

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

APELAÇÃO CRIMINAL 2009.050.07472

APELANTES: (1) MINISTÉRIO PÚBLICO

(2) ODINEI FERNANDES DA SILVA

(3) DAVI LIBERATO DE ARAÚJO

APELADOS: OS MESMOS

ASSISTENTES: (1) JOSIE CRISTINA

(2) NILTON CLAUDINO DOS SANTOS

(3) JORGE ALEXANDRE SANTOS DE SOUZA

JUÍZO: 1.ª VARA CRIMINAL DO FÓRUM REGIONAL DE BANGU

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

Artigo 288, parágrafo único, do Código Penal; artigo 1.º, inciso I, alínea *a*, e § 4.º, incisos I e III, da Lei 9.455/97, três vezes, na forma do artigo 70 do Código Penal e artigo 157, *caput*, duas vezes, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal, tudo nos termos do artigo 69 do Código Penal.

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUADRILHA ARMADA, ROUBO SIMPLES E TORTURA MAJORADA. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO CONTEXTO LEGAL QUE, MALGRADO A NÃO TÃO RECENTE ADOÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO PARA A ESTRUTURAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO (ARTIGO 129, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA), AINDA ENFRENTA RESISTÊNCIAS DE ORDEM CULTURAL. QUADRO QUE APONTA PARA A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CUIDADO QUE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAIS RESERVAM À INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA. VIOLAÇÃO AO SISTEMA FISCALIZADOR QUE,

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

ENQUANTO A CULTURA DOS OPERADORES DO DIREITO SE ADAPTA À NOVA REALIDADE LEGAL, SERÁ TRATADA SEGUNDO AS NORMAS PRÓPRIAS DAS NULIDADES RELATIVAS. REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DE TODOS OS CRIMES IMPUTADOS SATISFATORIAMENTE COMPROVADAS NO PROCESSO. TORTURA PRATICADA MEDIANTE IMPOSIÇÃO DE SOFRIMENTO MENTAL. CONCURSO FORMAL SIMPLES. INEGÁVEL O CONCURSO DE AGENTES NOS CRIMES DE ROUBO, IGUALMENTE COMETIDOS EM CONCURSO FORMAL. AJUSTE DAS PENAS. Apelantes condenados pela prática do crime definido no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal; artigo 1.º, inciso I, alínea *a*, e § 4.º, incisos I e III, da Lei 9.455/97, três vezes, na forma do artigo 70 do Código Penal e artigo 157, *caput*, duas vezes, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal, tudo nos termos do artigo 69 do Código Penal. Defesas que sustentam a nulidade absoluta da instrução criminal, por violação ao disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal. Alterações trazidas pelas Leis 11.690 e 11.719/08 que enfrentam fortes resistências, decorrentes da cultura inquisitorial que ainda permeia a atuação de diversos operadores do direito, contra todas as evidências de que, desde 1988, a República do Brasil elegeu o sistema acusatório para estruturar o processo penal. Quadro cultural que, malgrado a não tão recente realidade constitucional, exige o cuidado que a doutrina e a jurisprudência do Direito Constitucional reservam à inconstitucionalidade progressiva, com vistas a permitir a adequada adaptação dos profissionais do direito à nova realidade

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

legal (artigo 212 do Código de Processo Penal). Assim, ao tempo do fato, a violação ao mencionado preceito dispositivo estava regulada pelas normas próprias das nulidades relativas, embora se reconheça, desde logo, que a sua violação, por implicar desrespeito a diversos direitos fundamentais, acarreta nulidade absoluta. Induvidosa a existência e a estabilidade de grupo criminoso de domínio armado de comunidade conhecida como Batan. Tortura física não comprovada, à vista da ausência de exame de corpo de delito, ao qual as vítimas não se submeteram. Denúncia que, porém, imputa também a tortura psicológica, mais do que demonstrada no processo. Roubos igualmente comprovados, tendo em vista a subtração de bens especialmente destinada à supressão de provas a respeito da existência da quadrilha, até então colhidas pelas vítimas, repórteres do Jornal O DIA que visavam à elaboração de reportagem investigativa sobre a milícia local. Ausência de autonomia de desígnios entre as torturas, que visavam ao fim único da supressão das mencionadas “provas”. Concurso formal simples. Concurso de agentes induvidoso quanto aos crimes de roubo, igualmente cometidos em concurso formal. Ajuste das penas.

RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 2009.050.07472, em que são apelantes e apelados o **MINISTÉRIO PÚBLICO**, **ODINEI FERNANDES DA SILVA** e **DAVI LIBERATO DE ARAÚJO**.

