



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0392.06.005283-5/001 Numeração 0052835-
Relator: Des.(a) Judimar Biber
Relator do Acordão: Des.(a) Judimar Biber
Data do Julgamento: 17/03/2009
Data da Publicação: 15/04/2009

EMENTA: PROCESSUAL PENAL - LAUDO PERICIAL DE EFICIÊNCIA DE ARMA DE FOGO - SUBSCRIÇÃO - UM PERITO NÃO OFICIAL - FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUALIFICADO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - ATO REALIZADO ANTES DA NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI FEDERAL 11.690/2008 AO ART. 159 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ABRANDAMENTO DO RIGOR DA REGRA PROCESSUAL QUE JÁ VINHA SENDO OBSERVADO NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS, RATIFICADO PELO NOVEL DIPLOMA. Não padece de nulidade o laudo pericial subscrito por apenas um perito, ainda que não oficial, na medida em que a jurisprudência pátria já vinha atenuando o rigor da regra prevista nos arts. 158 e 159, ambos do Código de Processo Penal, sendo certo que o Direito Processual Penal moderno não mais se coaduna com o princípio da hierarquia entre as provas, sobretudo tendo em conta a nova redação dada ao dispositivo pela Lei Federal 11.690/90, que não mais exige a duplicidade de peritos oficiais. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - ERRO DE PROIBIÇÃO - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE. Restando comprovado o porte ilegal, voluntário e consciente de arma de fogo pelo acusado, que tinha plena ciência desta condição e da ilicitude de sua conduta, impõe-se a manutenção de sua condenação, sendo impossível simplesmente sustentar o desconhecimento de legislação amplamente divulgada em termos de conteúdo por todas as mídias. PRETENSA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE E LESIVIDADE - CRIME DE PERIGO ABSTRATO. O porte ilegal de arma, tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, expõe crime de mera conduta e de perigo abstrato, que não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para sua configuração, de modo que a só constatação já expõe lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma que é a incolumidade pública, tornando irrelevantes as evasivas do apelante acerca da munição, eis que, mesmo estando desmuniada a arma, ainda assim se mantém a condenação. PENA-BASE - DOSIMETRIA -



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REÚ QUE OSTENTA PÉSSIMOS ANTECEDENTES, A PAR DE CONTAR COM OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. Se o plexo das circunstâncias judiciais formam um cenário desfavorável e as condições preponderantes sustentam a condenação, nada há para ser revisto na pena-base aplicada. REINCIDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIA QUE PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO - INOCORRÊNCIA - DECOTE - NECESSIDADE. Não há que se falar em reincidência quando a sentença condenatória apontada pela sentença monocrática ainda encontra-se com possibilidade de recurso, na forma do art. 63 do Código Penal. PENA ALTERNATIVA - REQUISITOS. Além dos pressupostos contidos no art. 44, I e II, do Código Penal, é indispensável, para a substituição da pena corporal por restritivas de direito, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que o benefício seja suficiente. DELITO DE AMEAÇA - AUTORIA - PROVA INSUFICIENTE - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO 'IN DUBIO PRO REO'. Persistindo a dúvida, mínima que seja, impõe-se a absolvição do acusado pelo brocardo 'in dubio pro reo', mostrando-se inviável o Estado resolver as incertezas em benefício da sociedade e contra o réu, porque o cenário de dúvida razoável deve ser resolvido em seu favor, de modo a impor-se a absolvição. Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0392.06.005283-5/001 - COMARCA DE MALACACHETA - APELANTE(S): JOSÉ ROBERTO ALVES TEIXEIRA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JUDIMAR BIBER

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª 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, EM PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 17 de março de 2009.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. JUDIMAR BIBER - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. JUDIMAR BIBER:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal, contra a sentença de primeiro grau que condenou o apelante JOSÉ ROBERTO ALVES TEIXEIRA como incurso nas sanções do art. 14 da Lei Federal 10.826/2003 e art. 147 do Código Penal, impondo-lhe, pelo primeiro delito, a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, e, pelo segundo crime, 5 (cinco) meses de detenção.

Em virtude da reincidência, foi imposta ao réu o regime inicial fechado.

Entendendo ausentes os requisitos legais, o culto sentenciante indeferiu ao réu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em suas razões recursais de fls. 167/179, argüi a defesa, como preliminar, a nulidade do auto de eficiência, por ter sido realizado por duas pessoas leigas, servidores estaduais lotados na Delegacia de Polícia, contrariando o art. 159, caput e § 1º do Código de Processo Penal e trazendo prejuízo à defesa, mormente porque assinado apenas por um dos peritos leigos, a par de serem impróprias para o tipo de arma as munições apreendidas com o apelante, inclusive de dois calibres diferentes, demonstrando a imprestabilidade do laudo de eficiência. No mérito, aduz que, com o plebiscito, houve reprovação à proibição da fabricação de armas e munições, com autorização da aquisição e propriedade, revogando a Lei Federal 10.826, incorrendo o apelante em erro de proibição. Afirma, ainda, que não trouxe a conduta do acusado qualquer ofensa à incolumidade pública, uma vez



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

que não se encontrava embriagado, brigando com quem quer que seja, mostrando a arma, ou mesmo que estivesse a mesma carregada, podendo ser caracterizada sua conduta como culposa, mesmo porque, carregada a arma em local de difícil acesso, configurando apenas a posse. Alternativamente, requer a redução da pena que lhe foi imposta pelo delito de porte ilegal de arma, ao argumento de se tratar de agente primário, analfabeto, a par de ter confessado espontaneamente a conduta. Pleiteia, ademais, a baixa dos autos em relação ao delito de ameaça à justiça competente, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, ou mesmo a absolvição, ante a inexistência de testemunha presencial, estando a condenação fundada apenas nas palavras da vítima, devendo ser aplicado o brocardo *in dubio pro reo*. Quanto à pena, pede a aplicação do art. 25 do Código de Processo Penal e 66 do Código Penal. Busca, também, a substituição da pena por prestação de serviços comunitários.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado às fls. 182/199.

Nesta Instância Revisora, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e desprovimento do apelo no mérito (fls. 202/206).

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, uma vez presentes os seus requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Preliminarmente, argüi a defesa a nulidade do auto de eficiência, por ter sido realizado por duas pessoas leigas, servidores estaduais lotados na Delegacia de Polícia, contrariando o art. 159, caput e § 1º do Código de Processo Penal e trazendo prejuízo à defesa, mormente porque assinado apenas por um dos peritos leigos.

O art. 159 do Código de Processo Penal, antes de sofrer a alteração trazida pela Lei Federal 11.690/2008, determinava a realização do



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

exame de corpo de delito por dois peritos oficiais, encontrando a ressalva contida no § 1º do mesmo dispositivo, para a hipótese de inexistência de peritos oficiais.

Com o advento da referida Lei 11.690/08, não mais existe a obrigatoriedade de duplicidade de peritos oficiais.

Ocorre que a produção da prova deu-se antes da vigência do citado Diploma Legal, e, como sabido, vigora no processo penal o princípio *tempus regit actum*, sendo certo que o entendimento expresso na súmula 361 do Supremo Tribunal Federal há muito estava superado pela doutrina e jurisprudência pátrias, ao entendimento de se exigir a assinatura de dois profissionais apenas quando não se tratassem de peritos oficiais, aceitando-se o laudo elaborado por um só expert, devidamente compromissado, se se tratasse de funcionário público, como no presente caso, em que o subscritor do laudo é um Agente de Polícia.

Com efeito, trata-se de pessoa hábil no manejo de armas e na comprovação da funcionalidade das mesmas, tornando despicienda a atuação de outro profissional para conferir validade às conclusões do trabalho técnico, inexistindo qualquer irregularidade de que cuidar.

Diz ainda a defesa serem impróprias para o tipo de arma as munições apreendidas com o apelante, inclusive de dois calibres diferentes, demonstrando a imprestabilidade do laudo de eficiência, no entanto, a rejeição da preliminar se impõe pela só verificação de que a matéria suscitada não é afeta à defesa processual, mas de mérito da ação penal proposta.

A pretensão de nulidade pela defesa não tem o menor cabimento, já que a agitada ineficiência ou ausência de potencialidade lesiva da arma não é defesa processual capaz de sustentar a desatenção ao devido processo legal, ou a amplitude da defesa produzida, mas, tão-somente, passível de correção nas vias processualmente admitidas.

