

Tortura - Crime cometido por colegas de cela -
Lesão corporal grave - Perigo de vida - Autoria -
Materialidade - Prova - Condenação - Fixação da
pena - Critério trifásico - Circunstância agravante
- Reincidência - Utilização na primeira fase -
Majoração da pena-base - *Bis in idem* -
Impossibilidade - Personalidade do agente -
Circunstância judicial favorável - Menoridade -
Atenuante - Redução da pena

Ementa: Direito penal. Delito de tortura. Detentos que espancam colega de cela causando-lhe lesões corporais graves e perigo de vida. Prova robusta. Condenação mantida. Fixação das penas. Critério trifásico. Reincidência considerada na primeira fase. *Bis in idem*. Personalidade. Circunstância favorável. Réu menor de 21 anos na data dos fatos. Reconhecimento da atenuante. Penas. Redução. Necessidade.

- Se a prova dos autos, em seu contexto, aponta para a materialidade e a autoria do delito de tortura em desfavor dos réus, é de se manter a sentença condenatória recorrida.

- Cometem o crime de tortura detentos que usam de extrema violência contra colega de cela, causando-lhe intenso sofrimento físico e mental, inclusive produzindo nele lesões corporais graves e perigo de vida.

- Somente é apta a configurar a reincidência a sentença condenatória transitada em julgado em data anterior aos fatos que se examina.

- A reincidência é circunstância agravante, não podendo ser utilizada para majorar as penas-base, senão na segunda fase da dosimetria levada a cabo pelo critério trifásico.

- Na ausência de uma análise percutiente dos elementos que formam a personalidade do agente, tarefa complexa a cargo do julgador, deve-se reconhecer como favorável àquele tal circunstância judicial, no momento de fixar suas penas-bases.

- Se o réu possuir menos de 21 anos na data dos fatos, deve ser reconhecida em seu favor a atenuante da menoridade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0569.05.004456-3/001 - Comarca de Sacramento - Apelantes: Juscelino Ferreira de Souza ou Juscelino Ferreira da Silva, Luiz Carlos Pereira Custódio, Denicley Humberto Custódio, Antonio José Olímpio, Renato Pereira Pacífico - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Franklin dos Santos - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2010. - *Adilson Lamounier* - Relator.

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto em face da sentença, de f. 389-403, em que a douta Magistrada a quo condenou os réus Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza), Antônio José Olímpio, Denicley Humberto Custódio, Luiz Carlos Pereira Custódio e Renato Pereira Pacífico, cada um, às

penas de 03 (três) anos de reclusão, a serem cumpridas no regime inicial fechado, pela prática do crime de tortura (Lei 9.455/97, art. 1º, §§ 1º e 3º).

O processo foi suspenso em relação ao corréu Franklin dos Santos, f. 258.

Em suas razões de recurso, às f. 413-454, os apelantes pugnam, pela reforma da r. sentença, com as suas consequentes absolvições do delito em questão, sob a alegação de que a prova dos autos é insuficiente à condenação.

O Ministério Público, às f. 470-473, contra-arrazou o recurso pugnando pelo seu desprovemento. Assim também opinou a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer de f. 477-482.

É o relatório do essencial.

Conheço dos recursos, uma vez que estão presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Não foi alegada e, em princípio, também não vislumbro nenhuma preliminar ou nulidade que mereça apreciação de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito recursal.

No mérito, analiso os apelos conjuntamente, em face da identidade de pleitos e de argumentos.

Narra a denúncia que, no dia 26.10.2005, no interior da cela nº 01 do pátio 02 da cadeia pública de Sacramento/MG, os réus, em união de desígnios, após combinarem impor intenso sofrimento à vítima Hélio Marques Dutra, desfecharam-lhe diversos golpes e choques, causando-lhe graves lesões, proporcionando-lhe risco de vida, incapacidade para as ocupações habituais e debilidade de membro e função, impondo-lhe sofrimento atroz e desnecessário, deixando-a caída no solo e desalentada.

A douta Magistrada de primeira instância, conforme já relatado, julgou a denúncia procedente para condenar os réus nas iras do artigo 1º, §§ 1º e 3º, da Lei 9.455/97, o que motivou o presente recurso.

Analizando detidamente os autos, verifiko que a materialidade e a autoria do crime em questão estão devidamente comprovadas pelos relatórios e folhas de internação, f. 09 e 77-84, Auto de Corpo de Delito de f. 115, prova fotográfica de f. 135/142, laudo pericial, f. 143-151, e, por fim, pelo conjunto dos depoimentos testemunhais.

