

**AFOGAMENTO.** Júri. Asfixia por submersão só é qualificadora do homicídio quando praticada com crueldade.

A falta de transcrição dos quesitos no termo de julgamento não acarreta a nulidade do júri. Sua reprodução ali é mera praxe judiciária.

Se na reunião do Tribunal do Júri, anterior à reunião em que se realiza a sessão do julgamento do réu, não faltou nenhum jurado, a ata desse julgamento não precisa mencionar essa circunstância.

*NEY FAYET*

Promotor Público designado

### PRELIMINARMENTE:

Improcedem as três preliminares argüidas pelo apelante visando a nulidade do julgamento.

#### PRIMEIRA NULIDADE INVOCADA:

“Não constar do termo de julgamento cada um dos quesitos, tal qual foram propostos”.

A transcrição, no termo de julgamento, do quesito proposto ao júri, para, logo após, mencionar o resultado da votação do mesmo, é uma praxe judiciária destinada a evitar confusões no momento da coleta dos votos, mas não uma exigência da lei.

A ausência desse costume não gera a nulidade do julgamento, mormente quando existe no processo o questionário submetido aos jurados, devidamente assinado pelo juiz, e, no termo de julgamento, as respostas positivas e as negativas dadas a cada quesito, demonstrando claramente, pela expressividade da maioria, a soberana vontade do Tribunal Popular.

Realmente, o art. 487 do Código de Processo Penal apenas ordena que o Presidente mande “que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados os números de votos afirmativos e o de negativos”.

Esse mandamento foi rigorosamente obedecido: após a votação de cada quesito (fls.), o juiz fez com que o escrivão escrevesse o resultado no termo de julgamento (fls.). Há, pois, nos autos, tanto os quesitos como as respectivas respostas, incorrendo, assim, a nulidade expressa na letra “k”, do inc. III, do art. 564 do Código de Processo Penal.

Saliente-se, no caso, que em virtude da tese da defesa ser a da negativa de autoria, o questionário proposto ao júri foi muito pequeno, apenas seis quesitos, os quais os jurados responderam por larga maioria.

Além disso, nos dois primeiros, o júri condenou o réu por homicídio simples. A partir daí repeliu duas qualificadoras (asfixia e dissimulação); reconheceu a circunstância agravante legal de ter sido o fato cometido contra cônjuge e, em seguida, na 6ª e última pergunta negou a existência de circunstâncias atenuantes.

A vontade do júri de condenar o réu por homicídio simples foi cristalina e categórica: repudiou as duas qualificadoras por 6 x 1. Não houve engano, não houve confusão.

Anular-se uma decisão do júri em que a manifestação do Conselho de Sentença emerge clara e precisa, apenas por amor à praxe, é "ressuscitar o feitichismo das formas," como afirmou HEROTIDES LIMA, ou, no dizer do consagrado JOSÉ FREDERICO MARQUES:

"Julgar invalidados veredictos e votações, onde as irregularidades do questionário são mínimas e não acarretaram prejuízo substancial às partes, constitui verdadeira revivescência do obsoleto e perento o formalismo que anulava julgamentos do júri, porque, segundo atesta VIVEIROS DE CASTRO, não constava dos autos ter o oficial de justiça tocado o badalo ao abrir a sessão". (O Júri no Direito Brasileiro, 185).

Certo é, porém, que há acórdãos anulando julgamentos do Tribunal do Júri por esse motivo, inclusive o dessa egrégia Câmara, transcrito na íntegra nas razões de recurso.

Note-se, no entanto, que o acórdão dessa colenda 2a. Câmara Criminal é num caso de co-autoria, com oito réus, um pronunciado por homicídio e os demais por lesões corporais. A complexidade do questionário para evitar o julgamento por inferência, além do grande número de quesitos propostos aos jurados, em várias séries, gerou confusão no momento de apurar-se o veredicto. É o próprio acórdão que refere expressamente:

"... o quinto quesito da série relativa ao apelado R.J.P.B. e que, ao que se infere, teria levado o magistrado, ante resposta negativa, a considerá-lo absolvido do homicídio, é confuso". E, prossegue, logo adiante: "São situações que se repelem, apresentando-se, pois, o quesito imprestável, ofendendo o estabelecido no art. 484, VI, do C.P.P.".

Com a devida venia permitimo-nos discordar da afirmativa de que haja "omissão do conteúdo das respostas" que acarreta preterição de elemento essencial integrativo do ato de julgamento".

A pergunta é feita oralmente ao júri. E o jurado a responde, monossilabicamente, SIM ou NÃO, por escrito, numa cédula. Ao responder, subentende-se que responde a pergunta formulada, é óbvio.