Assim, rejeito a preliminar.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

No mérito, aduz o recorrente que, com o plebiscito, houve reprovação à proibição da fabricação de armas e munições, com autorização da aquisição e propriedade, revogando a Lei Federal 10.826/2003, incorrendo o apelante em erro de proibição.

Mais uma vez se equivoca a combativa defesa.

Segundo regra contida no artigo 2º, da LICC:

Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Como se vê, apenas a lei pode revogar outra lei, e não a vontade popular declarada em um plebiscito, como sustenta o apelante.

Em outras palavras, seria dever da sociedade lutar pela mudança de alguma lei, pela sua revogação total, mas enquanto isso não acontece, o texto da lei deve ser aplicado aos seus infratores.

Feitas estas considerações, descabido torna-se o argumento do réu de ocorrência de erro de proibição em sua conduta, por acreditar que tinha legitimidade para portar arma de fogo.

Na verdade, o Estatuto do Desarmamento foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação do país, seja pela via escrita, seja oral, seja televisiva, atingindo até mesmo a população das mais distantes cidades, expondo as condições restritivas contidas na norma de contenção a justificar a assertiva de que o suposto desconhecimento da proibição não tem qualquer sustentação possível.

Nas lições de Francisco Toledo:

A consciência da ilicitude, no entanto, não se trata de juízo técnico-jurídico, que não se poderia exigir do leigo, mas sim, de um juízo profano, um juízo que é emitido de acordo com a opinião comum dominante no meio social e comunitário. Daí a denominação de "erro



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

de proibição", ou "erro sobre o estar proibido", para designar esta forma muito especial de erro ou ignorância que se traduz numa espécie de cegueira para com os preceitos fundamentais de convivência social que chegam necessariamente ao conhecimento de todos e cada um, na maioria dos casos, através dos usos e costumes, da escola, da religião, da tradição, da família, da educação e até mesmo juntamente com o ar que se respira, numa bela metáfora de Binding (In, "Erro de Tipo" - Editora Saraiva - p. 291)

Se o acusado voluntária e conscientemente portava a arma que foi apreendida pela via pública, torna-se indefensável a pretensão sustentação de erro de proibição, mormente porque tal conhecimento foi amplamente divulgado pela mídia escrita e falada, impondo-se a manutenção da condenação, seja também pela sua condição pessoal, inclusive já tendo sido processado e condenado em 1º grau pelo mesmo crime.

Afirma, ainda, o apelante, que não trouxe, com sua conduta, qualquer ofensa à incolumidade pública, uma vez que não se encontrava embriagado, ou brigando com quem quer que seja, ou mostrando a arma, não havendo prova de que estivesse esta carregada, podendo ser caracterizada sua conduta como culposa, inclusive porque portada a arma em local de difícil acesso, configurando apenas a posse.

Para a configuração do crime descrito pelo tipo do art. 14 da Lei Federal 10.826/03, basta, tão-somente, o porte da arma sem a devida autorização, pois tal conduta já se subsume ao delito da lei em comento e quaisquer que fossem as considerações que se pudessem fazer sobre a arma de fogo, o laudo pericial de fls. 20 dos autos constata sua eficiência.

De certo que não desconheço o precedente firmado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, onde o Min. Sepúlveda Pertence, juntamente com o Min. Cezar Peluso, à luz do tema, teriam contrariado o posicionamento da Min. Ellen Gracie, no sentido da irrelevância da condição da arma e do fato de estar desmuniada na hipótese do porte (STF - HC 81.057-SP - DJU 29.04.2005 - p. 30).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Destaco que a análise do tema à luz do porte foi suscitada exatamente porque a imposição penal, segundo o voto majoritário produzido, exigiria potencialidade lesiva, ou potencial danosidade, de modo a justificar o afastamento da tipicidade pela ausência de tais condições, e inexistência de dano real à objetividade jurídica tutelada.

No entanto, não posso deixar de observar que as ponderações sobre o porte de arma não eficiente ou desacompanhada de munição, que pode ser estendido ao porte de munição desacompanhada da arma, não se justificariam à luz dos argumentos sustentados no voto majoritário produzido no Supremo Tribunal Federal, em que pese a ousadia da assertiva, porque aquelas considerações não seriam condizentes com a realidade das coisas e desafiaria aquele que não se sentisse acuado diante de uma pessoa ostensivamente armada em plena via pública.

Muito embora a maioria da doutrina venha se posicionando contrário à integração típica no fato de portar arma que não apresente eficiência e até mesmo de arma desmuniçada quando os projéteis não estejam às mãos do agente, o que vejo na prática é que a suposta ausência de potencialidade lesiva declinada pela maioria da doutrina não se sustenta, muito menos sustentaria a inexistência de danosidade real porque o porte do próprio objeto já produz a lesão esperada pelo legislador na paz e tranquilidade pública e desafiaria aquele que pretenda desqualificar a assertiva pela só hipótese de adentrar ambiente público em que haja indivíduo desconhecido e armado.

Mas o fato é que não conseguiria sustentar a atipicidade da ação, pedindo escusas pela ousadia e aos que pensem de modo diverso, por entender que o delito de porte de arma é de mera conduta, não exigindo efetiva exposição a risco, pelo só risco representado pelo objeto bélico, de modo a tornar desimportante a avaliação da potencial lesividade da arma, ou mesmo a existência de munição próxima, como condição para subsumir a ação ao tipo penal objetivo, sendo suficiente o porte da arma sem autorização, para que o crime se exaurisse.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Por isso mesmo tenho afirmado que o simples porte de arma ou munição eficiente em via pública, como é o caso do apelante, já seria bastante à caracterização do tipo penal incriminador, derivando da própria condição do artefato e da imposição proibitiva da norma o perigo à coletividade, expondo crime de perigo abstrato e de mera conduta, cuja caracterização não exige, portanto, a ocorrência de real resultado naturalístico nocivo para sua concretização.

E a posição minoritária do ilustrado voto produzido no Supremo Tribunal Federal, encontra tranqüila manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, senão vejamos:

HABEAS CORPUS - PENAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO - ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO) - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ATIPICIDADE - INEXISTÊNCIA - PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO - DISPOSITIVO LEGAL VIGENTE - 1. Malgrado os relevantes fundamentos jurídicos esposados na impetração, diante da tese adotada por este tribunal em caso análogo - Concernente ao porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, cuja potencialidade lesiva é, em princípio, equivalente, uma vez que em nenhuma das hipóteses se vislumbra perigo concreto, mas apenas abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma -, não há como considerar atípico o porte de munição. 2. Não obstante o entendimento da corte suprema, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003 - Estatuto do desarmamento - Dispôs inteiramente sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, definindo claramente a conduta praticada em tese pelo paciente. 3. Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para o pretendido trancamento da ação penal. 4. Ordem denegada. (STJ - HC 200601611962-(63354 SC) - 5ª T. - Relª. Min. Laurita Vaz - DJU 18.12.2006 - p. 443)

Logo, com todo o respeito que mereça a posição defendida pela defesa, não vejo como seja possível acatar a tese absolutória, também sob este aspecto.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Também não vejo como se sustente a alegada desclassificação para o delito de posse de arma, ou mesmo o reconhecimento da conduta culposa, esta sequer prevista pelo tipo, desmerecendo maiores considerações.

Ora, provado restou, à saciedade, que o recorrente, consciente e voluntariamente, portava sua arma em plena via pública, inclusive tendo ameaçado duas vítimas com a arma em questão, tornando-se irrelevante o fato de o artefato ter sido encontrado dentro do tênis do mesmo, que não conseguiu esconder seu nervosismo quando abordado pelos policiais, tendo plena ciência da ilicitude de sua conduta.

Alternativamente, requer o recorrente a redução da pena que lhe foi imposta pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, ao argumento de se tratar de agente primário, analfabeto, a par de ter confessado espontaneamente a conduta.

Vê-se da sentença de fls. 137/150 e da rama dos presentes autos, que o culto sentenciante foi coerente ao dosar a pena-base em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo, seja a corporal, seja a de multa, analisando aquilo que deveria considerar no processo global de dosimetria, atendendo ao comando dos art. 59 do Código Penal.

Deixo consignado que de modo invariável e com raríssimas exceções, as imposições penais vem sendo fixadas sem maiores preocupações em termos de conteúdo e das diretivas rigidamente fixadas pelo art. 59 do Código Penal, inclusive neste próprio Tribunal.

