão no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências **dessas alterações** na dinâmica dos fatos”.

Portanto a omissão da autoridade, não determinando nem mantendo a preservação do local do crime, culmina por impossibilitar a aferição técnica e científica daquela discussão no relatório, quiçá possibilitando ingerências na conclusão pericial. Daí, o dever dos peritos em registrar expressamente eventual alteração observada, com influência nas suas conclusões, mercê da insegurança na precisão sequencial do evento criminoso (sua dinâmica).

O mesmo se diga, quanto ao depoimento judicial, que, normalmente, é prestado sob o compromisso de o depoente dizer a verdade, sob as penas da lei., tanto em relação ao que lhe for perguntado, e mais, **daquilo que souber** e que poderá influenciar a decisão judicial.

Portanto, o depoimento judicial envolve, o foro íntimo do depoente. Mesmo aquilo que não lhe seja, eventualmente, indagado, deve por ele ser apontado, com a vênua judicial e das partes. Não lhe perguntado um detalhe importante, nem pelo juízo, nem pelas partes, resta ainda o indeclinável dever do depoente, em adicionar **o que souber**, não raro, detalhes e aspectos relevantes, nem mesmo imaginados pelos que o inquiriram. É um dever de

consciência ofertar o depoimento mais completo e elucidativo possível.

E, neste aspecto, bom seria a humildade judicial, ao ouvir a testemunha, já ao início do questionamento, na forma do artigo 203 do CPP, solicitar à mesma, que, em sabendo de algum aspecto relevante, **ainda que não indagado sobre o mesmo**, naquele momento, possa pedir a oportunidade de apresentar seu destaque.

Essa pequena providência, certamente, ensinaria ao **depoente**, quiçá à **vítima** ou **referido**, trazer a lume, não raro, elemento para a formação da convicção judicial, desconhecido de todos os envolvidos no procedimento.

Ora, se por um lado, a oportunidade judiciária ao perito e ao depoente, deve ser ensinada ao máximo, por outro lado, deve ser evitada toda e qualquer influência negativa no espírito do julgador, mormente quando fruto de estratégia maliciosa, seja lançado próximo ao julgamento.

A busca desta influência negativa por sobre o depoimento e a perícia, ainda mais se avulta, na hipótese em que tal ocorra, antes da prolação da sentença judicial, ou mesmo, em momento que anteceda o trânsito em julgado da decisão.

Quando se analisa a repercussão de tal comportamento, por parte de quem pretenda com um comentário malicioso, influir negativamente, desmoralizar, minimizar ou fazer chacota do conteúdo de tais momentos procedimentais, é que se percebe a dimensão perniciosa de tal conduta.

Temos para nós, por exemplo, que um comentário na imprensa escrita, atirado maldosamente, na busca de enfraquecer um depoimento decisivo na apuração da causa, pode influir negativamente no espírito do julgador, em qualquer instância.

Particularmente, no tribunal do júri, onde leigos, transformado em juízes do fato, deverão se pronunciar, nada impede que um artigo jornalístico, uma entrevista, um programa televisivo, acabem exercendo influência no espírito dos jurados.

Da mesma forma, no seio dos tribunais de segundo grau, e nas instâncias superiores, em grau recursal ou originário, o exercício de

comentário desairoso, até revelando que o comentarista conhece o procedimento, pode instilar no espírito do julgador, influências imprevisíveis, alterando sua convicção, até mesmo, de inopino

Se ao julgador é natural a proteção legal, no sentido de preservar sua convicção, com mais razão, a proteção à própria testemunha e ao perito, autores do depoimento e do laudo.

E, ao que parece, em todo o ordenamento jurídico comum, jamais se cogitou de punir adequadamente o agente audacioso, em empregasse a maldade, para destilar seu veneno, bem ou mal intencionado, em detrimento de testemunha ou perito, que atuasse no feito *sub judice*.

Em suma, pouco importa a real intenção do agente, assim insuflador em qualquer sentido, apoiando ou menoscabando aqueles atos judiciais. O que importa é sua interferência indevida na valoração da prova realizada por meio do depoimento ou do laudo, produzidos sob as garantias do devido processo legal, sob o crivo contraditório e no limite da ampla defesa.

Mas o que fazer contra tal atitude daquele que, valendo-se da maldade, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão processual, expõe publicamente o conteúdo do ato produzido em juízo?

Em princípio, parece não haver solução legal a cercear esse tipo de conduta ilegítima, imoral e antiética.

Nossa preocupação se avulta, quando verificamos que o alcance da comunicação, em nossos dias, é, por vezes, incontável e nem sempre fácil de se constatarem os abusos cometidos, quanto mais puni-los.

E, assim, tem-se a sensação da impunidade e, até mesmo, um certo desalento, ao imaginar que, impunemente, alguém possa utilizar-se da comunicação social, para criar dimensões positivas ou negativas em relação à prova testemunhal ou pericial em seus feitos judiciais.

Seja-nos permitido admitir que, sempre nos preocupou essa proteção ao depoente e ao perito, mas, buscávamos por ela, apenas como uma quimera.

