

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Prova. *Onus probandi*. Juízo de mera suspeita. Prova inconvincente. Absolvição.

- Inexistindo elementos de prova hábeis para a condenação, imperativa se torna a absolvição, amparada pelo princípio *in dubio pro reo*. Se a participação do agente não passa de mera suspeita e deixa de ser demonstrada *salienter tantum*, a absolvição é medida que se impõe. Apenas a certeza da autoria e a materialidade delitiva servem de base legítima a um desate condenatório. Se a prova for insuficiente a um desate condenatório, absolve-se o réu.

- Embora o ônus probante caiba às partes, a prova a cargo da acusação deve fundar-se na certeza, ou seja, na plenitude do convencimento, enquanto a da defesa baseia-se na dúvida, sendo esta o bastante.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0701.98.015127-1/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Elias José dos Santos - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Hyparco Immesi* - Denunciou-se Elias José dos Santos como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal,

porque, no dia 28.10.1998, "(...) utilizando-se de um pedaço de madeira e agindo em concurso com o inimputável T.M.S., desferiu golpes contra a vítima Adriano dos Santos, produzindo-lhe lesões corporais que, por sua gravidade e localização, foram a causa de sua morte (...)" (f. 02).

Após instrução probatória, adveio a r. sentença de f. ... *usque* ... -TJ, da lavra do experiente Magistrado Dr. Habib Felipe Jabour, que absolveu o denunciado, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Estatuto Instrumentário Penal.

Irresignada, apela a Promotoria de Justiça (f. 128 e 136/142), às alegações, em síntese, a seguir alinhadas: a) que "(...) a prova revela que o fato teria ocorrido, porque o recorrido suspeitava que a vítima

teria lhe furtado objetos de valor, dias antes do crime (...)” (f. 137); b) que, em seguida ao ataque à vítima, “(...) o acusado e seu comparsa inimputável saíram no enalço de Wellington José dos Santos, irmão da vítima, que também foi agredido violentamente pela dupla (...)” (f. 137); c) que, “(...) no dia seguinte aos fatos, a vítima foi internada e morreu em virtude de contusão craniana, decorrente dos golpes desferidos pelo recorrido e pelo menor desviante (...)” (f. 138); d) que, “(...) no processo penal, é dividido o ônus probatório, incumbindo à acusação provar os fatos constitutivos da imputação, reservando-se ao agente o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos por ele alegados (...)” (f. 138); e) que, *in haec specie*, “(...) os elementos de convencimento sinalizam para a responsabilidade penal do acusado, cujo álibi foi transferir tal responsabilidade para o menor infrator, situação que ocorre com muita freqüência nos processos penais (...)” (f. 140); f) que “(...) não há falar em ausência ou conflito de provas, e a absolvição representa inde-sejável impunidade (...)” (f. 141).

Almeja o provimento do apelo, para que o apelado seja condenado nos termos da *imputatio*.

Há contra-razões (f. 143/144).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça Dr. Geraldo Flávio Vasques, recomenda o desprovimento do recurso (f. 150/151).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do apelo, visto que próprio e tempestivamente aviado.

A materialidade encontra-se provada *ad societatem* nos autos, como se infere do laudo de necropsia de f. 47.

Registre-se que o apelado nega, peremptoriamente, a autoria do fato que lhe foi imputado. Passa-se, pois, à sua análise, com a transcrição de excertos dos depoimentos testemunhais. Ei-los:

a) (...) que (a vítima) estava num bar situado no Jardim Primavera (...), quando entrou em discussão com um elemento que lá estava; que,

em decorrência, houve luta corporal entre os referidos, tendo esse elemento desconhecido desferido uma paulada em seu irmão; que, em decorrência dos ferimentos, foi seu irmão socorrido por terceiros e encaminhado até o Hospital Escola, onde foi internado e permaneceu em observação até a manhã de hoje, quando veio a falecer (...); que, por informações obtidas, tem conhecimento que o autor do homicídio é um elemento conhecido por ‘Animal’ (...) (f. 11/11-v. - depoimento do irmão da vítima, Sivaldo Tavares Câmara, no inquisitório).