Ora, é implícito, é inerente, do monossílabo votado, o conteúdo da resposta. E isso não significa que a resposta da votação deva ser escrita logo após a transcrição da pergunta. Esta, consubstanciada em quesito, poderá estar no rol, na ata e também no termo de votação.

A ausência da transcrição do quesito no termo de votação não leva à conclusão de que foi preterido elemento essencial integrativo do ato de julgamento. Isso só aconteceria se não houvesse no processo, em lugar algum, os quesitos propostos.

Nem há, também, “descumprimento de preceito legal imperativo”, como afirma o douto acórdão. Haveria, e aí concordaríamos com a afirmativa, se faltassem no processo os quesitos ou as respectivas respostas. (art. 564, III, k do C.P.P.).

Mas isso não ocorreu. Os quesitos se encontram a fls. e as respostas no termo de julgamento a fls. Não foi descumprido imperativo legal algum. O que a lei não determina é a pretendida transcrição dos quesitos no termo de julgamento, mera praxe forense.

Por outro lado, como salienta o ilustre Dr. Promotor Público a fls., a jurisprudência não é tão tranqüila como afirma o apelante, trazendo em abono de seu excelente trabalho dois julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra dos eminentes desembargadores JOSÉ SILVA e CARLOS THOMPSON FLORES, hoje Ministro do S.T.F..

Os tribunais do País têm decidido, em casos idênticos, pela inocorrência de nulidade.

Assim, o Egrégio T.J. do CEARÁ (Repert. de Jurisp. do C.P.P., Darcy A. Miranda, no 6.955, pág. 564):

“A nulidade invocada pelo apelante prende-se ao fato de não se ter repetido, após as respostas sim e não, do Conselho de Sentença, as respectivas perguntas, de modo a tirar qualquer dúvida a respeito.

O C.P.P., entretanto, ao regular a matéria, isso não o determinou. O seu art. 487 reza apenas que o Juiz mandará o escrivão descrever o resultado em termo especial em que são declarados o número de votos afirmativos e o de negativos.

Não impôs a obrigatoriedade da repetição ou redundância, como muitos juízes, aliás, o fazem, por praxe antiga e por isso cominou como nulidade tão somente “a falta dos quesitos e respectivas respostas” (art. 564, III, letra “k”).

Isso não se dá, na espécie, enquanto por outro lado, em nada tendo influído na apuração da verdade ou na decisão da causa, não representaria nulidade, na forma do art. 566 do Código citado. (Ac. un. da Câm. Crim. do T. J. do Ceará, de 12.3.54, na ap. crim. n.7.367 de Iguacu – rel. Des. VIRGÍLIO FIRMEZA – “Jurisp. e Dout.” v. 13, p. 450, 1954).

Também o egrégio T. J. de SÃO PAULO, recentemente, em 30.08.71, através de sua 1a. Câmara Criminal, sob a presidência do insigne Des. ADRIANO MARREY, sendo o Rel. o Des. CARVALHO FILHO, por unanimidade, rejeitou essa pretendida nulidade, em magnífico acórdão, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, no 432, pág. 318 e 319, nos seguintes termos:

“JÚRI – Nulidade – Inocorrência – Quesitos não transcritos no termo de julgamento – Exigência não contida em lei – Preliminar repelida – Inteligência do art. 487 do Código do Processo Penal.

Nenhuma a nulidade do julgamento. Desnecessária é a transcrição dos quesitos no termo de julgamento. Essa repetição não é exigida pelo art. 487 do CPP, que, apenas, determina nele se consigne, relativamente a cada quesito, o resultado da votação. Isso foi feito (fls.), sem qualquer possibilidade de confusão ou prejuízo para as partes”.

No mesmo sentido, já decidira anteriormente o T. J. de SÃO PAULO: “Nulidade – Inexistência – Inobservância do disposto pelo art. 487 do Código de Processo Penal – Meras irregularidades”. (REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 165, pág. 601).

A doutrina também não é pacífica a respeito, como bem demonstrou o zeloso Dr. Promotor Público, reproduzindo o ensinamento de ESPINOLA FILHO. À opinião do emérito processualista junta-se a do douto F. A. GOMES NETO (Teoria e Prática do C.P.P., vol. III, pág. 57), que após comentar o art. 487 do C.P.P., dizendo que:

“O resultado da votação de cada quesito é lançado imediatamente pelo escrivão na ata dos trabalhos em termo especial, mencionando os votos afirmativos e negativos. Isso é feito logo que o juiz, verificando os votos e se necessário conferindo-os com as cédulas não utilizadas, enuncie publicamente o número de votos SIM e o de votos NÃO verificados”,

sugere como modelo (Formulário no. 175) o seguinte “Termo”:

“Lidos os quesitos, na forma da lei, ... o Conselho de Sentença, sob a presidência do dito Juiz de Direito, passou a votar os quesitos que lhe foram propostos, sendo a seguinte a resposta dos jurados aos quesitos formulados: ao primeiro – SIM por ... votos e NÃO por ... votos; ao segundo – NÃO por ... votos e SIM por ... votos; ao terceiro – SIM por ... votos e NÃO por ... votos. Concluída a votação mandou o juiz lavrar este termo que ...”.

