

**TORTURA - CRIME PRÓPRIO - AGENTE PÚBLICO - PROVA - AUTORIA - MATERIALIDADE -
DECLARAÇÃO DA VÍTIMA - VALOR PROBANTE - ANTECEDENTES CRIMINAIS -
REINCIDÊNCIA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - *BIS IN IDEM***

Ementa: Tortura. Insuficiência da prova da materialidade quanto a uma das vítimas. Absolvição. Declarações da vítima. Validade. Harmonia com o restante da prova. Condenação mantida. Dosimetria da pena. Antecedentes maculados. Consideração de um deles como reincidência. Possibilidade. Decote da causa de aumento da qualificação do agente público. Circunstância que é ínsita ao tipo penal. Adequação. Dá-se parcial provimento a todos os recursos.

- Se é insuficiente a prova da materialidade quanto a um dos crimes, impõe-se a absolvição dos réus, sendo possível, porém, considerar-se o depoimento da vítima nos pontos em que se refere ao segundo crime, cuja condenação restou mantida.

- Na hipótese de pluralidade de anotações em folha de antecedentes, é cabível a consideração de uma delas como reincidência, servindo as demais para majorar a pena-base, não constituindo *bis in idem* nesse caso.

- A condição de agente público é ínsita ao tipo penal do crime de tortura, sendo indevido o aumento da pena decorrente da regra do § 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, que encerra essa qualificação, caracterizando autêntico *bis in idem*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0713.04.033488-8/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: 1º) Eliseu dos Santos Oleriano, 2º) Carlos Antônio Albareda Barcelos, 3º) Gustavo Costa de Resende Miranda, 4º) Carlos Henrique Policarpo da Silva, 5º) Lucas Pinto de Magalhães, 6º) Antônio Nogueira Floresta - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

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 DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2006. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Hermes Vilchez Guerreiro.

O Sr. Des. *Herculano Rodrigues* - Sr. Presidente. Tenho voto escrito de oito laudas, mas retiro o processo de pauta para rever um ponto que foi abordado da tribuna, o qual não enfrento em meu voto, razão por que peço vista, ficando o julgamento adiado para a próxima sessão.

Súmula - APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL, RETIROU DE PAUTA O PROCESSO O DOUTOR RELATOR.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos apelantes, o Dr. Hermes Vilchez Gerreiro.

O Sr. Presidente (*Des. Reynaldo Ximenes Carneiro*) - O julgamento deste feito foi retirado de pauta na sessão do dia 03.08.2006, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Com a palavra o Desembargador Herculano Rodrigues.

O Sr. Des. *Herculano Rodrigues* - Sr. Presidente. Retirei esse processo da pauta de julgamento, surpreendido com a manifestação da tribuna, sempre judiciosa, do Professor Hermes Guerreiro, quando Sua Excelência argüiu matéria que não constava das razões recursais.

Meu voto é o seguinte.

Na Comarca de Viçosa, Eliseu dos Santos Oleriano, Carlos Antônio Albareda Barcelos, Gustavo Costa de Resende Miranda, Carlos Henrique Policarpo da Silva, Lucas Pinto de Magalhães e Antônio Nogueira Floresta, já qualificados, foram condenados incurso nas sanções do art. 1º (I, a, c/c § 4º, I) da Lei 9.455/97, por duas vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, apenados, Carlos Antônio, com 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e os demais com 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, também em regime fechado, denegada a substituição da pena e decretada a perda do cargo público que ocupavam, tudo porque, segundo a denúncia, em 31 de dezembro de 2003, nas dependências da 12ª Delegacia Seccional de Polícia de Viçosa, em unidade de desígnios, constrangeram as vítimas José Evaristo de Souza e L.R.F., menor, com emprego de violência, causando-lhes sofrimento físico, com o fim de obter confissão acerca de fato criminoso ocorrido.