ACORDAM, **por unanimidade**, os Desembargadores que integram a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada no dia 26 de maio de 2011, em **dar provimento ao recurso do Ministério Público e parcial provimento aos recursos defensivos, aquietando as penas dos acusados em 20 (vinte) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa**.

O julgamento foi presidido pelo Desembargador Sérgio de Souza Verani. Participaram, como revisor, o Desembargador Cairo Ítalo França David e, como vogal, o Desembargador José Roberto Lagranha Távora.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2011.

DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

RELATOR

VOTO

Da apelação defensiva.

Início o voto a partir da apelação defensiva, que, se provida, prejudicará o recurso do Ministério Público.

Da arguição de nulidade por violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal.

A Defesa inicialmente sustenta a nulidade da instrução criminal, por violação ao disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

De fato, o mencionado preceito dispositivo deve ser respeitado pela autoridade judiciária, primeiro e principal responsável pelo controle da legalidade dos atos processuais.

Não obstante, é pertinente observar que as alterações trazidas pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719/08, ao Código de Processo Penal têm enfrentado fortes resistências.

Aparentemente o fenômeno é de objeção à evolução do processo penal brasileiro no sentido da transformação de um sistema processual com características inquisitivas em outro com marcas mais adequadas às garantias constitucionais que informam os Estados Democráticos de Direito – no caso brasileiro, ao artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

No tumultuado cenário da invalidade dos atos no processo penal brasileiro (nulidades), a questão sobre como proceder à inquirição de testemunhas é ainda mais tormentosa, e é necessário ter sensibilidade para a transição entre as formas inquisitoriais e acusatórias.

Com efeito, o processo penal brasileiro deve ser acusatório pelo menos desde 1988, pois é assim que está estruturado na Constituição.

Nesse particular, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 129, inciso I, estabeleceu como pressuposto básico da validade do processo a estrita observância do princípio acusatório.

Embora o sistema de mesmo nome não se confunda com ele, não se pode negar que se trata da principal premissa axiológica do sistema acusatório, conforme por mim salientado em *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*¹, o que evidencia o escopo constitucional de eleição dos demais princípios que o informam.

Não foi por acaso que o legislador de 2008 optou pela estruturação oral dos novos procedimentos, pois dentre os princípios que substanciam o sistema processual constitucionalmente eleito está o da oralidade, em contraposição à escritura.

¹ 4.^a Ed. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2006, p. 102-104.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Com efeito, não é rara relação entre sistemas autoritários e a forma escrita de instrução probatória e manifestação das partes no processo, a exemplo dos tempos de Inquisição².

Não se trata, evidentemente, de coincidência histórica, pois “a alternativa axiológica entre as formas oral e escrita, assim como aquela entre publicidade e segredo, reflete a diversidade dos métodos probatórios próprios do sistema acusatório e inquisitório: enquanto a forma escrita é inevitável em um sistema penal baseado nas provas legais, a forma oral o é, ao invés, nos sistemas informados pelo contraditório e pelo livre convencimento”³.

O efeito prático da oralidade no contraditório é de fato evidente porque, ao implicar necessariamente maior grau de publicidade dos atos, ela “abrevia a distância”⁴ entre os sujeitos processuais e, portanto, proporciona a imediação do diálogo entre eles: cientes do conteúdo das provas eventualmente produzidas em processo, as partes possuem maior liberdade e possibilidade de manifestação e interferência no convencimento do juiz.

Eis a função da prova: interferir no convencimento do juiz, a quem, a seu turno, a Constituição da República reserva o papel de árbitro do jogo processual, responsável pelo resguardo das normas que o regulam para que, ao final, possua condições de decidir o resultado da partida, sem antes emitir qualquer juízo de valor a respeito de qual seja a melhor equipe, para usar a metáfora de Julio Maier, que compara o processo a um jogo de futebol.

De fato, nada haveria mudado, sob o ponto de vista da efetividade das garantias constitucionais das partes – acusado e Ministério Público – se a nova legislação, não obstante consagrando o princípio da oralidade, mantivesse a intermediação do juiz na formulação de perguntas às testemunhas e na consignação dos respectivos depoimentos em ata.

E a ausência de coerência em uma modificação legislativa dessa natureza seria ainda mais flagrante se ao juiz permanecesse atribuída a função de acusar, embora sob

² Ferrajoli, Luigi. Trad.: Zomer, Ana Paula; Tavares, Juarez; Choukr, Fauzi Hassan e GOMES, Luiz Flávio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 451-454.

³ *Idem*, p. 494.

⁴ Carnelutti, Francesco. *Diritto e Processo*. Morano, Napoli, 1958, p. 151.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

as vestes da busca de uma verdade real inexistente, por meio da formulação de perguntas às testemunhas antes mesmo das partes, a antecipar determinado juízo de valor a respeito do fato apurado no processo.