O “Termo de Julgamento”, no presente processo, obedeceu a esse ensinamento. Como anular-se o júri?

Com sua reconhecida autoridade MAGALHÃES NORONHA (Curso de Direito Processual Penal, pág. 375), também ensina que no termo de julgamento é consignado apenas o resultado da votação de cada quesito, não se referindo a nenhuma exigência de repetição da transcrição dos mesmos:

“O resultado da votação de cada quesito é consignado no termo já aludido, mencionando-se os votos positivos e negativos, v. g., deste modo: ao primeiro quesito SIM por seis votos, e NÃO por um, ao segundo, SIM por cinco votos e NÃO por dois; ao terceiro... etc”.

A coincidência é perfeita!... o termo de julgamento de fls., relata exatamente, coincidentemente, a mesma hipótese do exemplo; ao primeiro quesito os jurados

responderam afirmativamente por seis (6) votos contra um (1); ao segundo quesito: os jurados responderam afirmativamente por cinco (5) votos contra dois (2); ao terceiro... Onde a nulidade?

WALTER P. ACOSTA (O Processo Penal, 3 ed. pág. 458) também recomenda um "Termo de votação", como modelo, no qual não são novamente transcritos os quesitos formulados ao júri, mas tão somente as respostas afirmativas e as negativas, assim:

"quanto ao primeiro quesito: Afirmativa (ou negativamente), por tantas cédulas com a palavra SIM, contra tantas cédulas com a palavra NÃO; ... e assim por diante".

Convém aqui ressaltar o lúcido e vigoroso pensamento do eminente Des. JOSÉ SILVA, no acórdão reproduzido nas contra-razões:

"Ainda que omissa o termo de julgamento, quanto ao texto dos quesitos ou à resposta especificada a cada um deles, perde valia a alegação (de nulidade) dado que há perfeita concordância entre as monossilábicas respostas ali consignadas e o questionário que foi acrescentado ao processo e devidamente autenticado pelo juiz presidente".

Concluindo, é de se lembrar que:

"Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". (C.P.P. art. 566).

A omissão de praxe não influíu na decisão da causa, logo, não pode ser anulado o julgamento.

Finalmente, que:

"Nenhum ato será nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". (C.P.P. artigo 563).

E, o apelante não mostrou qual o prejuízo que a omissão da praxe resultou para a defesa.

A primeira preliminar é de ser rejeitada.

#### SEGUNDA NULIDADE INVOCADA:

"Não constar da ata de sorteio de jurados a existência ou não de jurados tidos como automaticamente sorteados."

Essa pretendida "nulidade" não merece maiores considerações, por totalmente graciosa.

Quatro argumentos a repelem, de plano:

- a) Se na reunião do Tribunal do Júri, anterior à reunião em que se realizou a sessão do julgamento do réu, não faltou nenhum jurado, a ata deste julgamento não precisa mencionar essa circunstância.

Não há na lei exigência dessa ordem.

Apenas para exemplificar, veja-se na ata de fls, que todos os 21 jurados compareceram. Não houve sorteio de suplentes, é óbvio. Para próxima reunião do Tribunal do Júri 21 jurados serão sorteados e a ata do primeiro julgamento não comentará o fato, por absolutamente desnecessário.

- b) A arguição foi extemporânea. Se houvesse nulidade no fato apontado, estaria sanada nos termos do art. 572, I, do C. P. P..
- c) Não demonstrou o apelante o prejuízo sofrido pela defesa, com o fato que apontou (art. 563, C.P.P.).
- d) Não provou o apelante que o fato tivesse “influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566, C.P.P.).

Acrescente-se a esses argumentos a manifestação jurisprudencial desse Egrégio Tribunal, oportunamente mencionada nas duntas contra-razões de apelação do Dr. Promotor Público, consubstanciada na afirmativa de que:

“Não há nulidade, por irregular constituição do conselho, quando o veredito não acusa diferença mínima de votos, o que não acarreta dúvida sobre a decisão do colégio de fato”. (RJTJRGs no. 10/66).

Pela rejeição da segunda preliminar.

### TERCEIRA NULIDADE INVOCADA:

Contradições nas respostas dos quesitos.