Eis, que, examinando com maior atenção o código penal militar, instrumento diário de nossa atividade, quer como procurador de justiça, ao longo de onze anos, quer, como magistrado militar há dezoito anos, pudemos constatar que o código penal militar, elaborado na década de 1969, foi mais feliz que o vetusto código penal comum, oriundo, em sua parte especial, da década de quarenta (1942 sua vigência).-

Como assim?

Ora, não logramos vislumbrar uma proteção mais abrangente e eficaz, no que se refere à influência externa exercitada contra o teor de um depoimento ou de um laudo pericial, autênticos ambos, mercê de interesses os mais diversos, na busca de desmoralizar ou desacreditar tais atos judiciais, incidindo no próprio julgamento, tal apoio ou desmoralização.

Suponha-se que um tribunal pátrio esteja em vésperas de proferir julgamento numa questão criminal ou civil. Nada impede que por meio da mídia, hoje, a mais intensa forma de comunicação, infinita e imediata, em sua extensão e atuação, possa se produzir um texto, dando apoio, ou destruindo determinado laudo ou depoimento, qualquer deles, fundamentais, para a apreciação da causa.

Inegável que tanto o órgão julgador, quanto a opinião pública, e mesmo os responsáveis pelo laudo pericial ou pelo depoimento, fundamental para aquele deslinde, serão atingidos pelos efeitos devastadores de uma publicidade de tal enfoque.-

Não é difícil imaginar o quanto uma conduta típica, mal intencionada, pode perverter um julgamento, exatamente, por atingir ou mesmo suscitar dúvida quanto à autenticidade do laudo ou do depoimento, por vezes, de forma venal e inconsequente.

E, daí, quando se viesse a entender toda a tempestade que desabara, às vésperas do julgamento, fazendo rolar, maldosamente, a certeza da verdade procedimental, até então, obtida, nada mais restaria a fazer, senão lamentar os erros judiciários, provocados maldosamente, repita-se.

Difícil, ante tal situação, por ora imaginária, mas perfeitamente factível, buscar

tipificação penal, para tal conduta maliciosa, matreira, insidiosa e rigorosamente vitoriosa.-

Daí, nossa observação fruto de exercício funcional, quando, pudemos destacar um tipo penal exclusivo da legislação penal militar.

Ao que nos parece, em momento algum, a legislação penal comum teve a mesma preocupação, de editar um tipo penal específico, que atendesse à hipótese de que estamos tratando.

Daí o destaque que gostaríamos de enfatizar, na descrição típica militar, protetora inegável das atividades do perito criminal, bem, como do depoente judicial, contra os entraves e ataques que possam influir no julgamento da causa “*sub judice*”.

Trata-se, de uma proteção mais que suficiente, editada no elenco dos crimes contra a administração da justiça militar, é bem verdade.

Mas, de fato, cuida-se de um dispositivo que mereceria acolhida no código penal comum, pelos inegáveis efeitos que tem, igualmente, na legislação “civil”, (como se costuma referir nos decisórios e no jargão castrense).

Vejamos, então, a que tipo penal militar estamos fazendo referência, a ponto de termos a ousadia, mais uma vez, com a vênua do atencioso leitor, de propor a discussão ampla e irrestrita quanto à **criação** de um tipo penal comum, ensejando a mesma proteção, no procedimento não militar.-

Referimo-nos ao disposto no **artigo 348 do código penal militar**, sob a rubrica e denominação de “**publicidade opressiva**”.

Que significa isso, indagará o atento leitor?

Bem,. Cabe-nos aduzir: no código penal militar de 1969, ao cuidar dos crimes contra a administração militar, o legislador inseriu esse tipo penal, certamente preocupado com a hierarquia e disciplina que deve reinar na administração da justiça militar, além da prova auferida na instrução do feito.

Certamente, a edição daquele código castrense, em meados do século vinte (1969), permitiu com mais acuidade para com os interesses da administração da justiça militar, registrar a preocupação indisfarçável da lei, relativamente aos abusos que pudessem

oprimir os julgamentos militares, pelo uso da mídia, indevidamente.

Daí, o tipo penal, desconhecido da legislação penal comum (*in verbis*):

(...) *fazer pela imprensa, rádio ou televisão,*

Antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal militar, comentário tendente a exercer pressão sobre declaração de testemunha ou laudo de perito

Pena – detenção, até seis meses.

É bem verdade que a sanção (preceito secundário) daquele tipo penal militar (artigo 348), é mínima, se comparada com outros tipos que visam a mesma proteção (artigo 340 a 354 do CPM).

Se compararmos com dispositivos outros protetores do mesmo bem jurídico (administração da justiça militar), vamos verificar a apenação suave deste tipo penal, a exemplo daquela constante para a infração denominada “**denúncia caluniosa**” (artigo 343 do CPM), cuja pena varia de dois a oito anos de reclusão.-

Diga-se a bem da verdade, entre nós, na justiça castrense, não vige o princípio dos crimes de menor potencial ofensivo, o que justificou mesmo a edição do artigo 90-a, acrescido pela lei 9.839, de 1999, excluindo a aplicação da lei 9099, de 26 de setembro de 1995, juizados especiais criminais no âmbito da justiça militar..