O artigo 129, inciso I, da Constituição da República determina o oposto, e foi por isso que o legislador de 2008, vinte anos depois de sua promulgação, estabeleceu que “o juiz poderá **complementar** a inquirição”⁵, a denotar que a ele só caberá qualquer indagação se, depois daquelas feitas diretamente pelas partes, houver “pontos não esclarecidos” (artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Com efeito, a confiança que o cidadão deposita na pessoa que irá julgá-lo depende, evidentemente, da sua imparcialidade, e é esta a razão da separação das funções processuais no processo penal (princípio acusatório).

Assim, o sistema fiscalizador, previsto no artigo 212 do Código de Processo Penal, possui repercussão em esferas diversas, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito à prova, a imparcialidade do juiz e a inafastabilidade da jurisdição, substancialmente relevantes num processo penal democrático.

A cultura inquisitorial, porém, fincou raízes profundas e atingiu, quase que com a mesma intensidade e da mesma maneira, a doutrina e a jurisprudência brasileiras.

Não é surpreendente que haja resistências dessa natureza, considerando que historicamente a cultura jurídica brasileira pautou-se em valores autoritários – que emergem de contextos políticos da mesma natureza – como parâmetro de elaboração e aplicação das leis penais e processuais penais. Assim, surgem falsas premissas e conclusões.

Foi nesse contexto que muitas vezes lecionaram durante tanto tempo que o Código de Processo Penal busca a verdade real, que é compreensível a resistência de profissionais do Direito ao que não deveria ser novo mas é: a estrutura acusatória do processo.

É claro que a cultura acusatória, fortalecida pelo comando constitucional, está se infiltrando e contaminando os sujeitos processuais, e a prova disso é que diversos

⁵ Grifei.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

juízes, promotores de justiça e defensores são fiéis ao art. 212 do Código de Processo Penal, sem prejuízo algum ao esclarecimento dos fatos.

Assim, muitas vezes o nosso maior temor diz com fantasias e medos, sem a menor aderência à realidade. Mas o fato de não existirem os fundamentos dos nossos receios (“a verdade real”) não significa que os medos não sejam reais.

É o que se extrai do comportamento do d. magistrado autor da sentença, responsável pela colheita da prova.

Sua Excelência é, sem dúvida alguma, um juiz culto, interessado e responsável. Não há base para supor que desrespeite a lei motivado por interesses menores e, a bem da verdade, muito embora esteja entre os poucos que ainda resistem a aplicar as Leis 11.690 e 11.719/08, está certamente no grupo dos que acreditam fazer isso em benefício da justiça.

Todavia, a justiça se beneficiará muito mais do cumprimento da nova lei, que buscou transformar a feição do processo penal brasileiro e conformá-la à Constituição, do que da resistência ao seu cumprimento motivada por um sentimento de justiça que é pessoal (portanto não é público ou, de outra maneira, republicano) e rende homenagens ao que não existe: a verdade real.

O fato, porém, é que os sujeitos processuais, dentre eles o magistrado, que atuaram neste processo agiram em um momento de transição de regime processual. Nesse contexto, é compreensível que, malgrado tenha despachado expressamente no sentido da imediata aplicabilidade das normas processuais penais, o magistrado de primeiro grau tenha se recusado a atender o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal quando as reformas haviam recém entrado em vigor.

E isso é perfeitamente justificável num país em que o controle difuso de constitucionalidade, que dá poderes aos juízos monocráticos para deixarem de aplicar normas que considerem inconstitucionais, possui grande relevância: a quem está acostumado a trabalhar com uma lógica inquisitiva é compreensível que utilize esse poder para afastar a cultura acusatória que começa a permear a legislação.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Assim, o controle da legalidade dos seus atos pelo Tribunal justifica o mesmo tipo de cuidado que a doutrina constitucional reserva à inconstitucionalidade progressiva

Releva notar a respeito que em precedente histórico o e. Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade progressiva da lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública enquanto esse órgão não estivesse devidamente instalado ou estruturado⁶.

Assim é que no julgamento do *habeas corpus* 70.541, de 23 de março de 1994, o Tribunal Pleno, em voto da lavra do então Ministro Sydney Sanches, decidiu o seguinte:

*EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. **Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.** 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo*

⁶ Artigo 5º, §5º, da Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.

O voto do então Ministro Moreira Alves⁷, também no julgamento do mencionado *habeas corpus*, aponta os motivos pelos quais a norma foi declarada “ainda constitucional”.

Assim é que destacou o Ministro:

A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar.