Irresignados, recorreram os réus, apresentando razões em conjunto, pedindo a absolvição de todos, fortes nas teses de insuficiência da prova da autoria e fragilidade da prova da materialidade, e, alternativamente, a revisão da dosimetria da pena.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria de Justiça pugnam pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja adequado o aumento decorrente da continuidade delitiva.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos da admissibilidade, conheço dos recursos.

O crime de tortura mereceu proteção especial do legislador constitucional - art. 5º, inc. XLIII -, o que demonstra o empenho e o desejo do cidadão de ver tutelada na esfera penal a conduta abusiva posta em prática por funcionário público em detrimento das garantias fundamentais e legais do particular.

Nesse passo, não se pune a atitude enérgica e necessária do policial ao abordar suspeitos ou efetuar a prisão de um foragido ou condenado, em razão da resistência por ele apresentada no momento do flagrante, o que é esperado pela sociedade diante da obrigação de manutenção da segurança pública.

O que a Lei nº 9.455/97 trata como crime é a chamada tortura inquisitorial, em que o funcionário persegue uma informação, bem como aquela gratuita, ou seja, que pressupõe o exercício de sadismo pelo agente sem nenhum fim especial.

Narra a exordial a prática de tortura, visando à obtenção de confissão pelas vítimas acerca do cometimento de um furto ocorrido na comarca, que teria sido exercida pelos seis denunciados, em conjunto, conduta essa que se mostra perfeitamente ajustada ao tipo penal em comento, valendo ressaltar que todos os réus são funcionários públicos lotados na Delegacia local, pois que, conforme já me manifestei em várias oportunidades, o crime de tortura é crime próprio.

Estes autos foram retirados da pauta de julgamento quando, na própria sessão, foi argüida da tribuna matéria não alegada nas razões recursais, relativa à prisão em flagrante das vítimas, circunstância esta que excluiria a

elementar delituosa constante no art. 1º, a, da Lei nº 9.455/97, relativa à especial finalidade de obter confissão.

Inicialmente, deve-se considerar que, a meu aviso, a ocorrência do mencionado flagrante não torna atípica a conduta imputada aos réus, uma vez que a confissão do acusado constitui forte elemento de convencimento do julgador, somente sendo desconsiderada se contrária à totalidade da prova coligida, nos termos dos arts. 197 e seguintes do Código de Processo Penal.

Ademais, remanesceria a circunstância inscrita no inciso II do art. 1º da Lei de Torturas, não havendo falar em atipicidade, devendo-se analisar a questão sob o ponto de vista da fragilidade da prova da tortura inquisitiva em face do flagrante formalizado, o que será feito em momento posterior neste voto.

Cumprido examinar, em primeiro lugar, a prova da materialidade delitiva.

O crime de tortura não é daqueles que, necessariamente, deixam resultados naturalísticos aferíveis por via de prova pericial, visto que muitas práticas violentas, como o sufocamento com sacos plásticos, a agressão com objetos envoltos em toalhas e outros, sabidamente, não deixam vestígios, sendo perfeitamente possível a verificação da materialidade de forma indireta.

Quanto à vítima José Evaristo de Jesus, tem-se que os laudos de f. 105/107, 124/126, 127/129, 233/234 e 303/304 comprovam a realização do exame médico poucos dias depois de sua prisão, que constataram, em todas as oportunidades, a ofensa à integridade corporal do paciente.

Não prosperam as alegações defensivas no sentido da desvinculação das lesões com as agressões praticadas no interior da delegacia, pois que não há nos autos elementos capazes, pelos quais se possa concluir sejam elas anteriores à sua prisão, salientando-se que a testemunha de defesa Fernando Dias da Silva, delegado de polícia, à f. 279, relata que presenciou a

chegada de José Evaristo à delegacia, não aparentando na ocasião qualquer lesão externa, o mesmo sendo dito pelo policial militar Fernando José Coutinho, f. 281.

Ademais, há as declarações de José Arlindo Liberato, f. 257, Juliano Marcos Abranches de Oliveira, f. 258, Cláudio Alípio Calixto, f. 260, e Marcelo Antônio dos Santos, f. 286, que presenciaram a vítima ser recolhida à cela, com hematomas e reclamando de dores; e ainda denunciando o espancamento pelos policiais, sendo claro que as agressões ocorreram após a prisão.