b) (...) que o depoente estava na companhia de seu irmão Adriano Santos, sentados na porta da casa de Elias José, aguardando a chegada do mesmo; que, quando este chegou (Elias José), sem dar tempo ao depoente e a seu irmão de falarem, ‘já foi dizendo que eles estavam roubando sua casa’ e que o depoente e seu irmão não saíam dali; que, nesse momento, Elias José dos Santos pegou ‘uma garrucha’ para que o depoente e seu irmão não saíssem dali e, com um pedaço de pau, desferiu várias pauladas em Adriano Santos, vindo a atingi-lo nas costas, barriga e cabeça, até que ele perdeu os sentidos; que, não satisfeito, Elias José começou a bater no depoente também com ‘porretadas’, mas o depoente conseguiu sair do local; porém, logo à frente, o mesmo foi pego por um indivíduo que desconhece o nome, mas que estava acompanhando Elias e presenciou e participou da pancadaria, sendo que o referido elemento agrediu o depoente, até que este ‘perdeu os sentidos; que, posteriormente, o depoente foi socorrido por populares, que também socorreram Adriano Santos e acionaram a Polícia Militar; que não obteve êxito em prender os autores do delito; que, no dia seguinte, o depoente e sua mãe levaram Adriano Santos ao Hospital Escola, onde o mesmo foi internado em estado grave, vindo a falecer (...) devido aos ferimentos sofridos(...) (depoimento do irmão da vítima, Wellington José dos Santos - ‘Camanguinha’ - f. 42/43, no inquisitório).

c) (...) que o declarante, no dia dos fatos, estava acompanhando a pessoa de Elias José, sendo que, quando chegaram na residência deste último, puderam verificar que dois elementos estavam dentro da residência de Elias e já estavam saindo de dentro da mesma, carregando uma televisão; que, como a residência de Elias José tinha sido alvo de dois furtos recentes, resolveram impedi-los de furtar tal televisão; que os elementos que estavam fur-

tando tal televisão eram Adriano dos Santos e Wellington José dos Santos, os quais, ao notarem a presença do declarante e Elias, colocaram a televisão no chão e começaram a conversar; que Adriano dos Santos, que, até então, era cunhado de Elias José, ficou conversando com este último, enquanto o declarante foi até a esquina, a fim de chamar a Polícia Militar (...); que retornou para a residência de Elias, onde notou que os ânimos estavam bastante exaltados; que, nesse momento, Adriano dos Santos levantou-se e disse que iria embora, e, diante da negativa do declarante em deixá-lo ir, Adriano, que estava com uma barra de ferro na cintura, ameaçou o declarante e, nesse momento, este último pegou um pedaço de pau que estava no chão e desferiu uma paulada na cabeça de Adriano dos Santos, o qual caiu no chão e desfaleceu; que Wellington, nesse momento, disse que iria acertar o declarante, por este ter acertado seu irmão (Adriano dos Santos), e saiu correndo; que o declarante correu atrás de Wellington, a fim de pegá-lo para que o mesmo esperasse a chegada da Polícia Militar (...); que, quando alcançou Wellington, entraram em luta corporal, sendo que Elias ajudou o declarante a segurar Wellington (...); que o declarante deseja esclarecer que a Polícia Militar foi acionada por um 'amigo' de nome Alexandre de Tal, e o mesmo é residente na Rua União (...) (depoimento de T.M.S., f. 51/52, no inquisitório).

(...) que confirma seu depoimento na fase policial, que ora lhe foi lido; que a vítima Adriano e seu irmão Wellington foram flagrados pelo acusado no interior da residência deste, quando tentavam furtar alguns objetos seus; que o depoente estava em companhia do acusado, e ambos ficaram surpreendidos, porque os referidos irmãos eram ex-cunhados dele (...); em dado momento, a vítima Adriano, que estava com um ferro enrolado nas mãos e que segurava um pé-de-cabra, fez menção que iria agredir com esse instrumento o depoente; que, então, para se defender, lançou mão de um pedaço de madeira, que estava no chão, e com ele desferiu um certo golpe na região craniana da vítima Adriano que, em decorrência, tombou ao solo, desmaiado (...); que seu irmão, ouvindo dizer que iria chamar a polícia, evadiu-se do local; que, então, foi perseguido pelo acusado e pelo depoente (...); que o depoente desferiu apenas um único golpe na região craniana da vítima; que, depois, a vítima acordou, o acusado 'bateu boca' com ela, mas não chegou a agredi-la fisicamente; que em nenhum momento o acusado

desferiu golpes na cabeça da vítima (...) (depoimento de T.M.S., em juízo - f. 97/98).