A falta de prestígio às decisões produzidas dentro das condições que seriam flexíveis o suficiente para justificar uma imposição dentro de parâmetros mais ou menos balizados, acaba por criar uma idéia de que o sério momento da fixação da pena deva ser presidido por condição absolutamente fora de parâmetros condicionais legalmente fixados.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O que é ainda pior; o subjetivismo que está atrelado às condições delineadas na legislação e o lineamento maquinal pretendido pelos Tribunais e pela grande maioria dos magistrados suscitarão até mesmo as condições pelas quais, na maioria das vezes, pouco ou muito pouco se explora as condições dos autos para se lastrear a pena.

O que vejo de pior em tudo isso é o fato de que muitas das condições declinadas pelas decisões produzidas a justificarem a reprimenda a ser fixada, sejam nas sentenças, sejam nas decisões deste Egrégio Tribunal ou de outros, estão atreladas a malsinadas súmulas que pretendem balizamento do que não é balizável, porque a norma legal jamais teve como razão teleológica tal balizamento, mas tão somente cancelar a amplitude de ambas as medidas de reprovação escolhidas, a suficiência e a prevenção.

Certo é que a consolidação circunstancial de diretivas legais específicas na fixação da pena-base representou a vitória do puro arbítrio defendido pela escola clássica e tão aplicada por tantos, em contraposição às idéias positivistas que buscavam algum parâmetro de certeza a justificar a imposição penal, cujo lineamento constitucional atual além de exigir-lhe fundamento, suscita a real necessidade de sua individualização a cada um dos indivíduos.

Fazendo considerações sobre a importância das condições do art. 59 c/c art. 68 do Código Penal, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, declina:

Trabalho, fundamentalmente, dogmático, de real importância, em alguns pontos, de jurisprudência divergente. Todavia, costume dizer, os artigos mencionados constituem a grande janela do Direito Penal para o mundo. A individualização da pena, quando o labor do juiz não for meramente burocrático, é o grande roteiro para a sanção penal ser aplicada materialmente, ou seja, não se reduzir o mero cálculo, mais do que tudo satisfação formal do magistrado para encerrar sentença condenatória. (Publicada na RJ nº 254 - DEZ/1998, pág. 29)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Não obstante, o culto Ministro concluir logo em seguida, que a atividade jurisdicional é liberta até mesmo dos parâmetros da cominação legal, defendendo sequer a inexistência de condições vinculativas.

Discorrendo sobre o tortuoso tema, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, Hidemberg Alves da Frota, afirma:

Para o magistério de Junqueira e Marques, apoiado no Direito Constitucional Penal, a finalidade da pena de reprovação do crime, prevista no art. 59, caput, in fine, do Código Penal brasileiro, traduz o "limite para a pena, com base na culpabilidade do infrator" 77, ao passo que a finalidade da pena de prevenção do crime, contida no mesmo dispositivo legal, se cinge à prevenção geral positiva - "reforçar a confiança na vigência da norma e na manutenção das expectativas sociais, ainda que tal prevenção deva encontrar limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição" 78 - e à prevenção especial positiva - recordam os autores que, segundo preceitua o art. 1º, 2ª parte, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, a execução penal deve "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado".

E conclui:

Ao sopesar os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução da sanção penal, o julgador deve conferir primazia (peso maior) à necessidade (ressaltada amiúde pela jurisprudência penal portuguesa e pelo magistério de Jorge de Figueiredo Dias) de tutela dos bens jurídicos violados e de se estabilizarem, de forma contrafática, as expectativas da sociedade na vigência das normas jurídicas ofendidas, de modo que, respeitada a barreira intransponível da culpabilidade, a punição penal contenha (sirva de última barreira de contenção de) o ímpeto extra-estatal (da sociedade, da vítima e dos afetos de sua alma) de praticar a vingança, de arrogar para si a incumbência de "fazer justiça" à sua maneira. (ob.cit.)

Flávio Gomes sustenta:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, nunca nosso legislador (até 1984) havia se posicionado (explicitamente) sobre as finalidades (ou funções) da pena. No âmbito dogmático (teórico), com certa tradição, (quase) sempre nossos doutrinadores mantiveram-se filiados às teorias ecléticas (ou mistas, ou de união ou unitárias), que unificam as idéias de retribuição (ao mal do crime o mal da pena) e prevenção, tanto geral (ameaça a todos para que não venham a delinquir) como especial (evitar que o criminoso volte a delinquir).

Esse posicionamento doutrinário acabou tendo influência no Código Penal brasileiro vigente, que parte - como não podia ser de outro modo - de um elementar retribucionismo, ao estabelecer como critério punitivo reitor do sistema a imposição da pena justa e merecida, isto é, da pena proporcional à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor.

Sem esquecer, desde logo, que a proporcionalidade da reação ao delito acomoda-se, também, às exigências preventivo-gerais (a pena mais eficaz é, precisamente, a pena proporcionada): justiça e proporção constituem os pilares de uma concepção retributiva.

De qualquer forma, não é válida a conclusão de que nosso Código siga o sistema retributivo puro. Admite-o como ponto de partida, mas não se orienta pelo retribucionismo inflexível (ou kantiano). O juiz conta com relativa maleabilidade no momento da fixação da pena (CP, art. 59) (embora flexibilidade ou discricionariedade não signifique arbitrariedade), e numerosas instituições desmentem as exigências lógicas derivadas das teorias absolutas ou retribucionistas. Isso significa, por conseguinte, que a resposta penal nem sempre pretende ajustar-se exclusivamente à gravidade objetiva do fato e à culpabilidade do seu autor.

A Constituição brasileira de 1988 não se posicionou expressamente sobre o tema. Mas, como contemplou as vigas mestras de um modelo de Estado que se caracteriza por ser constitucional e democrático de Direito, não há dúvida que dos seus princípios, regras e valores



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(justiça, liberdade, segurança, dignidade da pessoa etc.) podemos inferir importantes limites à intervenção penal. (Publicada no Juris Síntese nº 59 - MAI/JUN de 2006)

Tantos outros discorrem sobre o tortuoso tema, a exemplo do catedrático Italiano Élio Morselli a lançar luzes a respeito dos objetivos da reprimenda penal, ao firmar:

As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como "efeitos induzidos", ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da punição; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma, mas que visa o mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutralizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intra-psíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva. (Publicada na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 03 - AGO-SET/2000, pág. 5)

E remata:

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um malum actionis, considerando, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intra-psíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de justiça e nem a consciência jurídica-social, encontrarão a necessária satisfação e consolidação. (ob.cit.)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Há mesmo quem venha sustentando o critério puramente matemático a dar lastro à certeza da imposição penal, a exemplo de Paulo Fernando Bacellar Bittencourt, das posições adotadas por alguns julgados deste próprio Tribunal em relação às qualificadoras do furto e de tantos outros.

A posição que tenho, no entanto, seguido, parece mais se aproximar à defendida pelo Min. Ruy Rosado Aguiar, que afirma:

A individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos. A boa individualização judicial depende de o juiz ter-se preocupado, durante a instrução do feito, com a colheita e o registro dos elementos que serão necessários para a posterior definição da pena. (Publicada na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 03 - AGO-SET/2000, pág. 24)

E remata:

Por fim, vale lembrar a lição do Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: o trabalho dogmático de aplicação da pena não se esgota na singela obediência aos preceitos legais brevemente enumerados neste trabalho; é, principalmente, "uma operação de realização do Direito". A conclusão a que chega o juiz, com a pena definitiva, deve ser a expressão da justiça do caso, para o que o cumprimento da técnica ordenada pela lei serve apenas como instrumento da realização dessa finalidade. A pena, dizia o Des. TELMO JOBIM, que durante anos orientou a jurisprudência criminal no Rio Grande do Sul, deve ser pensada a partir da cumeeira. (ob.cit)

Isso porque após muito meditar sobre as considerações que se fazem a respeito do tema, avaliar e reavaliar minha própria posição a respeito, a única conclusão que me pareceu realmente óbvia e é aceita por todos de modo indistinto é o que não há uma real medida de imposição mínima capaz de satisfazer aos pressupostos diretivos da reprimenda penal, reprovabilidade e prevenção, e que a questão revela



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

condições muito mais complexas do que a só avaliação de uma ou outra circunstância judicial existente, suscitando não apenas a verificação do plexo de todas elas, a avaliação daquelas preponderantes para cada caso e o meio social existente, além das condições históricas, sociológicas e criminológicas, tão próprias de cada uma das gerações.