O fato de serem os depoentes detentos e ex-detentos não invalida os depoimentos, pois que foram regularmente compromissados, mostrando-se, ademais, coerentes entre si, merecendo crédito como qualquer outra testemunha.

A conclusão é diversa em relação à vítima L.R.F.

É que, compulsando os autos, vê-se que a única prova acerca das agressões por ele sofridas no interior do estabelecimento carcerário são suas próprias declarações e aquelas prestadas por sua mãe, M.C.F., testemunha não compromissada, as quais não se mostram suficientemente claras e aptas a comprovar a materialidade delitiva.

Por oportuno, faz-se a transcrição:

... que L. e José Evaristo apanharam na delegacia é verdade; tanto L. quanto José Evaristo tomaram tapas, mas não prestei muita atenção; não me recordo bem como os fatos se passaram. (...) não me lembro se escutei gritos ou barulhos depois que L. foi para o outro cômodo; quando L. retornou, estava com a pele vermelha, mas também não reparei direito;... (f. 253).

Perante a autoridade policial, às f. 93/94, declarou:

(...) que nesse período a depoente relata que L. e Evaristo foram agredidos fisicamente por alguns homens que acredita serem policiais

civis; (...) que L. e Evaristo levaram 'uns tapas'; que foi uma situação rápida, sendo que seu filho não se machucou; que somente ficou vermelho; que L. foi interrogado na presença da depoente; que não se recorda de seu filho reclamando estar machucado e ao sair da delegacia a depoente levou seu filho para casa; que a depoente preferiu não passar num dos hospitais da cidade porque percebeu que seu filho não estava machucado; que não se recorda de seu filho ter reclamado de dores no dia seguinte; ... (f. 93/94).

A própria mãe da vítima informou que seu filho foi interrogado acerca do crime pelo qual era acusado na sua presença, não deixando claro se houve tentativa de obtenção de confissão.

Saliente-se que as declarações de f. 90, prestadas perante representante do Ministério Público, não podem ser utilizadas como prova indireta, primeiramente porque prestadas fora do contraditório, e depois porque não confirmadas em juízo.

Assim sendo, na ausência de provas claras e indubitáveis acerca da ocorrência do crime, não restando demonstrada a materialidade delitiva em relação à vítima L.R.F., o melhor é absolver os apelantes, em face do princípio *in dubio pro reo*.

No tocante à autoria, que será examinada unicamente em relação à vítima José Evaristo de Jesus, tem-se que o mesmo foi seguro e contundente, em todas as oportunidades em que foi ouvido, às f. 87/88 e 299/300, ao narrar as agressões sofridas, indicando as pessoas dos recorrentes como seus algozes, e, ainda, ao afirmar que a violência visava à confissão acerca do furto ocorrido.

Com relação ao flagrante mencionado na tribuna, tem-se que a cópia do auto de prisão encartada às f. 55/56, relativa ao delito de furto praticado pelas ora vítimas, mostra-se vago e impreciso, não cuidando o condutor de descrever as circunstâncias da prisão, havendo, mesmo, dúvidas acerca da situação de flagrância, já que no relatório escrito não há informação acerca do tempo decorrido na noticiada perseguição.

Percebe-se que a própria autoridade policial não valorizou o auto de flagrante lavrado em 31 de dezembro, tanto que, em 5 de janeiro, instaurou o inquérito mediante portaria, desprezando o auto de prisão que é “a maneira cogente de a autoridade policial dar início ao inquérito policial e à investigação criminal” (NUCCI, Guilherme de Souza, Comentário ao art. 8º do Código de Processo Penal. *In Código de Processo Penal*, 3. ed., p. 89).

Ademais, a única testemunha arrolada que reconheceu os infratores foi Aparecida do Val Ladeira Lopes, proprietária do imóvel, sendo que a segunda testemunha, Sr. Carlos de Freitas, não presenciou o furto, tendo visto os dois acusados na rua e reconhecido a bermuda vermelha de um deles, após presos.

A confissão extrajudicial de José Evaristo de Jesus foi retratada à f. 08, sob alegação de tortura, o que é objeto destes autos, sendo que a mencionada diligência do flagrante, por seu conteúdo, não é suficiente para se concluir pela inocorrência das agressões praticadas no interior da delegacia.

Ao contrário do que sustenta a defesa, a condenação não se fundamentou na mera repetição da fórmula de que os depoimentos das vítimas merecem especial valoração em se tratando de crimes dessa natureza, normalmente cometidos sem testemunhas.

Tal assertiva, além de correta, ajusta-se perfeitamente ao caso em julgamento, sendo certo que a condenação dos réus encontra amparo, também, no restante da prova coligida, que se harmoniza com as declarações da vítima.

O depoimento prestado por L.R.F., embora insuficiente para comprovar a materialidade delitiva em relação a si próprio, comprova as agressões sofridas por José Evaristo, sendo que Fernando Dias da Silva, às f. 279/280, e João Donizete Rossi, à f. 301, confirmaram a presença dos réus no local.

As testemunhas ouvidas às f. 252, 257, 258, 260 e 286 atestaram as lesões sofridas pela vítima.

Aliás, o recluso José Arlindo Liberato, à f. 257, relatou que já fora agredido em ocasiões anteriores pelos réus Albareda, Carlos e Lucas.

Balizada a prova, entendo devidamente comprovada a autoria delituosa em relação a todos os recorrentes, não só pelas declarações da vítima, mas também pelo restante da prova coligida, salientando-se, ademais, que não lograram os recorrentes demonstrar, de forma clara e indubitável, que não estavam no local por ocasião dos fatos e que as lesões apresentadas pela vítima teriam ocorrido antes de sua prisão.

Em relação à pena dosada, observo que cuidou o Sentenciante de fundamentar de forma adequada o cálculo, individualizando a reprimenda para cada um dos réus, não havendo falar em nulidade.

No entanto, merece reparo a dosimetria quanto ao recorrente Carlos Antônio Albareda Barcelos.

O mesmo possui antecedentes desabonadores, documentados às f. 393/396, além de uma condenação com trânsito em julgado há menos de cinco anos, o que caracteriza reincidência.

Nesse passo, não se mostra equivocada a consideração de maus antecedentes e reincidência, pois que não se basearam na mesma ocorrência, levando-se em conta, ademais, a pluralidade de anotações. A esse respeito, trago à colação:

Criminal. HC. Homicídio tentado. Dosimetria. Majoração da pena-base. Legalidade. Circunstâncias judiciais. Maus antecedentes. Personalidade. Conseqüências. Circunstâncias. Conduta da vítima e culpabilidade desfavoráveis. Reincidência. *Bis in idem*. Não-ocorrência. Tentativa. Redução. Critério. *Iter criminis* totalmente percorrido. Redução mínima. Ordem denegada.

- É imprópria a alegação de deficiência na fixação da reprimenda, se a majoração da mesma foi correta e fundamentadamente

dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena.

- Não há ilegalidade na dosimetria da pena, no que se refere à majoração da pena-base, se o aumento da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificado, pois se fundou em vários aspectos negativamente valorados - culpabilidade, maus antecedentes, a personalidade, as conseqüências, as circunstâncias e a conduta da vítima - reputados relevantes para a exasperação procedida.

- Descabida a alegação do impetrante de que teria havido *bis in idem* no tocante à adoção dos maus antecedentes do paciente a fim de majorar sua pena-base e caracterizar a reincidência, pois a sentença fez clara menção da adoção de um dos delitos cometidos para fins de caracterizar os maus antecedentes e o outro com fito de caracterizar a reincidência, não se podendo falar em impropriedade dos argumentos.

- Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias que levaram à exasperação da reprimenda, não há ilegalidade no acórdão, tornando-se descabida a análise mais acurada dos motivos utilizados para tanto, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito. (...).

Ordem denegada: (STJ - HC 53119/RS; (2006/0014165-2), Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. em 21.03.2006, DJ de 10.04.06, p. 261).

Assim, correta a pena-base aplicada, bem como o aumento decorrente da reincidência, salientando-se que a pena-base foi fixada no mínimo para os demais co-réus, inviável qualquer diminuição.

No entanto, merece ser decotada a causa de aumento do § 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, pois que, como o crime em tela é daqueles de mão própria, cometido apenas pelo funcionário público ou exercente de função pública, constituiu-se em autêntico *bis in idem* a majoração decorrente da qualidade especial do agente, já que essa circunstância é ínsita ao tipo penal.

Nesse sentido, têm entendido os tribunais superiores:

Habeas corpus. Processual e direito penal. Crime de tortura. Delegado de polícia. Excesso na acusação e desclassificação da conduta para o crime de maus-tratos. Impossibilidade. Reexame do conjunto probatório.

- 1. (...). Elemento normativo do tipo. Autoridade. Crime próprio. Impossibilidade de majoração da pena em razão da agravante prevista no art. 1º, § 4º, inc. II, da Lei de Tortura.

- 2. A figura típica prevista no art. 1º, inc. II, da Lei de Tortura constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito ativo, ou seja, é um delito que somente poderá ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, como é o caso do delegado de polícia.

- 3. Adotando-se o conceito de autoridade como elemento normativo do tipo, previsto no art. 5º da Lei nº 4.898/1965, a aplicação à espécie da majorante de pena (se o crime é cometido por agente público), estabelecida no art. 1º, § 4º, inc. II, da Lei nº 9.455/1997, constituiria evidente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do sujeito ativo. (...)

- 6. Ordem parcialmente concedida para afastar o aumento da pena privativa de liberdade (de cinco meses) estabelecido com suporte no artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, em razão do clarividente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do paciente (autoridade pública), mantendo, no mais, o acórdão condenatório (STJ - HC 27290/SC; (2003/0031913-0), Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., j. em 04.12.03, DJ de 02.02.04, p. 341).

Deve ser excluído também o aumento decorrente da continuidade delitiva, tendo em vista a absolvição quanto a um dos crimes descritos na denúncia.

O regime prisional fixado permanece sendo o fechado, consoante o disposto no art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97.

Fica mantida a perda do cargo público, nos termos da sentença, pois que constitui pena acessória, não dependendo de fundamentação.

Os apelantes não fazem jus à substituição da pena, pois que cometido o crime mediante violência.

Com a exclusão da causa de aumento e da continuação delitiva, observa-se que os réus Eliseu dos Santos Oleriano, Gustavo Costa de Resende Miranda, Carlos Henrique Policarpo da Silva, Lucas Pinto de Magalhães e Antônio Nogueira Floresta permanecem condenados à pena mínima, de 02 (dois) anos de reclusão, cumpridos os requisitos para concessão do *sursis*, previstos no art. 77 do Código Penal, ficando suspensa a execução da pena, mediante o cumprimento de limitação de final de semana, pelo período da condenação, na forma dos arts. 48 e 78, § 1º, do Código Penal.

Assente o exposto, dou parcial provimento a todos os recursos, para absolver os apelantes em relação ao crime descrito na denúncia contra a vítima L.R.F., não provada sua ocorrência, nos termos do art. 386, II, do Código Penal, permanecendo os réus condenados incursos nas sanções do art. 1º, I, a, da Lei nº 9.455/97, apenados da seguinte forma: Eliseu dos Santos Oleriano, Gustavo Costa de Resende Miranda, Carlos Henrique Policarpo da Silva, Lucas Pinto

de Magalhães e Antônio Nogueira Floresta, com 02 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, concedido o *sursis*, nos termos desta decisão, e Carlos Antônio Albareda Barcelos, com 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, também no regime fechado.

Na origem, façam-se as anotações e cancelamentos necessários, e expeça-se mandado de prisão em desfavor de Carlos Antônio Albareda Barcelos.

Custas, de lei.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo.

O Sr. Des. Hyparco Immesi - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

-:-:-