Posteriormente, o e. Supremo Tribunal Federal⁸, valendo-se de idêntica fundamentação, reconheceu a legitimação do Ministério Público para a execução de

⁷ Apud. Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Ed. Saraiva. 3ª Ed. 2009. São Paulo. P. 479/80.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

sentença condenatória penal em âmbito cível (artigo 68 do Código de Processo Penal) naqueles Estados da Federação em que não há Defensoria Pública ou seu funcionamento é precário (RE 135.382-7/SP).

É que a Constituição da República, em seu artigo 134, erigiu a Defensoria Pública em “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”, e a omissão do Estado no implemento das instituições previstas na Carta Política acaba por criar “situações constitucionais imperfeitas”.

A alternativa encontrada pela e. Suprema Corte foi a de preservar a norma tendo em vista o contexto social evidenciado, “ficando claro, todavia, que, no futuro, a alteração do *status quo* poderia ensejar decisão em sentido oposto”⁹. Rejeitou-se, portanto, “a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa”¹⁰ que, por vezes, acaba por relegar a segundo plano a lógica de que a implementação de uma nova ordem constitucional está condicionada à própria mudança da realidade fática.

A mesma solução deve ser adotada no caso em questão, haja vista a mencionada e visível dificuldade de alguns operadores do direito em adaptar-se à nova realidade legal e, por via de consequência, ao (não tão novo) cenário constitucional.

Não que a observância do artigo 212 do Código de Processo Penal seja exigível no futuro como hoje, após mais de 2 anos da reforma processual, deve ser efetivamente exigida: sob a perspectiva das normas constitucionais que dizem respeito aos direitos

⁸ LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (RE 135328, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994, DJ 20-04-2001 PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879)

⁹ Informativo de Jurisprudência 272. Transcrição: “A questão da “lei ainda constitucional””. RE 341.717. Rel. Ministro Celso de Mello.

¹⁰ Idem.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

fundamentais dos cidadãos – como o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição –, cujo desrespeito, é por todos sabido, não carece sequer da aclamada comprovação do prejuízo para fins de declaração da nulidade do processo, conforme afirmado por Ada Pellegrini Grinover¹¹:

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

A alteração legislativa em questão, porém, importa inversão completa dos princípios processuais que no plano legal – e apenas nele – vigiam antes das reformas de 2008 e, muito embora isso derive de uma concepção não tão nova do processo penal, já que inaugurada em 1988, é compreensível que o lastro cultural da legislação anterior necessite de um período de adaptação à nova realidade legal.

Assim, a declaração da nulidade da inquirição de testemunhas pelo método antigo **ao tempo do fato** estava regida pela técnica própria das nulidades relativas.

No caso, a Defesa não se manifestou sobre o método de inquirição (fls. 626/7) em alegações finais (fls. 906/38).

Não há como acolher o pleito em apelação, ao menos **por enquanto**, sem a provocação prévia em primeiro grau.

Dessa forma, a arguição de nulidade não será acolhida.

Dos fatos.

A prova oral tem força suficiente para confirmar o juízo de censura em relação aos fatos principais: tortura, roubo e quadrilha.

Seu peso especial decorre das circunstâncias marcantes do caso concreto: fazendo-se passar por moradores que recentemente haviam mudado para a comunidade do Batan, as vítimas, empregadas do Jornal O DIA, iniciaram coleta de dados para

¹¹ *As Nulidades no Processo Penal*. 9.ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 31.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

futura reportagem acerca de uma organização criminosa que dominava a região – uma milícia.

De acordo com NILTON (fls. 628/9), ele “ficou incumbido de freqüentar bares e se integrar com homens da comunidade, enquanto Josie, se incumbia de freqüentar as igrejas e tentar se relacionar com as mulheres da comunidade”, sendo que as três vítimas passaram a procurar emprego, por imposição da própria organização criminosa local, que “não admitia desempregados na comunidade”.

Assim, boa parte dos depoimentos às fls. 628/41 está centrada nos contatos iniciais desses jornalistas com moradores, visando a identificar os integrantes da quadrilha, determinar a atuação deles na região e o modo como interagiam com os demais moradores, além de colher fotografias, algumas das quais supostamente captando atos de “justiçamento”, por meio dos quais a quadrilha assegurava a dominação da referida área.

O desenrolar desses fatos apoia a convicção de que os jornalistas realmente estavam na comunidade há alguns dias orientados pelo mencionado propósito, conforme declarado por JORGE à fl. 635, e nada existe no processo que leve a conclusão distinta.

Nesse contexto, a identificação dos apelantes ODINEI e DAVI como integrantes da quadrilha não pode ser colocada em dúvida.