d) (...) que ouviu gritos vindos da rua; que decidiu ir até o local, para averiguar o que estava acontecendo, sendo que, ao chegar, viu a pessoa de T.M.S. agarrado a Wellington José dos Santos, puxando-o para que este se soltasse de uma árvore onde estava segurando; que o depoente perguntou o que estava acontecendo, e Elias José, vulgo 'Animal', disse que Wellington tinha tentado roubar aparelhos de sua residência, e por isso ele 'iria matá-lo', e, dizendo isso, Elias José desferia pauladas na cabeça e no corpo de Wellington José dos Santos; que o depoente não concordou, e disse que iria chamar a polícia, e que ela é que deveria resolver o problema; que, nesse momento, T.M.S. pediu que o depoente chamasse uma ambulância (...); que, a respeito das agressões sofridas por Adriano dos Santos, o depoente não pode precisar, uma vez que não as viu em momento algum (...) (depoimento de Alexandre Aparecido da Silva - f. 54/54-v, no inquisitório).

(...) que o depoente ouviu barulho na porta de sua residência e foi verificar o que estava acontecendo, constatou que T.M.S., amigo do acusado Elias José, v. 'Animal', estava puxando Wellington José dos Santos, que se agarrava numa árvore, para obrigá-lo a se soltar (...); que o depoente perguntou, ainda, ao acusado Elias José, o que estava se passando, e obteve como resposta que o referido Wellington e um outro rapaz haviam entrado em sua residência para furtar; que o citado Wellington já estava muito machucado, mesmo assim o acusado queria agredi-lo mais ainda; que o depoente interveio e impediu-o; que o acusado foi embora, juntamente com T.M.S. (...)" (depoimento de Alexandre Aparecido da Silva, em juízo - f. 96).

Transcrevem-se, também, excertos dos depoimentos do acusado (ora apelado):

a) (...) que tudo começou quando o declarante teve sua casa arrombada e roubada, por três vezes, em intervalos de, mais ou menos, uma semana (...); que o declarante disse que, todas as vezes, teve pistas de quem teria entrado em sua residência para furtar, seria um rapaz numa bicicleta 'Monark' vermelha; que, da terceira vez (...), chegou, olhou pelo vidro da sala e viu Adriano, conhecido pelo vulgo 'Neném', car-

regando sua televisão, e a casa toda revirada, e o 'Camanguinha', irmão do Adriano, estava com ele no interior da residência, ajudando no furto (...); que o declarante disse que foi conversar com Adriano, querendo saber por que estava fazendo aquilo, sendo que Adriano quis falar mais alto; que Adriano estava com um ferro na cintura, o qual, provavelmente, teria usado para estourar o cadeado; que um rapaz chamado T.M.S., residente na Rua União (...), estava na esquina, sendo que escutou a discussão e foi até lá; que T.M.S. perguntou ao Adriano onde estava a televisão; que T.M.S. disse, ainda, que, se Adriano não dissesse onde estava a televisão, iria lhe dar uma paulada; que Adriano respondeu que, então, desse a paulada; que, quando T.M.S. veio até o declarante, ele estava com um pedaço de pau, que tinha arrancado da cerca; que T.M.S., então, deu a paulada na cabeça do Adriano; que Adriano caiu ao solo e desmaiou, sendo que o declarante pegou a mangueira e jogou água no rosto de Adriano, para ele acordar; que 'Camanguinha' assistiu tudo, pois estava ao lado de Adriano; que 'Camanguinha' saiu correndo e entrou dentro da casa de um vizinho; que vários populares correram atrás dele, porque ele estava roubando na casa do declarante, portanto, ao pegá-lo, bateram nele (...); que a polícia foi chamada e a ambulância também; que, por volta de oito horas da noite, não haviam aparecido nem a polícia nem a ambulância; que o declarante disse que foi até o serviço da mãe de Adriano e avisou-a do que havia acontecido, sendo que a mesma fez gestos com as mãos de que não estava nem aí (...); que, mais de onze horas da noite, a viatura apareceu e os autores do furto não foram localizados (...) (f. 13/15, no inquisitório).