Da mesma forma, a autoria é incontroversa, não obstante a negativa dos apelantes, encontrando-se consubstanciada nas declarações da vítima que, sob o crivo do contraditório, asseverou:

...que, na manhã seguinte, o depoente, após prestar depoimento, foi colocado na cela 01 juntamente com Denicley, José Olímpio, José Carlos, "Carioca", Renato, Juscelino e Ricardo Judice; que o depoente foi agredido por todos os detentos acima, mas quem o agrediu mais foram os detentos Juscelino, Denicley e José Olímpio; que Denicley, José Olímpio e Juscelino amarraram o depoente com um cabo de vassoura por debaixo das pernas com as mãos amarradas,

ficando o depoente deitado de lado, amarrado um fio no dedo do pé e começaram a lhe aplicar choques, com uma toalha molhada amarrado no pescoço; que os choques eram dados por todo o corpo do depoente; que os detentos jogaram água no depoente; que José Olímpio começou a bater no depoente com um cabo de rodo; que Luis Carlos Custódio disse que era bater no depoente com uma toalha amarrada das mãos; que o depoente não se recorda de Ricardo Judice agredi-lo; que o depoente apanhou um pouco até antes da janta chegar e novamente foi agredido após servir o jantar; que a idéia de tatuar as costas e o rosto do depoente partiu de Juscelino; que Denicley, Juscelino e José Olímpio executaram o ato; que o depoente foi queimado com sacolas plásticas, garrafas pet; que o depoente foi queimado nas costas, pernas, nádegas, olhos; que o depoente gritava por socorro e não aparecia nenhum policial para ajudar; [...] que o depoente ficou com várias sequelas das agressões: marcas das agressões, queimaduras nas nádegas, escarrar sangue; que o depoente ainda sonha com os fatos e ainda tem medo; que o depoente foi agredido pelos detentos porque não levou droga para o albergue e para a cadeia; [...] que as agressões se iniciaram no salão da cela e quando o depoente começou a gritar por socorro, o arrastaram para o banheiro; que os detentos tentaram tampar a boca do depoente para não gritar; que Luis Carlos Custódio enrolou as mãos numa toalha e desferiu golpes no depoente; que Juscelino foi quem começou a mandar os demais detentos a raparem a sobrancelha do depoente, fazer tatuagens nas costas... (Hélvio Marques Dutra, f. 321-323).

Exatamente pela dificuldade probatória em crimes dessa natureza é que se deve prestigiar a palavra da vítima, mormente quando ela se apresenta em sintonia com as demais provas, testemunhal e pericial, como ocorre *in casu*.

Sobre o assunto, já se manifestou este eg. Tribunal:

Penal. Processual penal. Apelação. Crime de tortura. Palavra das vítimas. Condenação mantida. - Em crimes de tortura, de regra praticados à clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de maior valia em relação aos relatos dos acusados, a quem compete desconstituir a autoria a eles imputada. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0470.06.026428-5/001, Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça, p. 1º.4.2009.)

Corroboram os relatos da vítima, além do relatório médico de f. 09, Auto de Corpo de Delito de f. 115 e fotos de f. 135-142, as narrativas do policial militar César Donizetti Oliveira, subscritor do BO de f. 08:

...que ao entrar de serviço na guarda da cadeia, tomei conhecimento que o preso Hélvio Marques Dutra havia sido espancado pelos presos da cela 1 pátio 2. Foi feito contato com o médico Dr. Renato e o mesmo compareceu na cadeia, onde examinou o preso e constatou: trauma contuso e hematoma, queimadura de segundo grau, escoriações no tórax direito, trauma contuso ocular. Foi escrito nas costas o número 24, a palavra safado, 01 pênis, tudo tatuado com tinta e agulha, segundo informações as queimaduras foram feitas com sacolas plásticas queimadas e deixavam o plástico quente cair nas nádegas do referido... (f. 08)

No mesmo sentido, asseverou o policial militar Geraldo Antônio de Miranda:

...que na ocasião presenciou o declarante, bem como o capitão Efzio, a oitiva de Hélvio; que Hélvio andava perfeitamente e aparentemente não apresentava novas lesões; que depois de 02 (dois) dias, aproximadamente, o declarante foi solicitado para escutar Hélvio que se encontrava internado em estado grave na Santa Casa desta cidade; que já no hospital, o declarante presenciou Hélvio dizer à enfermeira Arlete que os presos 'haviam pingado sacolinha plástica em seu corpo, e os presos seguraram ele ao solo enquanto outros pulavam em cima'... (f. 111/112).

Dessa forma, não há dúvidas de que a vítima já se encontrava machucada quando foi presa. Esse fato é narrado de forma uníssona pelas testemunhas. Todavia, conforme apurado, nessa ocasião, não havia qualquer ferimento grave.