Mas, por outro lado, inegável o alcance da punibilidade do crime militar, denominado “**publicidade opressiva**”, atípico na legislação comum. De inegável relevância, na proteção da administração da justiça militar. Certamente, na esfera da justiça comum, seja a estadual, seja a federal, dever-se-ia cuidar da mesma proteção ao perito e ao depoente, com a tipificação similar.

Apesar da inegável possibilidade de se tomarem medidas outras, de natureza cível e administrativa, é no âmbito penal que repousam as maiores perspectivas punitivas, de natureza pública, contra os que ousam ofender impor riscos à administração da justiça.

A simples tipificação penal, descrevendo no preceito primário uma conduta proibida pela lei, e, no preceito secundário, cominando

uma sanção punitiva privativa de liberdade, constituem, sem dúvida um desestímulo aos abusos de tantos que pretendessem, no uso da mídia, empregá-la no desvirtuamento de determinado julgamento judiciário.

Pese o conceito de que a norma incriminadora deva ser a última “ratio”, aplicável, sempre que a sanção civil ou disciplinar não surta efeito, nem por isso a edição de um tipo penal, preexistente no código penal militar (artigo 348), seria dispensável na legislação comum.

Ao contrário, a edição do mesmo tipo penal na legislação comum constituiria autêntica garantia ao **jugador**, protegido na apreciação legítima do apurado na instrução processual, quiçá ensejando-se um apenamento mais severo e proporcional ao gravame indisfarçável daquela conduta extrema e antiética.

Haveria de representar autêntica garantia **às partes envolvidas** no “*judicium causae*”, por assegurar que a prova testemunhal e pericial, auferida, destinada a formar a convicção do órgão julgador, não restaria desprestigiada.

Autêntica garantia, ainda, **ao depoente** que, prestigiando a produção da justiça, ofertara seu convicto depoimento sobre o que lhe fora indagado, noticiando, ainda, certamente, o conhecimento de aspectos outros, por vezes ignorado pelos demais envolvidos na persecução probatória, daquilo que soubera, extra-autos.

Inegável garantia também **aos peritos** e seus relatórios e conclusões, pois, nem o enxovalho, nem a bajulação, por meio da mídia, abalariam os sólidos alicerces da construção pericial.

Por fim, tal tipo penal consistiria em garantia autêntica **aos jurisdicionados**, que teriam a certeza de que os interessados em prestigiar ou desmerecer determinado depoimento ou laudo, encontrariam o repúdio imediato da lei penal.

Ora, não é tão difícil concluirmos que, se no âmbito da justiça castrense, o tipo penal da “**publicidade opressiva**” se faz necessário, com mais razão deve ser editada norma penal incriminadora similar, no bojo do código penal comum.

Afinal, se o jurisdicionado da justiça militar não pode ficar à mercê daquele que produz comentário, **tendente a exercer pressão, sobre declaração de testemunha ou laudo de perito**, da mesma forma, o indivíduo jurisdicionado comum, merece a mesma proteção e consideração social.

Oportuno recordar a que, com a extirpação da **lei de imprensa** (lei nº. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967), por decisão do supremo tribunal federal, considerando aspectos de sua inconstitucionalidade, por ser oriunda de um regime militar, entre outros doravante, as condutas perpetradas pela mídia restaram relegadas à proteção do Código Penal.

Daí, não haver melhor momento para se prestigiar a edição de **novos tipos penais**, que busquem a proteção daqueles que sejam alvo de ataques por via da mídia, no seio da legislação comum.

O Código Penal teve avolumada sua responsabilidade no sentido de ofertar tal proteção, em relação ao uso da imprensa, rádio ou televisão quando utilizados com o intento de pressionar (e basta tal intento, independentemente do resultado – crime de mera conduta), para que sejam punidos os que atentam contra depoimentos e laudos judiciais, na forma da publicidade opressiva.

Esse tipo penal, como descrito no artigo 348 do CPM, vem de encontro aos interesses da administração da justiça. Ademais, suas elementares previnem a edição do pronunciamento judiciário, por proferir, prestigiando a instrução processual já realizada, sob o crivo do contraditório, do devido processo legal e da contrariedade, nos expressos ditames do artigo 5º, inciso I, v, da constituição da república, como já dizíamos ao início desta matéria.

Daí, nosso convite a todos quantos tenham por missão colaborar com a justiça, no sentido de ler e reler o tipo penal do artigo 348 do com., refletindo, todos nós, sobre a “mens legis”, nele contido, de inegável alcance.

Ainda cabe refletirmos, todos nós, sobre a edição de uma norma penal similar, no âmago do código penal comum, inserindo entre os crimes contra a administração da

justiça, a focada infração penal da **publicidade opressiva**.

Com a palavra a comunidade jurídica, a política e a legislativa federal, na missão de “dar a cada um o que é seu”, permitindo o equilíbrio social e a adoção de um singelo tipo penal militar, necessário a toda a sociedade e à máquina judiciária brasileira. É a sugestão, sob censura!