A autoria, a propósito, é fortemente reforçada pelos depoimentos de JORGE (fls. 635/41) e NORMA (fls. 642/5), mãe dele e moradora da comunidade do Batan.

Com efeito, JORGE declarou às fls. 635/6:

(...) que conhecia Odnei e Davi antes dos fatos, e mantia relacionamento maior com este segundo; (...) que mesmo antes do seqüestro viu nos dias antecedentes Odnei e Davi; que com este último chegou a conversar; que às vezes via Odnei sábados e domingos pela manhã, e por vezes após 19 horas na padaria; que Odnei portava um pedaço de pai e dizia que amolava para bater nos outros; que via Davi mais aos sábados, inclusive recolhendo o dinheiro do gás; que Davi pegava de um homem de camisa camuflada este dinheiro; que este homem era chamado Sr. Paulo; que Paulo era uma espécie

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

de gerente de Odnei e Davi; que por vezes Dabo portava uma espingarda calibre 12 se dizendo segurança de Odnei; (...) que na comunidade Odnei se intitulava se zero um e gostava de ser chamado assim; (...) que fotografaram carros de gás, VTR's policiais dentre outras coisas; que as viaturas paravam numa padaria comumente usada pelos milicianos; que via Odnei cumprimentando policiais nesta padaria; que Odnei gostava muito de andar com capuz na cara para dizer que era o cara; que reconheceu Odnei mesmo com o capuz, porque conhece sua voz e seus traços físicos; (...) que no dia do "pago-funk" foi acompanhado de uma menina da comunidade e esta lhe apontou Odnei dizendo "aquele é o zero um"; que com relação a Davi a jovem disse "Davi é maluco, vamos lá que o tráfico volta para cá e a mãe dele, que mora aqui, vai ter que sair" (...)

Igualmente, NORMA (fls. 642/5) disse que, quando seu filho esteve em sua casa em poder dos torturadores, foi chamada de "tia" por um deles, a denotar que ele já a conhecia.

Assim, não há dúvida de que ODINEI e DAVI são os comandantes de um enorme grupo que domina, de maneira clandestina e violenta, a comunidade do Batan.

Também o relato do modo como os moradores se submetiam aos mais de 10 agentes, "incentivados" a colaborar com o grupo criminoso "O Águia" (fl. 07), reforça a tese acusatória de que havia uma quadrilha fortemente estruturada e muito segura de dominar as condições para subjugar os moradores em troca de "segurança".

É o que revela o seguinte trecho do depoimento de NILTON (fl. 632):

(...) que apurou que a milícia explorava o gás, venda água mineral, gato net, segurança de moradores comerciantes; que o transporte alternativo também era dominado pelos milicianos; que viu milicianos portando armas ostensivamente na comunidade em carros e motos; que a venda dos produtos e serviços acima descritos, eram exclusivos dos milicianos; que o que viu que usuários de drogas eram ridicularizados e forçados a fazer trabalhos na comunidade; que a associação eram presididas por um homem de nome

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Paulo; que Paulo estava promovendo um Censo na comunidade para apurar quem seria os políticos que a comunidade deveria votar; que Josie (...)

As circunstâncias dessa dominação, que envolve o exercício armado de um poder à margem da lei, obrigando os moradores a “contratarem” serviços de segurança que nada mais são do que uma forma de violar direitos humanos, revela uma maior reprovabilidade da conduta dos apelantes, a justificar a pena de 3 (três) anos de reclusão aplicada na sentença.

Quanto aos crimes de tortura e roubo, igualmente relatados em juízo pelas vítimas, também há provas suficientes para confirmar a tese acusatória.

De algum modo, os repórteres foram descobertos e capturados no dia 14 de maio de 2008, conforme eles próprios (fls. 629/45) e MARCIO (fls. 654/6) declararam.

Toda a ação praticada entre a noite deste dia e a madrugada do dia seguinte, ainda de acordo com a referida prova oral, teve por objetivo destruir as evidências que as três vítimas haviam coletado.

Não se trata apenas do roubo de R\$ 800,00, do relógio e do celular de NILTON (fls. 628/34) ou da subtração da máquina fotográfica de JORGE (fl. 638), bem como de outros bens da mesma vítima.

Essa ação criminosa, que se destaca da quadrilha e da prática da tortura, enquadrava-se no contexto como reforço à intimidação para que os agentes, comandados por ODINEI e com a atuação de DAVI, eliminassem os vestígios da reportagem incriminadora, cujo teor chegou ao conhecimento da quadrilha quando tiveram acesso aos endereços eletrônicos de JOSIE e NILTON (fls. 631 e 638) e ao conteúdo das mensagens reveladoras da reportagem investigativa.