De fato, esclareceram as testemunhas:

...que no dia em que Helvio Marques Dutra foi preso e autuado em flagrante por crime de furto, ele já apresentava ferimentos no corpo e no rosto, provocado por uma queda que teria sofrido de bicicleta e por ter reagido à prisão, dando muito trabalho aos que o prenderam; [...] que quando o mesmo foi recolhido na cela onde foi espancado, não apresentava nenhum ferimento grave, pois caminhava normalmente sem reclamar (sic) de qualquer sintoma de dores..." (Antônio Efzio Emanuel, f. 85-86).

...o depoente presenciou o depoimento da vítima na delegacia e pôde constatar que andava perfeitamente; que a vítima apresentava escoriações pelo corpo, as mesmas que estavam ao ser preso; [...] que após o depoimento da vítima, a mesma foi colocada numa cela com os detentos Denicley, Antônio e outros que não se recorda totalizando seis ou oito no total; [...] que a vítima disse ao depoente que os detentos colocaram fogo em uma sacolinha e ficaram pingando em seu corpo; que o depoente ouviu comentários de que Denicley assumiu a autoria das agressões, porém o depoente não acredita que teria sido só ele... (Geraldo Antônio de Miranda, f. 329-330).

Ora, dos fatos narrados acima, não há como deixar de reconhecer que os detentos submeteram a vítima a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, sendo certo que tal fato configura o hediondo crime de tortura, típico dos anos de chumbo que este país tanto quer esquecer.

De relevo destacar as duntas considerações da MM. Juíza na r. sentença:

[...] As negativas que apresentaram não encontram o menor arrimo em qualquer peça juntada. A perícia é eloquente nas descrições das cruéis lesões corporais praticadas na vítima; e, na sua análise, extrai-se a dedução lógica e transparente, que me é permitida, que referidas lesões não foram praticadas por apenas um acusado, que assumiu a responsabilidade pelos fatos, mas por todos que contribuíram com maior ou menor intensidade, até mesmo por necessidade de imobilização da vítima para a prática da tortura consistente nas

dolorosas, cruéis e desnecessárias lesões noticiadas e visualizadas nos autos pelas fotos, que somente mentes doentias, deturpadas e voltadas para o crime seriam capazes de planejar e executar o que se descreveu nestes autos, que estarrecem profundamente qualquer pessoa de bem que dela tome conhecimento e aviva memória de notícias de tempos idos... (f. 396).

Com essas considerações, tenho que tanto a autoria quanto a materialidade dos fatos narrados são indubitáveis no caso concreto, não havendo que se falar na aplicação do brocardo *in dubio pro reo* para absolver os apelantes.

Registro, apenas, que, não obstante a douta Magistrada ter condenado os réus pelo delito previsto no art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei 9.455/97, aplicou-lhes a reprimenda prevista no § 1º (combinado com o *caput*).

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

[...]

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

[...]

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

Todavia, não há como reformar a sentença recorrida, já que o equívoco contou com a inércia ministerial.

Quanto ao montante das penas fixadas, julgo que deve ser reduzido, já que levada em conta, na fixação das penas-bases de cada réu, a agravante da reincidência.

De pronto, registro que, analisando as CACs de f. 334-347 e 374-388, somente o réu Antônio José Olímpio (f. 340-341 e 381-382) é, de fato, reincidente (processo nº 569.05.003316-0) e possuidor de maus antecedentes (processo nº 569.05.001877-3), já que em suas certidões constam duas condenações com trânsito em julgado em data anterior ao delito ora em julgamento.

Todavia, sua pena deve ser reestruturada, já que, como dito, a reincidência foi valorada na primeira fase da dosimetria.

Com efeito, a reincidência, como é ressabido, é circunstância agravante da pena (art. 61, I, do Código Penal - CP) e, por isso, não pode servir para majorar as penas-base, devendo ser levada em conta, tão-somente, na segunda fase da dosimetria empreendida pelo critério trifásico.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados, *v.g.* e *mutatis mutandis*:

Apelação criminal. Crime de furto. Diminuição da pena. Possibilidade. Reincidência que fora utilizada tanto para aumentar a pena-base como para agravar a reprimenda na

segunda fase da dosimetria. *Bis in idem*. Pena recuada. Substituição. Inviabilidade. Acusado reincidente. Recurso provido em parte. (TJMG. Ap. Crim. nº 1.0051.05.013345-6/001. Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. 21.11.2007.)

[...] A reincidência deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, não se revelando como aspecto judicial. [...]” (TAMG. Ap. Crim. nº 2.0000.00.404057-3/000. Rel. Des. Edival José de Moraes. 30.9.2003.)