Não houve nenhuma contradição nas respostas dos quesitos. Pelo contrário. Sempre por larga maioria o júri reconheceu a autoria e a letalidade condenando o réu por homicídio simples (6 x 1 e 5 x 2). Negou as qualificadoras de asfixia e da dissimulação peremptoriamente: 6 x 1 e 6 x 1, ratificando o desejo de condenar o réu na forma “simplex” do delito de matar alguém. Reconheceu ter sido contra cônjuge: 6 x 1. Negou, finalmente, existência de atenuantes, por 6 x 1.

Apenas um jurado absolveu o réu, acolhendo a tese da defesa.

O sofisma armado pela defesa, não pode ser acolhido, por inconsistente.

Nem sempre o afogamento será circunstância qualificadora, embora a morte se dê por asfixia. Só o será, quando revestido de crueldade.

Assim, por exemplo, se o agente, segurando a cabeça da vítima dentro de um líquido, quando esta estivesse desfalecendo, a fizesse respirar e, novamente a submergisse, para em seguida erguê-la, permitindo a respiração; e voltasse a afogá-la e a reerguesse, e assim sucessivamente até matá-la por afogamento, então sim essa asfixia seria meio cruel, qualificando o delito.

É o caso comum da brutal prática para extorquir confissões, denominada de “pau-de-arara”, vindo a vítima morrer afogada. Ai sim a asfixia é meio cruel.

O Des. MÁRIO BOA NOVA ROSA, relatando um acórdão da egrégia 2ª C.C. do T.J.R.G.S., in Revista Jurídica no 48/288, é incisivo no exame da crueldade como qualificadora:

“O que caracteriza a crueldade do meio, que qualifica o homicídio é o aumento deliberado do sofrimento do ofendido, com males desnecessários à consumação do delito. A essência da qualificativa inspirada na doutrina de JEREMIAS BENTAM (Oeuvres, vol. I, pág. 123)-se acha no acréscimo, supérfluo, da dor peculiar do crime.

A razão do efeito agravativo que se lhe atribui está na maior perversidade demonstrada pelo delinqüente”. No mesmo sentido: Revista Jurídica 29/207, 29/209 e 210; Revista de Jurisprudência do TJRGS no 6/62; 12/61; 14/54 e 30/12.

Portanto a decisão do Tribunal do Júri foi lógica e coerente: a) admitiu que a morte ocorreu por afogamento (é que o auto de necropsia assim afirma); b) negou que esse afogamento fora praticado com requintes de crueldade, ao repelir o quesito que perguntava se “o réu cometeu o crime com emprego de asfixia?”

Não há nenhuma contradição nesse proceder. Pelo contrário, há lógica. O Conselho de Sentença manifestou-se claramente pela condenação por homicídio simples ao negar as qualificadoras. Ambas por 6 x 1.

“As respostas serão contraditórias se o juízo contido na afirmação ou negativa de um quesito, não se coadunar com o juízo expresso em outra resposta”, como ensina o Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES (o. c. pág. 184).

E isso não ocorreu. As respostas foram coerentes e deram a conhecer, com meridiana clareza, a intenção do colegiado de fato, de condenar o réu pela violação da norma contida no preceito do art. 121 “*caput*”, do C.P.

A prefacial deve ser recusada, *ut*, o art. 566 do Cód. Proc. Penal.

Finalmente, o argumento do zeloso e diligente órgão do Ministério Público, a fls. 431, é definitivo: mesmo que fosse contraditória a resposta do júri ao negar a qualificadora de asfixia, esse fato beneficiou o réu, desclassificando o homicídio. Não lhe acarretou prejuízo. Não poderia ser declarada a nulidade (C.P.P. art. 563).

Pelo desacolhimento da terceira preliminar.

## NO MÉRITO

O Tribunal do Júri fez justiça ao reconhecer a autoria do réu, acolhendo a veemência de indícios contra ele, já proclamada por essa Egrégia Câmara, quando do primeiro julgamento, no venerando acórdão de fls.

A pena foi bem dosada face o reconhecimento de uma agravante legal pelo Tribunal Leigo e as circunstâncias fáticas ponderadas pelo juiz togado. A medida de segurança impunha-se, como demonstrou o culto Dr. Promotor.

Face a isso é esta Procuradoria da Justiça de Parecer que, rejeitadas as preliminares de nulidade, negue-se provimento, no mérito, à apelação, mantendo-se íntegra a justa decisão do Tribunal Popular de São Sebastião do Caí, que fez

J U S T I Ç A .

Porto Alegre, 5 de setembro de 1973.

**OBSERVAÇÃO:**

A Egrégia 2a. Câmara Criminal do TJRGS, por unanimidade, em sessão de 16 de novembro de 1973, acolhendo as alegações finais do Dr. Odir Odilon Pinto da Silva, Promotor Público de São Sebastião do Caí, e o presente parecer, negou provimento à apelação, mantendo a decisão do Tribunal do Júri, rejeitando as preliminares de nulidade e, no mérito, confirmando a condenação.