A tranquilidade com que agiram os mais de dez criminosos em uma região densamente povoada, sequestrando as vítimas à frente de outras pessoas (fls. 629 e 636) sem que elas tivessem coragem de noticiar o crime, demonstra a existência de uma sociedade criminosa estável e confiante em seu domínio territorial.

A tese de negativa de autoria esgrimida pelos condenados, e que vale para as três infrações penais, esbarra no já citado reconhecimento indubitoso e termina por se dissolver exatamente no móvel das torturas e dos roubos: descobrir o teor da

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

reportagem e eliminar fotografias, registros e outros elementos capazes de comprometer os condenados e os demais agentes.

Os depoimentos judiciais das vítimas têm um ponto em comum. Quando ODINEI e DAVI tomam conhecimento do teor das mensagens eletrônicas, ambos e os demais agentes potencializam as agressões e ameaças.

Nesse sentido são os seguintes trechos dos depoimentos de NILTON e JORGE:

(...) que exigiram e receberam os e-mail's pessoais do depoente e de Josie; que uma pessoa acessou as caixas postais e, por nextel, ia resumindo o conteúdo para o grupo; que tão logo tiveram acesso ao conteúdo das matérias repassadas por Josie o grupo intensificou as agressões (...)

(fl. 631)

(...) que então lhe foi pedido seu e-mail pessoal; que o depoente não tinha, mas Josie e Nilton forneceram os seus; que então os milicianos tiveram acesso ao conteúdo das mensagens de Josie e Nilton; que em razão disso voltaram a agredi-los (...)

(fl. 638)

A razão é facilmente explicada: os criminosos se deram conta de que a quadrilha, com a identidade de seus membros, sua estrutura e seu modo de atuação, fora revelada.

Diante disso, é evidente que os agentes poderiam supor que a polícia soubesse dos seus passos e que pudessem estar sendo monitorados.

Nesse cenário, compreende-se o longo “passeio” do rádio utilizado por ODINEI, conforme sublinhou a Defesa (fls. 1073/5), que não prova necessariamente que este acusado estivesse nos lugares referidos pelo defensor. Seu rádio estava, certamente. Ele continuava torturando as três vítimas, possivelmente acreditando, por ser policial, que eventual monitoramento de sua linha telefônica o colocaria fora do palco dos eventos.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Assim, a prova oral passa a ser decisiva e, como as vítimas conheciam os condenados, desprezar a palavra delas impunha demonstrar relevantes motivos para que mentissem a respeito de fatos tão graves. E esta contraprova não foi feita.

Não se trata de falsa memória, como pretende a Defesa. A falsa memória presume contato rápido e superficial entre as pessoas envolvidas nos eventos. No caso, as vítimas conheciam bem os acusados, com quem conviveram bastante durante duas semanas e em poder de quem ficaram por mais de 7 horas no dia dos crimes.

Especificamente no que concerne à condenação pela tortura, a Defesa alega que não há exame de corpo de delito capaz de confirmar as agressões físicas em tese praticadas contra as vítimas.

Por este ângulo mais limitado a Defesa está certa: as vítimas disseram que não foram levadas a exame de corpo de delito (fl. 638).

Isso é perfeitamente compreensível.

As vítimas levaram 13 dias para formalizar a notícia do fato à autoridade policial (fls. 04/6) e mesmo assim só o fizeram depois de vencer fortíssima resistência.

Em seu depoimento (fl. 639), JORGE ALEXANDRE relata que estava muito traumatizado e não queria ir até a delegacia, “pois se recorda de ODINEI dizendo ‘o dia que minha mão chorar, a de vocês vai chorar primeiro’”.

Mais uma vez, o forte poder de intimidação da quadrilha foi usado para tentar eliminar qualquer vestígio de prova capaz de incriminar os condenados.

A denúncia, todavia, não se limita a imputar a tortura física, mas salienta que os condenados submeteram as vítimas a extraordinário sofrimento mental.

Mantidas em cativeiro, impossibilitadas de reagir tendo em vista a extraordinária superioridade numérica dos agentes e a vantagem estratégica determinada pelo modo como foram surpreendidas pelos criminosos, as vítimas seriamente poderiam pensar em ver concretizada a ameaça da asfixia, roleta russa e empalamento.