[...] A reincidência foi considerada, na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial, e, na segunda fase, como agravante, caracterizando, dessa forma, o *bis in idem*, que é vedado pelo ordenamento jurídico.” (TJMG. Ap. Crim. nº 1.0704.06.045361-7/001. Rel. Des. Fernando Starling. 1º.2.2008.)

O réu Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza), além de ser primário, é possuidor de bons antecedentes, f. 380.

Os demais, Luiz Carlos Pereira Custódio, Denicley Humberto Custódio e Renato Pereira Pacífico, apesar de primários, são portadores de maus antecedentes, f. 374-377, 383-386 e 387-388.

Nesse contexto, ressalto que me filio à corrente jurisprudencial pacificada no colendo STJ, para a qual configuram maus antecedentes as condenações com trânsito em julgado por crimes cometidos antes do delito em apuração que não caracterizam reincidência.

A propósito, veja-se:

Ementa: Processual penal e penal. *Habeas corpus*. Reincidência e maus antecedentes. Ausência de sentença condenatória com trânsito em julgado por crime anterior ao apurado. Pena. Regime. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Direito de recorrer em liberdade.

1. A sentença condenatória que ainda não transitou em julgado não caracteriza reincidência nem maus antecedentes. (Inteligência do artigo 5º, LVII, da Constituição da República.)

2. A agravante da reincidência somente se aplica quando, na data da prática do crime que se examina, já existe um anterior com sentença condenatória já transitada em julgado.

3. Caracterizam-se os maus antecedentes quando sobrevém sentença condenatória com trânsito em julgado, ainda que no curso do procedimento, por fato anterior ao que se examina.

4. A análise favorável de todas as circunstâncias judiciais e a ausência de outras causas que modifiquem a reprimenda determina a aplicação da pena privativa de liberdade no mínimo cominado.

5. A imposição de pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, aliada à análise favorável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, permite a sua substituição por restritiva de direitos.

6. A favorável análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a quantidade de pena imposta e a ausência de reincidência do agente justificam a imposição de regime mais brando.

7. O direito de o condenado recorrer em liberdade somente pode ser obstado mediante a presença, fundada no caso

concreto, de algum requisito do artigo 312 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (STJ - HC nº 94.024/SP - Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada Do TJMG - julgado em 18.3.2008.)

Desse modo, tendo em vista que os citados réus têm condenações com trânsito em julgado anteriormente à sentença recorrida, por fatos cometidos antes deste em apuração (processo nº 569.05.003278-2 - Luiz Carlos; processo nº 569.05.004001-7 - Denicley e processo nº 569.05.001591-0 - Renato), não há como deixar de reconhecer que estes réus possuem maus antecedentes.

Assim, em relação a estes, somente a recidiva deve ser decotada.

Verifico, ainda, que foram consideradas em desfavor de todos os réus as circunstâncias judiciais da personalidade e dos motivos.

Contudo, na ausência de uma análise percuciente dos elementos que formam a personalidade dos apelantes, porque ausentes elementos de prova que possibilitem tal exame, impõe-se reconhecer como favorável a eles esta circunstância judicial.

Ademais:

[...] 2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. [...] (STJ. HC 81866 / DF. REL. Ministra Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJMG - DJ 15.10.2007, p. 325.)

Da mesma forma, ao contrário do entendimento adotado em primeira instância, não há motivos relevantes a serem considerados, seja para beneficiar ou prejudicar os réus.

Lado outro, de ofício, reconheço a atenuante da menoridade em favor do apelante Luiz Carlos, já que relativamente menor à época dos fatos (data do delito: 26.10.2005, f. 03; e data de nascimento do acusado: 9.3.85, f. 02, 246 e 342).

Em razão de todo o exposto, passo a reaplicar-lhes as penas.

Antônio José Olímpio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo as penas-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Sendo o réu reincidente, conforme revelam as CACs de f. 340-341 e 381-382, aumento a pena-base em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Luiz Carlos Pereira Custódio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas

na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Militando em seu favor a atenuante da menoridade, reduzo a reprimenda em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, restando a pena assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Denicley Humberto Custódio - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Renato Pereira Pacífico - Considerando desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, as circunstâncias do delito e os antecedentes, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

Juscelino Ferreira da Silva (ou de Souza) - Considerando desfavoráveis ao apelante somente a culpabilidade e as circunstâncias do delito, conforme bem analisadas na sentença; e favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, restando a reprimenda assim definitivamente fixada, à míngua de atenuante e de causas de diminuição e aumento de pena.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, como determina o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, sendo inadmissível a sua substituição por restritivas de direitos.

O dia-multa será calculado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à data do delito, por não haver nos autos elementos que possibilitem a aferição da capacidade financeira do condenado.

Pelo exposto, dou parcial provimento às apelações, para reduzir as penas fixadas aos réus.

Custa *ex lege*.

É como voto.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

...