Seja como for, existam ou não as condições acima, tenho aqui defendido a idéia de que a escolha da pena a concretizar não pode ser trabalho maquinal ou direcionado, sob pena, inclusive, de se dissociar da garantia constitucional da individualização da pena, defesa que muitos têm interpretado como elemento condicionante de minha tendência retributiva pura e inata, ou de tenha eu alguma predisposição contra os pobres condenados, o que, obviamente, não aceito como argumento válido para que se deixe de avaliar cada uma das hipóteses que me são apresentadas e decline a pena que entenda mais justa para cada caso.

Como tantos outros, jamais imaginei que o modelo de execução penal pela segregação, aplicado nesta imensa nação e em tantas outras se mostrasse realmente produtiva em termos de ressocialização e não sou eu o único a constatar a mazela.

Diria mesmo que quaisquer considerações que se pudessem fazer a respeito de tais modelos estariam fadadas ao completo insucesso pela só constatação de que qualquer que fosse o modelo de imposição penal estudado ao longo dos último cinco milênios, jamais houve um que pudesse prevalecer sobre outro, ou que se impusesse pelos só resultados derivados do caminho.

E a constatação não é minha, se não vejamos o que diz o catedrático Italiano Élio Morselli, acima citado, sobre as considerações teóricas da "ideologia de tratamento", que buscam avidamente a ressocialização nos países mais desenvolvidos:

A maior parte dos sistemas legislativos de tipo ocidental sofreu, assim, a influência daquela que sucessivamente foi denominada de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"ideologia do tratamento". Se é verdade que o legislador não pode abdicar do direito de punir, e, por conseqüência, da pena como sanção a ser infligida ao réu, é igualmente verdade que ele se preocupou, de vários modos, em fazer com que a execução da pena não se constituísse num fim em si mesma, mas fosse finalista, e, por conseguinte, realizada através de toda uma série de medidas e de procedimentos de tipo ressocializador, ou, como se costuma dizer, reeducativo. O art. 27, da Constituição italiana, promulgada nos primeiros anos do pós-guerra, diz expressamente: "As penas devem tender à reeducação do condenado". Esta ressocialização e reeducação conseguiu alcançar, em muitos casos, a fisionomia de um tratamento terapêutico e, mais precisamente, psicoterapêutico. E é importante relevar que tal tratamento se dirige não tanto aos sujeitos inimputáveis - isto é, aos enfermos ou semi-enfermos de mente -, mas sim, "àqueles declarados, em juízo, plenamente capazes de entender e de querer e, portanto, plenamente imputáveis".

Deve-se dizer que muito tem sido feito, em tal sentido, nas últimas décadas. Na Itália, criou-se uma nova ordem penitenciária, através da qual se procurava dar a máxima importância a tais diretrizes da política criminal. Surgiram também institutos para a observação e tratamento do delinqüente, entre eles, em primeiro lugar, o de Roma-Remibbia. Foram efetuadas numerosíssimas pesquisas científicas, e surgiu uma série de publicações esmeradas e dignas de todo o respeito. Uma importante revista intitulada Cadernos de criminologia clínica, tomou-se o órgão científico de direção geral dos institutos de prevenção e pena do Ministério de Justiça italiano. Análogas atividades surgiram em outros países, sobretudo nos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega), na Alemanha, na França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, e outros.

Durante anos, os resultados de tais pesquisas foram debatidos em toda série de congressos internacionais, sobretudo os promovidos pela Associação Internacional de Direito Penal, pela Sociedade Internacional de Criminologia, pela Sociedade de Defesa Social e pela Fundação Penal Penitenciária, além da Organização das Nações Unidas.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Mas, no decorrer dos anos setenta, tomou-se evidente, como balanço, estarem todas essas tentativas muito aquém das expectativas. Não obstante os esforços empreendidos, o nível da delinqüência, longe de regredir, estava aumentando. Até mesmo onde foram feitas as maiores tentativas terapêuticas, o próprio fenômeno da reincidência não só não diminuiu, como estava aumentando.

Rapidamente, passou-se, então, da euforia para a desilusão. A ideologia do tratamento foi definida por muitos como uma utopia, a tal ponto que mais de um autor (como BETTIOL, na Itália, e ALF ROSS, na Dinamarca), chegavam a falar em "mito da reeducação".

Contrariamente, os defensores da eficácia do tratamento sustentavam que os fracassos deviam ser imputados ao fato de tal tratamento não ter sido aplicado corretamente e com a abundância de meios que se faziam necessários, e que, por conseqüência, longe de decretar a sua falência, o legislador deveria ulteriormente incentivá-lo.

Resta, todavia, o fato de que, neste íterim, e não somente por causa deste fracasso, o problema das causas profundas da criminalidade, e, portanto, da procura de meios e de métodos para combatê-la, tem se revelado muito mais complexo e de difícil solução de todo o quanto fora inicialmente previsto. (ob.cit.)

Se é necessário prevenção contra as minhas considerações, ou contra as penas que tenho declinado justas, não saberia dizer, apenas digo que sou um dos mais árdus defensores da estrita legalidade penal como meio para a solução justa dos conflitos desta natureza, goste ou não do resultado que deles possam derivar.

Tenho afirmado que, a só existência de razões sociológicas, axiológicas, ou doutrinárias, não justificariam o afastamento do tipo penal legislado, mesmo porque ao Juiz, ainda que não concorde com o conteúdo normativo latente na norma de proibição ou de orientação e com ele não se alinhe intimamente, não se confere o poder de subtrair-se do ordenamento jurídico, se não nas hipóteses



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente.

Diria mais, que os aspectos metajurídicos a condicionar a tipicidade, como justificativa para o afastamento do tipo penal, ou mesmo a aplicação do direito penal alternativo, mínimo, máximo, ou de qualquer natureza, sugeridos como institutos existentes no direito penal brasileiro, pressuporiam a existência de norma penal a lhe dar sustentação material, mormente quando a Constituição Federal tenha por base o modelo de distribuição de competências rígidas que são acometidas aos três poderes que ainda devem manter harmonia e independência entre todos.

Tenho alertado que a vingar a visão utilitarista da possibilidade de desqualificação da norma de orientação impositiva, por certo não haveria fundamento para dar efetividade a uma série de políticas criminais suscitadas em virtude das mesmas razões, no entanto, não foi conferido ao Poder Judiciário discricionariedade na aplicação da lei penal, se não lhe foi imposta a estrita legalidade como princípio de atuação, muito menos lhe foi acometido o poder de avaliar, ou reavaliar as políticas declinadas pelo Poder Legislativo a conduzirem a fixação da pena, e diria que somente no Legislativo seria o local próprio para a discussão e a rediscussão a respeito do próprio conteúdo normativo e das condições sociais e criminológicas a suscitarem a tipicidade penal ou a orientarem a sua imposição, porque de outro lado estaria o Juiz criando uma grave deformação ao ordenamento jurídico hodierno.

São por estas mazelas, que tenho alardeado a necessidade de maiores aprofundamentos sobre os aspectos mais imediatos a sustentarem as ponderações metajurídicas ou axiológicas a subtraírem a tipicidade penal, porque os próprios subterfúgios utilizados estão a inviabilizar qualquer tipo de contenção do julgador na avaliação da norma de proibição e da imposição penal porque o elastério hermenêutico sugerido pelo afastamento conduz à idéia de que toda decisão jurisdicional, até mesmo no âmbito estrito do Direito Penal, estaria condicionada aos alinhamentos e tendências internas de cada Juízo,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

sustentando a idéia de que a imposição penal independeria da própria norma de contenção, o que nos remete à reflexão de que muito pouco adiantou as constatações seculares a respeito da necessidade de limitação do Poder Real que foi substituído pelo modelo de representação legislativa e de divisão tripartite de poderes, porque ao final, se o Poder Judiciário simplesmente se furta à legislação ou à política legislativa fixada para aplicar modelos metajurídicos, por certo que os julgamentos seriam tão arbitrários daqueles de antanho, já que a própria jurisdição independeria de lei ou regra e resultaria das predisposições internas, ou mesmo do capricho de cada julgador.

Estivéssemos diante de modelo constitucional diverso e certamente as ponderações aqui expendidas seriam de todo inadequadas, porque em modelos outros a jurisdição é o caminho para a própria imposição legal.

Mas até que adotemos tais modelos, ficarei assombrado com as ponderações declinadas a afastarem a avaliação circunstancial do art. 59 do Código Penal como elemento de orientação da pena-base.

São por estes motivos que, com o ordenamento jurídico atual, espanta-me vislumbrar a ausência de comprometimento do aplicador da lei com a própria norma de contenção, porque, suponho ele, limitado à mesma lei que obriga a todos e da qual o art. 5º, caput, da Constituição Federal, obriga a linear em igualdade formal, de modo que até que venha modelo constitucional diverso, tenho aceitado como justa a idéia de que preferível a aplicação da legislação penal positiva, ainda que vacilante, ao arbítrio jurisdicional completo.

Mas o que tenho assistido são vozes autorizadas a desqualificarem até mesmo os elementos circunstanciais previstos no art. 59 do Código Penal como condicionantes para a fixação da pena, condição circunstancial que parece ser admitida pela douda sentença hostilizada, o que me causa maior espanto porque como tenho afirmado alhures, a prevenção ao crime e a reprovação ao indivíduo, declinadas no art. 59 do Código Penal, como elementos orientadores da imposição da pena, estão sendo colocadas de lado pelo próprio



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

aplicador da lei, ao pretenderem um lineamento das circunstâncias judiciais a forçar um maior ou menor Juízo de reprovabilidade da ação, mesmo porque cada comunidade e cada condição de realidade que se possa extrair do mundo fenomênico é naturalmente diversa em termos culturais, em termos de desenvolvimento, em termos econômicos, bastando fazer uma pequena comparação entre os diversos lugares para chegarmos a tais conclusões.

A só diversidade já justificaria a idéia de que para cada lugar há uma medida de suficiência e certeza na prevenção e reprovação da conduta de modo a justificar condições de maior, ou menor reprovabilidade decorrente da ação.

Tal constatação ganha vulto no fato de se pretender desqualificar condições circunstanciais como elementos de orientação da fixação da pena, tal qual se extrai de algumas condições suscitadas pelo digno Juízo, como que apregoando uma latente desobediência legal, sem qualquer outro critério que a substitua, o que por certo geraria menos trabalho e até mesmo menores ponderações a respeito.

De outro lado, as ponderações no sentido de que as avaliações não teriam sustentações científicas plausíveis, tal qual sustentado na decisão, não atentam para o fato de que a só ausência de parâmetros legalmente admitidos criaria um real arbítrio na escolha da pena-base a fixar, interferindo diretamente na política criminal delineada pelo Poder Legislativo, o que obviamente não seria questão passível de verificação ou avaliação jurisdicional e são por estas razões que a exposição de motivos do Código Penal assim avalia a questão:

As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão "culpabilidade" em lugar de "intensidade do dolo ou grau de culpa", visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para "reprovação e prevenção do crime". Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

Daí porque diuturnamente venho sustentando que o aplicador penal não está absolutamente livre na aplicação da pena-base porque as condições do art. 59 do Código Penal lhe impõe baliza específica. Daí porque tenho afirmado que a escolha da pena a concretizar não pode ser trabalho maquinal ou direcionado como querem tantos, sob pena, inclusive, de se dissociar da garantia constitucional da individualização da pena tornando contraproducente suscitar condições objetivas específicas de verificação como hipóteses capazes de aumentar ou diminuir a pena imposta, em função do conjunto de todas as circunstâncias que preponderarem para mais ou para menos para cada caso, cujo conteúdo deve ser avaliado no meio social em que foi lançada a sentença. Daí porque tenho afirmado que não pode o Juízo simplesmente se furtar à realidade que emerge do processo para cancelar a imposição conflitante com a análise a ser realizada.

E as conclusões, me parecem óbvia, uma vez que o Juízo realize a análise e decline os motivos, fica vinculado às razões objetivas que conduziram à escolha da pena, de modo que o descompasso entre a motivação e a conclusão, conduz a uma colisão lógica entre os motivos determinantes avaliados e a pena concretizada, lesionando a própria diretiva que lhe foi fixada de forma vinculada, de modo a tornar a própria imposição contrária à legalidade esperada.

São também por estes motivos que não aceito a idéia de que qualquer



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

avaliação desmotivada que se fizesse acerca da pena imposta acima do mínimo mereceria diminuição imediata, como parecem defender alguns, menos ainda que se justificasse a idéia de que a pena mínima seja condição necessária em função das condições de seu cumprimento, porque suponho não ser cego à realidade que emerge dos autos, o que propiciaria condições de verificar, dentro das condicionantes legalmente previstas, se a imposição penal trifásica se mostra escorreita, benéfica, ou até mesmo maléfica.

No caso, a Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 131/133 demonstra que o réu é portador de péssimos antecedentes, o que, somado às demais circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, tais como, conduta social inadequada, motivo vil e graves conseqüências, como expressamente proclamado no decisório recorrido, justificam a pena-base acima da mínima, como procedido em 1ª Instância.

É que das quatro circunstâncias analisadas, dentro das oito possíveis, todas desabonaram o réu, a conduzir a uma imposição penal que só poderia ser fixada acima da média.

Anoto, por oportuno, que ao contrário do entendimento esposado por muitos, não me alinho à tese de que seja possível afastar os antecedentes criminais do réu pelo fato de não haver indicação de sentença condenatória com trânsito em julgado.

A questão suscitada envolve real celeuma instalada nos Tribunais a respeito do que se deva considerar por antecedentes criminais, o que tem gerado nos Juízos de 1º Grau uma enorme perplexidade sobre o tema.

A perplexidade se instalou pela reiterada decisão do Superior Tribunal de Justiça firmando que a só existência de inquéritos policiais, ou processos instalados contra o réu não conduziria a uma situação de maus antecedentes, porque o reconhecimento nestas circunstâncias violaria a presunção de inocência, conduzindo a uma exacerbação imprópria.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Após uma breve verificação da matéria, observei que o tema foi objeto do julgamento no Supremo Tribunal Federal, quando do Habeas Corpus nº 68.465-DF, cujo Relator foi o notável Min. Celso de Melo (DJU 21.02.1992, p. 2.694), que, dando interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, suscitou a impossibilidade da subsistência de indicação de inquéritos e processos criminais contra o réu, sem que tenha havido trânsito em julgado da decisão, como elemento apto a gerar maus antecedentes, em face do princípio da não culpabilidade declinado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Na mesma linha de argumentação o Min. Cezar Peluso, o Min. Gilmar Mendes e o Min. Marco Aurélio, quando da análise da Ação Originária 1.034-RR.

No entanto, em sentido contrário, o não menos notável Min. Maurício Correa, no julgamento do Habeas Corpus 81.759 (DJU 25.08.03), o Min. Moreira Alves e o Min. Néri da Silveira, no julgamento do Recurso Extraordinário 211.207-1 (DJU 06.03.1998), firmaram que até mesmo o inquérito policial poderia ser considerado para fins de maus antecedentes, tudo dentro do prudente arbítrio do Juízo, não suscitando, portanto, qualquer lesão à presunção de inocência.

Na linha desta manifestação já se pronunciaram o Min. Joaquim Barbosa, a Min. Ellen Gracie, o Min. Nelson Jobim, o Min. Carlos Velloso quando do julgamento da Ação Originária 1.034-RR (DJU 28.05.04, p. 04), além do Min. Ricardo Lewandowski, Min. Carmem Lúcia e Min. Carlos Britto quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 604.041-7-RS (DJU 03.08.2007), cujo conteúdo transcrevo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNÇÃO PRECÍPUA DO STF. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES PARA FIXAÇÃO DA PENA. NÃO OFENDE AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Inexistência de argumentos capazes de afastar as razões expendidas



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

na decisão ora atacada, que deve ser mantida. II - O Supremo Tribunal Federal deve, ante sua função precípua de guardião da Constituição, julgar se o acórdão recorrido deu ao texto Constitucional interpretação diversa da adotada pela Corte. III - Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade. IV - Agravo regimental improvido. (STF - 1ª T. - p. 1.455)

Na mesma Turma:

PROCESSUAL PENAL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - FUNÇÃO PRECÍPUA DO STF - INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO - MAUS ANTECEDENTES PARA FIXAÇÃO DA PENA - NÃO OFENDE AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO - I - Inexistência de argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. II - O Supremo Tribunal Federal deve, ante sua função precípua de guardião da Constituição, julgar se o acórdão recorrido deu ao texto Constitucional interpretação diversa da adotada pela Corte. III - Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade. IV - Agravo regimental improvido. (STF - AI-AgR 604041 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJU 31.08.2007 - p. 00030)

Na mesma linha de orientação o recente julgamento partido da 2ª Turma, do Habeas Corpus 95.585-SP, da relatoria da Min. Ellen Gracie, constante do informativo 528 do Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo transcrevo:

MAUS ANTECEDENTES E FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DE PENA. A Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus em que se pleiteava a alteração do regime inicial de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

cumprimento de pena, fechado, para o semi-aberto. A defesa sustentava a impossibilidade de se levar em conta, como antecedente criminal, condenação definitiva ocorrida em data posterior ao fato relativamente ao qual fora condenado o paciente. Na espécie, entendeu-se que a impetração confundira as noções de maus antecedentes com reincidência. Esclareceu-se que maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva. Destarte, a data da condenação seria, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência. Nesse diapasão, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP ("Art. 33. ... § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."), aduziu-se que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar os maus antecedentes criminais (CP, art. 59), não havendo qualquer ilegalidade ou abuso na sentença que impõe o regime fechado à luz da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, que concediam o writ. O primeiro por julgar que a análise dos maus antecedentes deveria ser realizada caso a caso e que, na presente situação, existiria apenas um antecedente criminal. O segundo, ao fundamento de que reputar como maus antecedentes processos penais ou investigações criminais em curso conflitaria com a presunção constitucional de inocência. (STF - HC 95.995-SP - 2ª T. - Rel. Min^a. Ellen Gracie - j. 11.11.2008)

Daí toda a celeuma sobre o tema que, inclusive, vem trazendo uma negativa repercussão com conseqüência nas decisões do 1º Grau, já que parte da magistratura entende ser possível partir dos apontamentos de inquéritos e processos criminais para firmar uma condição de exacerbação da pena e, outra parte, entende de modo contrário e há mesmo quem sequer esteja levando em consideração tal circunstância como critério de avaliação.

Assim como nos Tribunais, a doutrina defende posições antagônicas, de modo a dificultar, ainda mais, a análise do tema que, ao meu aviso,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

apresenta uma enorme relevância porque tem inegáveis repercussões processuais, mormente em se tratando de situação de flagrância, quando haja pedido de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando da decisão de pronúncia, do recolhimento da prisão quando da apelação, da suspensão condicional da pena, dentre tantas outras circunstâncias afetas às decisões diuturnas dos Tribunais.

Confesso que me causa uma enorme perplexidade o afastamento pretendido nas reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, com todo respeito à posição, isso porque a questão não encontrou, até a presente data, nenhuma condição de definição no próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a corrente que aceita os maus antecedentes resultantes de apontamentos de inquéritos e ações penais é substancialmente mais caudalosa do que aquela que não tem aceitado, de modo que, não fosse a duvidosa competência daquele Egrégio Tribunal Superior para a avaliação do tema eminentemente constitucional, o posicionamento firmado até esta oportunidade não autoriza a conclusão ali sustentada.

Penso que os antecedentes representam apenas um dos critérios orientadores do prudente arbítrio do Juízo, que, estando mais próximo aos fatos, teria melhor condições de verificar se uma situação exigida pelo art. 59 do Código Penal conduziria à preponderância de imposição penal superior ao mínimo.

Não vislumbro em que consista a lesão à presunção de inocência, no fato de se autorizar a verificação da existência de bons ou maus antecedentes do réu, porque insisto em que tal situação é apenas uma constatação isolada de uma circunstância que não pode ser aferida como medida de necessidade ou de suficiência para a prevenção e a repressão ao crime de forma isolada, nem conduzir a uma pena qualquer, se não dentro das demais circunstâncias a serem avaliadas dentro da realidade de cada processo.

Os antecedentes, penso eu, são apenas mais uma das condições pessoais e individuais que caracterizaram uma necessidade de maior ou menor reprimenda penal e não pode se considerado como um



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

dado objetivo que decorre do processo e que conduz necessariamente a uma pena superior ao mínimo.

Há situações de más condutas que não seriam capazes de gerar ação penal, mas que estão definitivamente condenados pela moral e pela ética, circunstâncias que se antecedem ao delito, devem ser consideradas pelo Juízo quando da prolação da sentença e que, nem por isso, gerariam pena superior ou inferior ao mínimo legal.

Se a existência de inquérito ou de ação penal contra um determinado indivíduo não é dado objetivo suficiente para sustentar uma condição de bons ou maus antecedentes, por certo que podem revelar muito sobre determinada pessoa.

Há mesmo situações em que a extensa folha de antecedentes criminais revela muito mais sobre determinada pessoa do que virtualmente as condenações penais que possa ele alcançar.

Maus ou bons, os antecedentes do réu são aqueles que ele ostenta no momento da ação, podendo ser levado em conta apontamentos de inquéritos, processos judiciais, ou circunstâncias anteriores à sentença que não o recomendem, mesmo porque a verificação ética e moral sobre condutas da vida privada suscitam uma enorme variação de condições individuais e dependem obviamente do contexto cultural de cada comunidade e momento histórico.

São por estes relevantes motivos que não tenho como cancelar a tese de que a existência de apontamentos de inquéritos e processos criminais não sejam seguro indicativo dos maus antecedentes que se possam atribuir ao réu, malgrado esteja consciente de que esta só condição pode não levar a uma maior ou menor reprimenda penal.

Neste contexto, nada há para se modificar na pena-base, malgrado a fixação tenha sido realizada muito próxima ao mínimo legal.

Dando continuidade ao critério trifásico de dosimetria, previsto no art. 68 do Código Penal, na segunda fase, percebo que o réu confessou o



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

delito, tendo sido considerado erroneamente reincidente pelo julgador.

Com efeito, com todo respeito do culto Magistrado primevo, a agravante da reincidência não está configurada no caso concreto, conforme Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 131/133, que não registra nenhuma condenação transitada em julgado em data anterior ao presente delito contra o recorrente, nos termos do que determina o art. 63, do Código Penal, que dispõe:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Na hipótese dos autos, conquanto esteja comprovada uma condenação contra o réu - feito 39206001590-7 -, por porte ilegal de arma -, não há certificação quanto ao trânsito em julgado, constando apenas a informação "sentenciado".

Assim, estando corretamente dosada a pena-base em relação ao referido delito, mantenho-a no patamar definido em primeiro grau, ou seja, 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes agravantes, mas presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena reclusiva em 4 (quatro) meses de reclusão, totalizando 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo a de multa no patamar mínimo, ante a impossibilidade de reduzi-la aquém deste valor, nos termos das Súmulas 231 do STJ e 42 do TJMG.

Na terceira fase, ausentes causas modificadoras outras, ficam as reprimendas concretizadas em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, esta à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, uma vez não ter ocorrido inconformismo da defesa neste aspecto.

Busca ainda o réu a substituição da pena corporal por prestação de serviços comunitários.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como cediço, juntamente com os requisitos previstos no artigo 44, incisos I e II, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.714/98, é indispensável, para a concessão da substituição, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que ela é suficiente (inciso III, do mesmo artigo).

Na presente hipótese, como corretamente analisado pelo culto sentenciante de primeiro grau e como já observado acima, o réu conta com outros registros desabonadores, um dos quais por contravenção penal (39207006901-9), um por crime contra o meio ambiente (39207008080-0), um por crime contra a pessoa (39207006910-3), este que será desconsiderado por parecer se tratar da ameaça ora apurada, e um por crime contra o patrimônio (39207005549-7), o que evidencia seus péssimos antecedentes e sua personalidade tendente à prática delituosa.

Nestes termos, a substituição, na presente hipótese, não atenderia ao caráter de suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Certo é que "O direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito será concedido àquele que preencher todos os requisitos do art. 44 do estatuto repressivo. Trata-se de juízo que o julgador exerce, na apreciação da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como em relação aos motivos e circunstâncias indicativas de que essa substituição seja suficiente" (TJSP - AC 105.7043/0 - Rel. Renato Nalini).

Logo, a pretensão, neste particular, não encontra sustentação.

Noutro giro, tendo em vista a decisão de absolvição que será proferida em relação ao delito de ameaça, deixo de apreciar os pedidos do recorrente de baixa dos autos à justiça competente, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, ou mesmo de redução da pena e aplicação dos artigos 25 do Código de Processo Penal e 66 do Código



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Penal.

Com efeito, após minucioso exame dos autos, não consegui chegar às mesmas conclusões suscitadas na decisão hostilizada, porque, após palmilhar as provas produzidas, o que vislumbrei foi uma série de contradições.

Segundo narrou na fase administrativa o policial condutor José dos Passos Teixeira Moreira, teria sido registrado um Boletim de Ocorrência no dia anterior ao flagrante do réu por porte ilegal de arma de fogo, a partir da notícia de que o mesmo teria ameaçado de morte a vítima Sebastião dos Passos Gomes, em virtude de uma dívida não paga (fls. 06).

Consta do referido Boletim de Ocorrência que:

(...) acionados, comparecemos ao local da ocorrência onde a vítima Sebastião alegou que estava na mercearia fazendo feira, instante em que chegou o autor Roberto que cobrou a quantia de R\$16,00 (dezesesseis reais) da vítima, que teria retirado o dinheiro no intuito de pagar. Que nesse momento o autor teria cobrado então R\$17,00 bem como dado dois tapas no rosto da vítima. A vítima alegou ainda que o autor saiu e retornou com uma foice e uma arma de fogo. Em rastreamento localizamos o autor Roberto em seu bar. Questionado respondeu que realmente retornou ao local com uma foice mas que não portava uma arma de fogo, momento em que entregou a referida foice que foi apreendida (...) (fls. 18)

Sob o crivo do contraditório, embora não tenha presenciado as supostas ameaças e dizendo que o réu não teria reagido à prisão, asseverou o condutor que "no estado em que se encontrava, oferecia perigo à vítima Sebastião, se com ela tivesse se encontrado sozinho; que tal perigo existiria somente se eles viessem a se encontrar; que eles não vieram a se encontrar (...) (fls. 103)

De acordo com a mãe da vítima, a Sra. Maria José Gomes, no dia da prisão do recorrente, este teria ameaçado Sebastião através de sua



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

nora, com um revólver, mas que não o teria visto portando arma nesta data, apenas no dia anterior:

(...) foi quem nesta data, pela manhã, acionou a polícia militar, vez que o conduzido presente estava portando uma arma de fogo e prometia matar o filho da depoente de nome Sebastião; que ainda ontem foi lavrada uma ocorrência policial, porque o ROBERTO agrediu e ameaçou o Sebastião após cobrar-lhe uma conta no valor de R\$16,50 (dezesesseis reais e cinqüenta centavos); que em data de ontem o Sebastião o entregou o dinheiro, mas ainda assim o Roberto o agrediu, que nesta data, o Roberto passou próximo à esposa do Sebastião, de nome "Nacira", quando retirou da cintura uma arma de fogo e apontando-a para cima disse que "não tinha mundo que não estourava a cabeça do Tião"; que a depoente não chegou a vê-lo portando a arma de fogo nesta data, mas que diante dos relatos de sua nora e vez que em data de ontem a própria depoente o viu portando uma garrucha, resolveu acionar a polícia militar que o localizou dentro de um bar de propriedade do Aécio, no Bairro Esperança (...) (fls. 07)

Perante o Juiz, Maria José apresentou relato contraditório, passando a afirmar que vira o recorrente com a arma no dia de sua prisão, ameaçando seu filho, mas que este não teria saído à rua. Disse, ainda, que o vira novamente armado no bar de Aécio, razão por que, teria acionado a Polícia, sendo certo que na primeira oportunidade, asseverou que teria chamado os policiais após a narrativa de sua nora:

(...) viu o denunciado, com uma arma na mão, ameaçar Sebastião, dizendo "que se Sebastião saísse na porta, iria arrancar a cabeça dele"; que a arma que o denunciado possuía era uma arma de cano preto; que estava escuro razão pela qual não pode descrever referida arma; que Sebastião não saiu na porta e o denunciado não disparou nenhum tiro; que isto ocorreu por volta das 05:30 horas da manhã; que mais tarde viu o denunciado no bar do Arasmino, ainda com a arma na mão, razão pela qual a depoente chamou a polícia; que a polícia chegou e não localizou nenhuma arma com ele; que não viu o denunciado ameaçar Nacira; que depois que o denunciado foi solto



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

não soube que ele tivesse ameaçado novamente Sebastião; que sabe que o denunciado ameaçou Sebastião porque este estava lhe devendo (...) que viu o denunciado em frente à casa de Sebastião; que a distância era desta sala de audiência (sala 21) até a frente do fórum (...) (fls. 104)

Na fase administrativa, declarou a vítima Sebastião que, no dia anterior à prisão do réu, teria sido ameaçado pelo mesmo de morte, e, quando saíra do estabelecimento comercial onde se encontravam, por não gostar de confusão, aquele apareceu com uma foice, contrariando a narrativa do BO nº 2032/2006, onde consta que o réu teria aparecido com uma foice e uma arma de fogo. Afirmou, ainda, que o réu teria ficado a noite toda nas proximidades de sua casa, ameaçando-o:

(...) ontem pela manhã se encontrava deitado, quando foi chamado por policiais militares que solicitaram os seus dados pessoais; que naquele momento o José Roberto já havia sido preso, vez que em poder dele foi encontrada uma arma de fogo, com a qual o mesmo teria proferido ameaças ao depoente; que, contudo em nenhum momento o viu portando arma de fogo; que em data anterior, ou seja, no dia 16/12/2006, o depoente e o José Roberto tiveram um desentendimento, vez que José Roberto cobrou do depoente uma dívida a ele devida, no valor de R\$16,50 (dezesseis reais e cinqüenta centavos), que tal fato se deu dentro do estabelecimento comercial do Sr. Arasmino, no bairro novo; que ao entregar-lhe o dinheiro o mesmo desferiu um tapa contra a mão do depoente e veio a ameaçar-lhe de morte, momento em que desferiu um tapa no rosto do depoente e ainda um chute; que o depoente saiu para a rua, onde disse que com ele se entenderia; que então o José Roberto foi até a casa e voltou com uma foice nas mãos e correu atrás do depoente que acionou a polícia, tendo sido lavrado um BO (BOPM 2032/06) sobre tais fatos; que durante toda a noite o José Roberto ficou nas proximidades da casa do depoente dizendo que o mataria, contudo, não o viu armado; que na data de ontem pela manhã, a mulher do depoente viu o José Roberto portando arma de fogo, pelo que foi a polícia acionada tendo o mesmo sido então preso em flagrante por estar portando ilegalmente



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

uma arma de fogo; que o depoente não presenciou o mesmo ser preso; que esclarece que no momento em que se encontrava no interior do estabelecimento comercial do Sr. Arasmino, no "bairro novo", estava em companhia da esposa NACIRA (...) (fls. 21)

Em Juízo, em declarações divergentes, nada aventou a vítima acerca da foice, ou mesmo de arma de fogo, nem mesmo afirmou ter sido ameaçado pelo réu, apenas relatou a ocorrência de um entrevero entre os mesmos, por uma dívida da vítima:

(...) na época dos fatos estava devendo ao denunciado a importância de R\$16,50 (dezesesseis reais e cinqüenta centavos); que no dia 16/12/2006, estava no bar de Arasmino com sua esposa Nacira fazendo compras; que depois chegou o denunciado; que o depoente falou que foi até bom ele ter chegado pois quando trocasse o dinheiro iria lhe pagar; que o denunciado não esperou o depoente terminar suas compras para poder pegar o troco e lhe pagar e bateu na mão do depoente, jogando o dinheiro no chão; que quando o depoente abaixou para pegar o dinheiro, o denunciado lhe deu um tapa na cara; que o depoente, que não gosta de nenhum tipo de confusão, deixou as compras no bar e foi para a roça; que no dia seguinte estava dormindo quando o denunciado lhe ameaçou, tendo sabido por sua mãe que ele teria dito que "iria arrancar sua cabeça"; que sua mãe disse que o denunciado estava armado; que não viu o denunciado ser preso; que depois deste dia o denunciado não mais lhe ameaçou; que já pagou R\$10,00 (dez reais) ao denunciado, restando ainda R\$6,50 (seis reais e cinqüenta centavos); (...) que na hora da confusão sua esposa Nacira estava junto e falou "para que esta bestajada"? (...) (fls. 105)

Nos termos das declarações policiais da companheira da vítima, Nacira Teixeira dos Santos, também foi ameaçada pelo réu:

(...) ontem pela manhã se encontrava na rua nas proximidades de sua residência, quando o José Roberto no dia anterior teve um desentendimento com o companheiro da depoente, sacou de uma arma de fogo e, apontando-a para cima, disse: "hoje eu torro a cabeça



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

dele, se ele não me pagar" que "mencionou em matar também a depoente e sua família"; que proferiu tais dizeres referindo-se ao Sebastião, companheiro da depoente; que no dia anterior o TIÃO já tinha lhe pagado a dívida que devia, mas ele (Roberto) ainda ficou procurando confusão; que diante do que presenciou e ouviu noticiou à sua sogra Maria José, quem acionou a polícia que acabou localizando e prendendo o José Roberto, arrecadando em poder dele uma arma de fogo; que não sabe que tipo de arma foi arrecadada, pois não conhece os nomes das armas de fogo, mas pôde muito bem ver que em data de ontem o Roberto portava era uma arma de fogo; que em data anterior, no interior do estabelecimento comercial do Sr. Arasmino, o Tião foi agredido pelo Roberto, com um tapa no rosto e um empurrão; que Tião correu para a rua; que o Roberto pegou uma foice (fatos em apuração através do BOPM 2032/06); Que a depoente disse ao seu marido, no momento em que o Roberto agrediu seu marido: "Ô Tião, como é que ocê agüenta ele fazer isso com você?; aí o Roberto mandou ele calar a boca, mas o Tião não estava falando nada; que a depoente se sentiu ameaçada pelo José Roberto, pelo que manifesta o desejo de REPRESENTAR CONTRA ELE pelo crime de ameaça (...) (fls. 22)

Na audiência de instrução, Nacira nada mais disse acerca da foice portada pelo réu, afirmando, ademais, que teriam ido dormir na casa de uma vizinha, por receio daquele, versão não apresentada pela vítima Sebastião:

(...) são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que não sabia que Sebastião estava devendo ao denunciado; que estava no bar de Arasmino fazendo compras quando o denunciado cobrou de Sebastião a importância devida; que quando o Sebastião ia pagar ao denunciado, este lhe deu um tapa na mão e jogou o dinheiro no chão; que o denunciado ainda mandou Sebastião "catar" o dinheiro no chão; que depois o denunciado deu dois tapas na cara de Sebastião; que a depoente falou para o denunciado "parar com isso" e ainda perguntou a Sebastião como ele agüentava levar dois tapas na cara sem fazer nada; que Sebastião simplesmente saiu e foi para casa; que se sentiu ameaçada quando o denunciado agrediu seu marido Sebastião; que



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

neste dia, inclusive, a depoente e Sebastião não dormiram em sua casa, mas na casa de uma vizinha, com receio de que algo lhes acontecesse; que no dia seguinte ouviu o denunciado gritar na porta de sua casa, ameaçando Sebastião; que não viu o denunciado portando arma; que não viu o denunciado ser preso; (...) que a casa em que dormiram é vizinha à sua; que ouviu os gritos do denunciado, quando estava varrendo a gente de sua casa; que Sebastião nunca pegou arma para ameaçar ou agredir José Roberto; Que Sebastião não possui nenhum tipo de arma (...) (fls. 106)

Lado outro, segundo o dono do bar onde o recorrente foi abordado, este estaria calmo quando foi preso, tomando uma coca-cola (fls. 107).

As demais testemunhas arroladas pela defesa nada souberam de relevante (fls. 108/109).

Por seu turno, o réu, em ambas as fases, negou veementemente ter ameaçado as vítimas, confessando, todavia, o porte da arma de fogo quando de sua prisão em flagrante (fls. 08 e 40/41).

Diante deste quadro, não vejo como pudesse a decisão hostilizada, partindo das declarações contraditórias da vítima e de seus familiares, forjar um contexto conducente à condenação, porque a colisão das provas colhidas tornam o contexto probatório absolutamente vacilante em relação à suposta ação desenvolvida.

Em outras palavras, a prova da alegada ameaça ficou restrita ao confronto entre as declarações contraditórias da vítima e de sua família e a firme e insistente negativa do acusado, que encontra apoio nos autos.

Não é demais ressaltar que no processo criminal vigora o princípio segundo o qual para alicerçar a condenação, a prova deve ser clara, positiva e indiscutível e havendo dúvida razoável, seja da autoria, seja da materialidade, impõe-se a absolvição, porque na dúvida melhor absolver mil culpados a condenar um só inocente, o que é traduzido



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

pelo brocardo latino in dubio pro reo.

Conforme orientação pacífica dos nossos pretórios, se a prova demonstra dúvida quanto aos fatos atribuídos ao acusado, embora plausíveis, deve o mesmo ser absolvido, pois para condenação se exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquela, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio.

Lembrando a célebre lição de Carrara, tem-se que no processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica, ou seja, a condenação só é possível diante de um juízo de certeza que, neste caso, não prevalece, antes pelo contrário, há dúvida razoável a sustentar a absolvição.

Camargo Aranha também traz a lição do grande criminalista Heleno Cláudio Fragoso, no sentido de que:

Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais (In, "Da Prova no Processo Penal" - Saraiva - p. 64)

Por oportuno, vale lembrar Nelson Hungria, que registrou que a dúvida é sinônimo de ausência de prova (In, "Prova Penal" - RF, 138:338).

Ademais, cumpre considerar que, para legitimar a absolvição, não é necessário a certeza da inocência, bastando acreditá-la possível ou configurada a incerteza da culpa.

Valendo, por fim e por oportuno, lembrar a lição do mestre MALATESTA, no sentido de que: "... absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

oprime o da sociedade". É que, segundo o mestre, "... a pena que atingisse um inocente perturbaria a tranqüilidade social, mais do que teria abalado o crime particular que se pretendesse punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítima de um erro judiciário (...)" (In, "Lógica das Provas" - Saraiva - p. 14/15).

A propósito também, julgados desta Corte:

(...) Uma sentença condenatória não pode ser baseada única e exclusivamente em indícios. A prova nebulosa, contraditória e geradora de dúvida quanto à autoria do delito não tem o condão de autorizar a condenação do réu não confesso, vez que ela não conduz a um juízo de certeza. A autoria pelo apelante sinalizada como mera possibilidade não é bastante para ensejar a condenação criminal, por exigir esta a certeza plena. Como afirmou Carrara, 'a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática'. Nesse sentido, JTACRESP 42/323. O Estado que reprime o delito é o mesmo que garante a liberdade. O Estado de Direito é incompatível com a fórmula totalitária. Nele prevalece o império do direito que assegura a aplicação da máxima in dubio pro reo. (TJMG - Ap. Crim. 1.0000 00268370-4/000 - 1ª C. Crim. - Rel. Des. Tibagy Salles - DJMG 20.09.2002)

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DELAÇÃO DESAPAIXONADA. PROVA ISOLADA. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. A condenação baseada em delações desapaixonadas que se encontram isoladas no bojo dos autos, não se mostram provas absolutas para sustentar um decreto condenatório. Na seara penal, indícios, ilações e meras conjecturas não podem ser traduzidas como sinônimo de autoria; ao revés, para sustentar uma condenação criminal faz-se a exigência de uma prova escoreita, incólume, incontestável, analisada de maneira isonômica e de forma a convencer não só o órgão acusador, mas também a defesa e as partes, vez que para a condenação, a prova deve ultrapassar o umbral da dúvida. Não restando inequívoca a concorrência do apelante para a infração penal, em face da ausência de elementos a demonstrar sua inquestionável participação no evento, faz-se preciso, nestas situações, por



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

encontrar-se a prova falha e sinuosa, impor a absolvição como medida intransponível. (TJMG - Ap. Crim. 1.0134.01.023867-0 - 5ª C. Crim. - Rel. Des. Vieira de Brito - DJMG 12.12.2006)

Assim, conquanto a palavra da vítima seja preponderante, o fato é que a fragilidade das provas desautoriza a condenação pelo delito de ameaça.

Na verdade, se a acusação não conseguiu provar, satisfatoriamente, ter o apelado praticado o crime de ameaça, não há como condená-lo, motivo por que, reformo parcialmente a sentença, para, mantendo a condenação do réu pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, absolvê-lo pelo delito previsto no art. 147 do Código Penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para:

a) reduzir a pena total do réu José Roberto Alves Teixeira, em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo, para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, eis que não configurada a reincidência, mantendo as demais disposições contidas na sentença quanto ao referido crime;

b) absolvê-lo em relação ao delito de ameaça, com base no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei Federal 11.690/08.

Custas, pelo apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): MÁRCIA MILANEZ e EDUARDO BRUM.

SÚMULA : RECURSO PROVIDO EM PARTE.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0392.06.005283-5/001



Tribunal de Justiça de Minas Gerais