b) (...) que confirma suas declarações prestadas na fase policial, que ora lhe foram lidas; que o interrogado era ex-cunhado da vítima Adriano dos Santos; que foi amásio de sua irmã e, mesmo depois que se separou dela, continuou freqüentando a casa da mãe dela, e vice-versa (...); que, no dia dos fatos, deparou-se com a vítima Adriano e o irmão dele; que eles já haviam colocado na sala um botijão de gás e separado uns outros objetos, com intuito de furtá-los; que o interrogando ponderou com eles, que não fizessem aquilo (...); que o rapaz de nome T.M.S. se aproximou da vítima e disse-lhe: 'você fica roubando do 'Animal' aí, se você não devolver o que está roubando aí, eu vou te bater'; que a vítima se limitou a dizer: 'então dá'; T.M.S., então, apanhou um pedaço de ripa, que

arrancou do alicerce do vizinho e, com ele, desferiu um único golpe na vítima, atingindo-a na região craniana (...); que o interrogando, em seguida, para reanimar a vítima, jogou água sobre o rosto dela; que ela deu sinais de que estava viva, se levantou e sentou na guia da calçada; que o irmão da vítima, com receio de T.M.S., correu, mas foi perseguido e alcançado por ele (...) (f. 72/73, em juízo).

A prova testemunhal não auxilia a acusação, e, pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo vigente Código de Processo Penal (art. 157), o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Salienta a Exposição de Motivos do CPP que

(...) todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência (item VII).

A respeito, preleciona Mirabete:

Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo CPP, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de prova, por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado (*CPP interpretado*. 5. ed., 1997).

In haec specie, a análise dos depoimentos testemunhais pode autorizar a conclusão de que o apelado foi incriminado sem prova hábil.

No processo criminal, vigora o princípio segundo o qual, para alicerçar um decreto condenatório, a prova deve ser inconcussa e indiscutível, não bastando a alta probabilidade acerca do delito e da autoria. Persistindo a dúvida,

por mínima que seja, impõe-se a absolvição, fundada no princípio *in dubio pro reo*.

O réu ser presumido inocente significa, por um lado, que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhe são imputados é da parte autora na ação penal (na ação pública, o Ministério Público), e, por outro lado, se permanecer no espírito do juiz alguma dúvida, após a apreciação das provas produzidas, deve a *quaestio juris* ser decidida em prol do réu.

Percebe-se, às claras, que, no direito processual penal, se o juiz tiver dúvidas a respeito da procedência das alegações do réu, deve absolvê-lo, ainda que não esteja plenamente convencido daquelas alegações. Em uma palavra, a dúvida não definida, quanto à matéria de fato, é sempre dirimida em benefício do réu, independentemente das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova.

A propósito, doutrina Thiago Bottino do Amaral:

O *in dubio pro reo* não é o único critério para solução de incertezas jurisdicionais, mas, antes de tudo, uma escolha política que traduz uma aproximação com a racionalidade do sistema punitivo e a constatação de que na decisão penal deve, necessariamente, estar presente a certeza subjetiva da cognição. O julgador deve estar convicto e expressar essa convicção mediante a demonstração de que os fatos empíricos imputados foram comprovados no decorrer de um procedimento impulsionado pelo cognitivismo processual, ou seja, excluindo da sua motivação qualquer espécie de valoração baseada em outra modalidade de conhecimento (AMARAL, Thiago Bottino do. *Crítérios para a ponderação no direito penal e processual penal: O aporte da teoria garantista ao debate brasileiro sobre direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004).

Ademais, determina o art. 386, inciso VI, do CPP que deve ser absolvido o réu se “não

existir prova suficiente para a condenação”. A respeito, jurisprudência assente:

Se o fato existiu, mas a prova não pode precisar o que realmente ocorreu, o réu deve ser absolvido com fundamento no art. 386, VI, do CPP, e não no inciso I do mesmo dispositivo (RJDTACRIM 22/395).

Ainda a respeito, traz-se à colação a doutrina do sempre festejado Magalhães Noronha:

Do ônus da prova. A prova da alegação incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo (*nullum crimen sine typo*) e de sua realização pelo acusado. (...) Este também tem a seu cargo o *onus probandi*. (...) Vê-se, pois, que o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que, para o acusado, basta a dúvida (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1973, p. 88-89).

Em igual sentido, a lição do jurista Fernando da Costa Tourinho Filho:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da acusação. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3, p. 214).

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Beatriz Pinheiro Caires* e *Reynaldo Ximenes Carneiro*.

Súmula : NEGARAM PROVIMENTO.

-:-:-