É o que revelam as circunstâncias descritas no seguinte trecho do depoimento de NILTON (fl. 630):

(...) que dentro da sala onde estavam foi posto um gravador que repetia incessantemente a seguinte frase: “esse homem que está com afaça (sic) no seu

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

pescoço vai lhe matar, entregue sua alma a Jesus”; que ao fundo ouvia-se um som de clarinete; que a seguir foram levados para um quarto e cerca de 15 homens formaram uma espécie de Tribunal, muitos deles insistindo pela pena de morte; que havia um revezamento de espancamentos e Josie era asfíxiada com um saco enquanto o depoente era asfíxiado com as mãos; que os elementos empregava, também a roleta russa; que este Tribunal já tinha decretado a pena de morte do grupo e inclusive que iriam levar os cospos para a favela e colocar cocaína para dizer que foram os traficantes (...)

Por isso, está correto o juízo de censura ao reconhecer a existência da tortura praticada mediante imposição de sofrimento mental (fls. 165/6), dispensando-se a prova de um adicional sofrimento físico.

Cumprido destacar que a tortura psicológica não deixa vestígios. Com efeito, a melhor doutrina não contesta tratar-se o corpo de delito do conjunto de elementos **físicos ou sensíveis do fato criminoso**, quer os que constituem o delito, quer os que serviram para praticá-lo, assim divididos e designados de *corpus criminis*, *corpus instrumentorum* e *corpus probatorium*.

E o sofrimento mental implicado pela tortura psicológica não é capaz de deixar à vista esses elementos físicos ou sensíveis, de sorte que a ausência de laudo com a finalidade de comprová-lo não viola o artigo 158 do Código de Processo Penal.

Todavia, a Defesa tem razão em outro ponto, desta vez com consequências práticas inegáveis: a sentença reconhece o concurso formal das torturas, mas opta pela aplicação da pena de acordo com a regra da parte final do artigo 70 do Código Penal (fl. 992), malgrado tenha classificado no dispositivo como regulada pelo artigo 69 do mesmo estatuto (fl. 988).

O argumento judicial para a aplicação das penas somadas consistiu em reconhecimento de desígnios autônomos, meramente mencionados pelo juiz na sentença.

Neste ponto, o magistrado parece ter confundido pluralidade de comportamentos com pluralidade de condutas, reveladoras, a seu turno, de uma suposta multiplicidade de desígnios.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

É natural que assim seja, pois no plano empírico, em geral, as condutas não se dão por um único comportamento, mas por vários deles. O que não se pode ignorar, porém, é que, se cada comportamento configurasse uma conduta distinta, não haveria base ôntica para a definição de crimes complexos no Código Penal.

O argumento de uma ficção jurídica, usualmente invocada para justificar abusos legislativos típicos de regimes autoritários, não procede: seria inaceitável que o Código Penal elege-se como típicas condutas criadas a partir da imaginação do legislador, sem correspondência na realidade fática.

Nessa perspectiva, é preciosa a lição de Zaffaroni orientada à identificação do concurso formal de delitos, que se configura a partir de uma pluralidade de tipicidades por meio de uma única conduta, que, não obstante, nem sempre se verifica pelo exercício de um único comportamento:

Para que estes vários movimentos exteriores possam ser considerados como uma conduta única, necessariamente requerem a existência de um plano comum, isto é, uma unidade de resolução. (...) O plano comum constitui o fator final indispensável para considerar, como uma conduta, uma pluralidade de movimentos voluntários (...).¹²

É claro que a isso o autor acrescenta, como pressuposto de uma unidade de conduta, o denominado fator normativo, conferido pelo tipo penal, mas o que importa para a consideração da natureza imprópria do concurso formal no caso concreto é a definição da unidade de conduta, que, como salientado, depende de uma unidade de desígnio.

Nesse aspecto, o mesmo autor destaca que o “legislador brasileiro de 1940 complicou ainda mais as coisas, ao construir uma fórmula de difícil compreensão e explicação (...). Com efeito, se os desígnios são autônomos, não existe unidade de ação, e, conseqüentemente, um concurso formal”¹³.

Por outro lado, é instintivo que, no caso concreto, houve uma única conduta dos agentes, todavia apta a configurar o crime de tortura em face de três vítimas

¹² *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. 8.^a ed. RT. São Paulo, p. 617.

¹³ *Idem*, p. 623.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

distintas, de modo que o critério material de incriminação (bem jurídico tutelado) impõe reconhecer pluralidade de tipicidades.

Daí por que se mostra adequada a definição que Zaffaroni confere à unidade de desígnios, por meio de exemplo bastante elucidativo:

Basta pensar na hipótese de quem, durante seis meses, subtrai diariamente, uma pequena quantidade de dinheiro, com o propósito de apoderar-se de uma soma total que não pode subtrair numa única oportunidade porque seria descoberto. (...)

O dado ôntico mais elementar e primário de qualquer unidade de conduta é o fator psicológico ou fator final, isto é, uma unidade de dolo ou de resolução, uma resolução ou dolo unitário: se quem furta diariamente uma pequena quantidade de dinheiro não age com uma decisão única, como, por exemplo, apoderar-se do dinheiro que necessita para pagar uma dívida ou para comprar um móvel, mas repete a decisão diariamente, porque se sente tentado diante da mesma circunstância, não haverá uma continuidade da conduta, e sim tantas condutas quantas forem as decisões tomadas.¹⁴

Assim, por desígnios autônomos compreendem-se projetos criminosos independentes, desvinculados do plano original.

No caso sob julgamento, no entanto, desde o início os agentes torturaram os repórteres com um único objetivo: ter acesso às “provas da reportagem” e evitar a presente acusação. Tratava-se, portanto, de um único plano, desdobrado em diversos comportamentos – e deles dependente – constitutivos de uma única conduta.

A hipótese, pois, é de concurso formal simples, devendo ser afastado o critério do cúmulo material maléfico empregado na sentença.

A pena de 6 (seis) anos de reclusão aplicada a cada condenado, pelo crime de tortura, será mantida.

Isso porque determinados atos de crueldade são tão significativos que não é possível raciocinar em termos matemáticos: mais ameaças, mais socos, mais pontapés correspondem certamente a uma maior gravidade.

¹⁴ Idem, p. 620.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

O que as vítimas suportaram sem a menor condição de saber que sairiam vivas por si só é revelador de uma extrema crueldade típica da culpabilidade exasperada dos que se sentem seguros para abusar do poder e violar sistematicamente os direitos humanos.

Essa pena deverá ser aumentada da metade pelo concurso formal, aumento máximo igualmente ancorado no mais elevado juízo de censura dos apelantes, à vista da extraordinária superioridade numérica, aquietando-se em 9 (nove) anos de reclusão.

A prova oral também confirma o roubo, conforme referido, tendo em vista que as agressões e ameaças sofridas pelas vítimas viabilizaram a subtração de diversos de seus bens, como R\$ 800,00 (oitocentos reais), celular, identidade e relógio pertencentes a NILTON (fl. 632), bem como da máquina fotográfica utilizada pelo grupo para obter provas da atuação da quadrilha.

Nesse contexto, cumpre destacar que a ação consistiu em um misto de butim e apropriação de provas.

Da apelação ministerial.

Neste passo, enfrenta-se o recurso do Ministério Público, ao qual se dará total provimento.

A denúncia, tanto quanto a sentença – quando refere no dispositivo a incidência do art. 69 do CP relativamente às torturas e na fundamentação trata a hipótese como concurso formal –, contém erro material.

Com efeito, a petição inicial descreve pormenorizadamente crimes de roubo em concurso de agentes e, por erro, os classifica como roubo simples:

*Certo é que, antes de libertaram (sic) as vítimas, os DENUNCIADOS, consciente e voluntariamente, **em unidade de ações e desígnios entre si e com os demais comparsas**, ainda se aproveitando da violência e grave ameaça já empregadas, subtraíram o celular, o MP3, dois televisores, equipamentos eletrônicos e R\$ 60,00 (sessenta reais) da vítima Josie, bem como um celular, R\$ 800,00 (oitocentos reais) e documentos da vítima Nilton.¹⁵*

¹⁵ Negrito meu.
AP 7472/09 - FE

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Trata-se, pois, de hipótese clássica de *emedatio libelli*, como destacou o recorrente.

E o concurso de agentes no roubo está fartamente comprovado, pois JORGE e NILTON mencionaram a presença de pelo menos dez agentes na ação delituosa (fls. 628/41), sendo esse número tão extraordinário, dadas as circunstâncias em que as vítimas foram intimidadas, que justifica que sobre a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, bem fundamentada pelo juiz, incida a fração de 2/5, alcançando 7 (sete) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Da mesma maneira, é inegável o concurso formal, que na hipótese esbarra na continuidade delitiva, tendo em vista a dinâmica da subtração, realizada em partes, conforme os agentes se deslocavam com as vítimas no itinerário descrito na denúncia, conforme declarações dos lesados (fls. 628/41).

Distintamente da tortura, a fração de aumento que incidirá pelo concurso de crimes será de 1/6, pois o propósito da ação do roubo relaciona-se instrumentalmente à tortura.

Dessa maneira, a pena do roubo para ambos os condenados será fixada em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Somadas as reprimendas dos três crimes, cada um dos acusados tem sobre si as penas de 20 (vinte) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

As circunstâncias violentas dos fatos e a quantidade de pena impõem a manutenção do regime fechado.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso do Ministério Público e dar parcial provimento aos recursos defensivos, aquietando as reprimendas dos acusados em 20 (vinte) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2011.

GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR