



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Registro: 2015.0000921283

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0007260-31.2014.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JORGE BARBOSA VANDERLEY, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRCIO BARTOLI (Presidente) e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 26 de novembro de 2015

AIRTON VIEIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Apelação Criminal n. 0007260-31.2014.8.26.0005

Apelante: Jorge Barbosa Vanderley

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**Origem: Vara Regional Leste 2 de Violência Doméstica Contra a
Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista da Comarca de São
Paulo**

MM. Juiz de Direito: Caio Moscariello Rodrigues

Voto n. 3.636

APELAÇÃO. TORTURA. AMEAÇA. MATERIALIDADES E AUTÓRIAS COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL. CRIMES CONSUMADOS. PALAVRA DOS POLICIAIS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS ESTABELECIDAS DE MODO ESCORREITO. REGIME FECHADO E REGIME SEMIABERTO MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidades e autorias comprovadas com relação aos crimes de ameaça e tortura. Circunstâncias do caso concreto indicam os dolos adequados às espécies.

2. Os depoimentos judiciais de policiais, militares ou civis e de guardas civis, têm o mesmo valor dos depoimentos oriundos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais. Entendimento contrário seria e é chapado absurdo, porque traduziria descabido e inconsequente preconceito, ao arrepio, ademais, das normas Constitucionais e legais. No duro, inexistente impedimento ou suspeição nos depoimentos prestados por policiais, militares ou civis ou por guardas civis, mesmo porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, chamando-os à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Logo, são manifestas a ilegalidade e mesmo a inconstitucionalidade dos entendimentos que subtraíssem, "a priori", valor dos sobreditos depoimentos judiciais pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas da qualidade de policiais "lato sensu". Precedentes do STF (HC 87.662/PE, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 05.09.06; HC 73.518-5 – Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.10.96; HC 70.237, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 157/94) e do STJ (AgRg no AREsp 262.655/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06.06.13; HC 177.980/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 28.06.11; HC 149.540/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.04.11; HC 156.586/SP, Rel. Min. Napoleão

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

Nunes Maia Filho, j. 27.04.10).

Outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei n. 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. Precedentes do STJ (HC 290.371/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 27.05.14; RHC 45.173/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26.05.14; HC 109.105/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.02.10).

3. Crime de ameaça consumado. É evidente que se a vítima levou a ameaça a sério, tanto assim que lavrou o boletim de ocorrência, de se convir não ser lícito, a quem quer que seja, colocar sob suspeita a sua idoneidade. Por sinal, é sabido que nos crimes de "quatro paredes", ou seja, naqueles crimes praticados dentro do âmbito domiciliar, em sede familiar, tais como o estupro ou aqueles da esfera de proteção da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), a palavra da vítima tem especial atenção, haja vista não haver outras testemunhas, senão ela própria, para confirmar a sua versão. É um dos poucos elementos a partir dos quais é possível chegar-se ao conhecimento e à apuração dos fatos, dada a esfera restrita em que estes costumam ocorrer. Isso não significa que tal meio de prova apresente caráter absoluto, ou que não possa ser afastado por outros elementos. Entretanto, quando o relato da ofendida é trazido às autoridades públicas de forma consistente e verossímil, impende reconhecer a suficiência do acervo probatório e a necessidade de intervenção estatal para a garantia da segurança e da dignidade da vítima. Relembre-se, ainda, que a vítima demorou muito tempo para se dirigir à Delegacia de Polícia justamente em razão do cunho das ameaças do réu e de toda a violência que ele impingia contra o seu filho, que também era ameaçado por ele. Precedentes do STJ (RHC 34.035/AL – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 05.11.2013 – DJe 25.11.2013; AgRg no AREsp 213.796/DF – 5ª T. – Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR) – j. 19.02.2013 – DJe 22.02.2013; HC 179.364/DF – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 07.08.2012 – DJe 16.08.2012).

4. A consumação do crime de tortura, previsto no art. 1º, II, combinado com o §4º, II, da Lei n. 9.455/97, ocorre no momento em que o constrangimento é realizado pelo sujeito ativo, podendo ser de ordem física ou moral. Trata-se de crime próprio quanto aos sujeitos, uma vez que o sujeito ativo deve ser alguém que tem guarda, poder ou autoridade – ainda que transitória – sobre o sujeito passivo.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

5. É evidente que o reconhecimento que uma vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes de tortura, normalmente tocados de clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária filiar-se, à falta de testemunhas presenciais (embora, no caso em tela, tenha tido). Por isso, quando o reconhecimento ocorre, sem que nada o macule, como no caso dos autos, o que cumpre é aceitá-lo.

6. Impossibilidade de desclassificação da conduta do réu para o crime de lesão corporal, muito menos para um eventual crime de maus-tratos, mormente porque restou provado, tanto quanto se analisou na r. sentença, ter o réu agido com o dolo adequado à espécie, consistente em impingir sofrimento intenso à vítima (basta ver as fotografias acostadas nos autos), como forma de "castigo pessoal" ou "medida de caráter preventivo", tal como reclama o tipo penal em comento, por meio da prática de inúmeras condutas, a saber: o réu espancava a vítima, apertava o seu órgão genital, apertava os dedos da sua mão com alicate, batia forte no seu ouvido, fazia-a ficar em pé do lado de fora da sua casa durante a noite e lhe dava vinagre para beber. Isso, nem de longe nem de perto, parece-me consubstanciar meras lesões corporais ou abuso dos meios de correção ou disciplina. Inteligência da Doutrina. De mais a mais, afora as disposições constantes da Lei Especial e da nossa Constituição Federal, temos inúmeros Diplomas Internacionais ratificados pelo Brasil, que também servem de norte para reafirmar a importância do tratamento diferenciado que deve ser dado para o crime em comento, a começar pela "Declaração Universal de Direitos Humanos" (1948) e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como: a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica" (1969), a "Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura" (1985) e a "Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes" (1991), além da "Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança" (1990), que também é aplicada para o caso concreto.

7. Dosimetria das penas estabelecidas de modo eskorreito.

8. Regime inicial de cumprimento de pena para o crime de tortura será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. Regime semiaberto mantido para o crime de ameaça.

9. Improvimento do recurso defensivo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

VOTO

Jorge Barbosa Vanderley foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo como incurso nas penas do art. 1º, II, combinado com o §4º, II, da Lei n. 9.455/97, na forma do art. 71, "caput", do Código Penal (em relação à vítima Richard Barbosa) e do art. 147, "caput", combinado com o art. 61, II, alínea 'f', na forma do art. 71, "caput", todos do Código Penal (em relação à vítima Tatiane Barbosa) (fls. 01-D/02-D).

Ao final, sobreveio audiência de instrução, debates e julgamento, ocasião em que se viu condenado às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, regime fechado e 10 (dez) dias-multa, no piso, nos termos do art. 1º, II, combinado com o §4º, II, da Lei n. 9.455/97 e 10 (dez) meses de detenção, regime semiaberto, nos termos do art. 147, "caput", do Código Penal, por diversas vezes (fls. 122/130).

Recorre, agora, a defesa do réu, pleiteando a sua absolvição, alegando insuficiência de provas. Alternativamente, requereu a desclassificação do crime de tortura para o crime de lesão corporal e a modificação do regime inicial para o cumprimento da pena (fls. 149/151).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento da apelação defensiva, mantendo-se a r. sentença nos termos em que proferida (fls. 153/158).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 163/165).

É o relatório que se acresce ao da r. sentença.

Nega-se provimento ao apelo defensivo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Deflui da denúncia que, em datas incertas, porém, entre o final do ano de 2012 e 02 de abril de 2014, no interior da residência situada na Rua Jerônimo de Abreu do Vale n. 131, em São Paulo, o réu **Jorge Barbosa**, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, por diversas vezes em continuidade delitiva, submeteu o seu enteado **Richard Barbosa**, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal e também como medida de caráter preventivo, resultando lesão corporal. Consta, ainda, que o réu, prevalecendo-se das mesmas relações domésticas e familiares, por diversas vezes em continuidade delitiva, ameaçou a sua esposa **Tatiane Barbosa**, de causar-lhe mal injusto e grave. Segundo se apurou, o réu e a vítima Tatiane Barbosa casaram-se há aproximadamente 01 (um) ano e 06 (seis) meses e passaram a viver juntos, sendo que ela levou consigo o seu filho Richard Barbosa, ora vítima, que era fruto de um relacionamento anterior. Desde então, o réu passou a agredir a criança constantemente, desferindo socos em seu corpo, pressionando fortemente o seu pescoço e os seus órgãos genitais com as mãos e apertando os seus dedos usando alicate. Ademais, constou da peça acusatória que o réu restringia a alimentação da vítima Richard Barbosa, impedindo-o de comer certos alimentos, destinados tão-somente aos seus filhos biológicos, além de obrigá-lo a ingerir papel e pimenta. O réu, em diversas oportunidades, acordava a vítima Richard Barbosa e o obrigava a dormir em pé ou fora da casa, ao relento. De mais a mais, também restou descrito na denúncia que a vítima Tatiane Barbosa, mãe da também vítima Richard Barbosa, tentava intervir nas agressões sofridas pelo filho, mas nas respectivas intervenções era ameaçada de morte pelo réu. Por fim, a vítima Richard Barbosa relatou todos os fatos mencionados às vice-diretoras da escola em que estudava, as quais acionaram a Polícia Militar (fls. 01-D/02-D).

As materialidades criminosas estão consubstanciadas no Boletim de Ocorrência (fls. 13/19), no termo de declarações (fls. 08/11), nas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

fotografias (fls. 35/36 e 45/46) e no laudo de exame de corpo de delito (fls. 69), que comprovam que a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve.

Quanto às autorias, interrogado em Juízo, o réu **Jorge Barbosa** negou-as, dizendo que "batia" no seu enteado para corrigi-lo, assim como fazia com os seus filhos. Afirmou que não o deixava dormir de pé e que não praticou os atos mencionados na denúncia. Informou que tudo o que fazia com o seu enteado era na intenção de corrigi-lo e que, realmente, pode ter ido além dos limites. Esclareceu que o seu enteado era muito levado e andou brigando na escola, por isso estava com aquelas marcas no seu corpo (relativas às fotografias de fls. 35/36 e 45/46). Por fim, contou que jamais ameaçou a sua esposa caso ela contasse para alguém sobre as agressões que o seu filho sofria (fls. 91 e 94 – mídia digital). Entretanto, a sua negativa de autorias criminosas restou isolada nos autos.

Isso porque, **Richard Barbosa**, vítima, em Juízo, reconheceu o réu como sendo o autor dos fatos mencionados na denúncia. Contou que o seu padrasto o espancava, apertava o seu órgão genital, apertava os dedos da sua mão com alicate, batia forte no seu ouvido, fazia-o ficar em pé do lado de fora da sua casa durante a noite e lhe dava vinagre para beber. Afirmou, ademais, que o seu padrasto lhe pedia para que não contasse para ninguém sobre as agressões, caso contrário o mataria e à sua mãe. Ao fim e ao cabo, declarou que teve muitos pesadelos depois da prisão do réu e que já teve vontade de matá-lo (fls. 92 e 94 – mídia digital).

Tatiane Barbosa, vítima, em Juízo, reconheceu o réu como sendo o autor dos fatos mencionados na denúncia. Contou que o réu vinha agredindo o seu filho há algum tempo e que ele afirmou que "se ela falasse algo para alguém, ele a mataria e mataria o seu filho". Relatou, ainda, que o réu espancava o seu filho, apertava o seu órgão genital, apertava os dedos da sua mão com alicate, dava-lhe vinagre para beber, além de pimenta e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

papel para comer. Informou que o seu filho apanhou com o uso de fio, além de chutes (relativos às fotografias de fls. 45/46). Esclareceu, ademais, que o seu filho começou a aparentar um comportamento estranho, isolando-se e não querendo mais brincar. Informou, ainda, que a escola percebeu que o seu filho estava com o corpo todo marcado, razão pela qual entraram em contato com a vítima, dizendo que encaminhariam o caso ao Conselho Tutelar. Por fim, esclareceu que o réu a ameaçava de morte, caso alguém ficasse sabendo das agressões sofridas por seu enteado (fls. 92 e 94 – mídia digital).

Mas não é só.

Neuza Cezar, testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, contou que a vítima Richard Barbosa era aluno da escola em que trabalha e que ele passou a apresentar um comportamento diferente durante um determinado tempo. Contou que, certo dia, uma das professoras da vítima alertou-a, pois ela estava vindo para a escola com alguns hematomas no seu corpo. Assim, resolveu chamar a vítima para conversar e construir uma relação de confiança. Esclareceu que soube, por uma vizinha da família, que o réu agredia a vítima de diversas formas, razão pela qual acionou a Polícia Militar para as devidas providências. Afirmou que a vítima lhe contou que o seu padrasto dava alguns determinados alimentos para os seus filhos biológicos e não os entregava para a vítima, bem como deixava-a de pé parada numa escada por muito tempo, além de apertar o seu órgão genital e a sua unha com um alicate, e desferir socos no seu corpo. Ao fim e ao cabo, a depoente esclareceu que a mãe, quando foi chamada à escola, disse saber das agressões, mas que afirmava não poder fazer nada, uma vez que também era vítima do réu (fls. 92 e 94 – mídia digital).

Maria de Fátima, testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, contou que é vice-diretora da escola em que a vítima estudava.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Disse que um dia a vítima chegou na escola e uma funcionária percebeu que ele estava marcado, razão pela qual o levou para a sala da Diretoria. Afirmou que conversou com a vítima e que ele contou que o seu padrasto o agredia, dando-lhe socos, chutes, apertando as suas unhas com alicate, fazendo com que ele comesse papel e ficasse atrás da porta de castigo. Esclareceu que a vítima, por ser muito branco, deixava mais evidente as marcas no seu corpo. Por fim, informou que encaminhou o caso à Delegacia de Polícia depois que uma vizinha da família relatou as agressões que a vítima sofria (fls. 92 e 94 – mídia digital).

Mas tem mais.

Jeferson Ilmar e **Marilene Raquel**, policiais militares, testemunhas arroladas pela acusação, em Juízo, contaram que foram solicitados pela Diretora da escola, que noticiou que um dos alunos estava sofrendo maus tratos pelo seu padrasto. Afirmaram que a vítima mostrou alguns hematomas no seu corpo, provenientes dos maus tratos. Assim, informaram que o Delegado de Polícia solicitou o comparecimento do réu na Delegacia de Polícia, local onde os fatos foram esclarecidos exatamente nos termos da denúncia e colhidos alguns esclarecimentos das vítimas, que estavam muito abaladas, certo que a vítima Richard Barbosa tinha medo que o réu fizesse algo contra ele ou contra a sua mãe (fls. 92 e 94 – mídia digital).

Aliás, falando-se em policiais, civis ou militares, mesmo guardas civis, há de se lembrar que os seus depoimentos judiciais têm valor igual aos depoimentos de quaisquer outras testemunhas estranhas aos quadros policiais, sendo totalmente descabido e inconsequente o preconceito acerca dos seus depoimentos, sob o pretexto, absurdo, de que viriam a Juízo com o intuito inicialmente mentiroso, a fim de legitimar suas condutas pretéritas, que teriam ensejado a prisão do réu. Na verdade, inexistente qualquer impedimento ou suspeição nos depoimentos, judiciais que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

sejam, prestados por policiais, sejam civis ou militares, mesmo guardas civis, porque seria um contrassenso o Estado, que outrora os credenciara para o exercício da repressão criminal, outorgando-lhes certa parcela do poder estatal, posteriormente, quando os chamassem à prestação de contas, perante o Poder Judiciário, não mais lhes emprestasse a mesma credibilidade no passado emprestada. Não. Inexiste qualquer impedimento ou suspeição, no Código de Processo Penal, que faça desmerecer, em princípio, depoimentos provenientes de policiais, civis ou militares, também guardas civis, de resto, sendo inconstitucional qualquer entendimento que retirasse valor, "a priori", dos depoimentos policiais, pelo simples fato de terem sido prestados por pessoas revestidas de tal qualidade, é dizer, investidas em tais cargos públicos.

Nesse sentido, por sinal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque **a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações.**"

(STF – HC 87.662-5/PE – Rel. Min. Carlos Ayres Britto – j. 05.09.06 – DJU 16.02.07);

"O valor de **depoimento testemunhal de servidores policiais** - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."

(STF-HC 73.518-5 - **Rel. Min. Celso de Mello** - DJU 18.10.96, p. 39.846);

"A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita."

(STF-HC 70.237- **Rel. Min. Carlos Velloso** - RTJ 157/94).

Não bastasse o entendimento jurisprudencial acima, do Supremo Tribunal Federal, pacífico é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FUNDADOS, EXCLUSIVAMENTE, EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. 2. DECISÃO QUE DETERMINOU A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 4. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. 5. ELEMENTO PROBATÓRIO DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. 6. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. 7. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 8. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 9. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

6. O depoimento de policiais é elemento idôneo à formação da convicção do magistrado quando em conformidade com as demais provas dos autos."

(STJ – AgRg no AREsp 262.655/SP – 5ª T. – **Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze** – j. 06.06.2013 – DJU 14.06.2013);

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO. ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE QUANDO PRESENTES PROVAS OUTRAS NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALEGADA NULIDADE INEXISTENTE. [...]. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS OFENDIDOS. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOBSERVÂNCIA.

[...]

2. Ainda que assim não fosse, in casu, constata-se que o Juízo Singular, ao proferir a sentença, após proceder ao cotejo do



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando o édito repressivo no depoimento dos policiais.

3. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido - no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime -, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento.

4. Nesse contexto, e com maior razão, **esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo.**

5. Ordem denegada."

(STJ – HC 177.980/BA – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 28.06.2011 – DJU 01.08.2011);

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTS. 33, DA LEI N.º 11.343/06, 304 E 333, DO CÓDIGO PENAL. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. ILEGALIDADE DA DOSIMETRIA DAS PENAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ.

2. **Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório.** Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

[...]"

(STJ – HC 149.540/SP – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 12.04.2011 – DJU 04.05.2011);

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA: 7 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 17 DIAS-MULTA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS, EM JUÍZO, POR POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. PRECEDENTES DESTE STJ. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR RECONHECIMENTO DE INSUBSISTÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, **são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito**, tal como se dá na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

espécie em exame.

[...]"

(STJ – HC 156.586/SP – 5ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 27.04.2010 – DJU 24.05.2010).

Especificamente quanto aos guardas civis, de regra municipais, insta uma análise mais voltada à situação que os envolve, haja vista algumas peculiaridades que lhes são únicas.

De início, como se sabe, os guardas municipais integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho básico é a defesa do patrimônio público municipal. Em uma atuação secundária, cabe aos guardas municipais a defesa da população local, compreendida na repressão de atos criminosos danosos aos cidadãos, até porque, caso assim não ajam, responderiam na forma do art. 13, §2º, "a", do Código Penal, por omissão imprópria, dado que têm o dever de agir, posto que a lei obriga o dever de cuidado, proteção e vigilância.

Além do que, a preservação da ordem pública é responsabilidade de todos, sendo conferido aos Órgãos de segurança o dever legal. Desta forma, é conferida à Guarda Municipal, sempre civil, a possibilidade de prender quem estiver em flagrante delito, bem como recolher todos os instrumentos utilizados na prática da infração penal, a fim de que melhor subsidie a apuração dos fatos, nisto incluída a revista pessoal.

Vasta é a jurisprudência nesse sentido, aqui a do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA É RESPONSABILIDADE DE TODOS, SENDO DEVER DAQUELES QUE COMPÕEM A SEGURANÇA PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA CONVERSÃO EM



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSSE DE 12 PORÇÕES DE COCAÍNA. PRECEDENTES.

[...]

2. **A Quinta Turma deste Sodalício assentou que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, §8º, CF), bem como qualquer um do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).**

[...]"

(STJ – HC 290.371/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Moura Ribeiro – j. 27.05.2014 – DJe 30.05.2014);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO. **FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA INEXISTENTE.**

1. **Nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, sendo certo, ainda, que a lei processual penal, em momento algum, exige que policiais civis ou militares sejam acionados para que dêem suporte ou apoio a quem esteja efetuando a prisão, como aventado na impetração. Precedentes.**

[...]"

(STJ - RHC 45.173/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 06.05.2014 – DJe 14.05.2014);

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. **REVISTA FEITA POR GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.** REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 33, §2º, A, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. **Embora exista norma constitucional (art. 144, §8º, da CF) limitando a função da guarda municipal à proteção dos bens, serviços e instalações do município, não há nulidade na decisão impugnada, porquanto a lei processual penal, em seu art. 301 do CPP, disciplina que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".**

[...]"

(STJ - HC 109.105/SP – 5ª Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 23.02.2010 – DJe 22.03.2010).

No mais, recentemente foi sancionada a Lei n. 13.022/14, que dispõe acerca do Estatuto Geral das Guardas Municipais. Referido diploma legal institui normas gerais para as Guardas Municipais,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

disciplinando o art. 144, §8º, da Constituição Federal. Segundo este dispositivo constitucional, as Guardas Municipais devem ser disciplinadas por meio de lei. A Lei n. 13.022/14 constitui norma geral, aplicável a todas as leis municipais que tratem sobre suas respectivas guardas, posto que cada Município deve editar a sua própria lei, adequando-se às disposições do Estatuto Geral das Guardas Municipais.

A importância dessa Lei encontra-se no fato de que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, §8º, da Constituição Federal. Dispõe esta norma constitucional que "os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei". A interpretação restritiva encontra-se no fato de que as Guardas Municipais sempre tiveram um papel relacionado com a proteção do patrimônio municipal. A Lei n. 13.022/14 amplia a interpretação, estabelecendo que as Guardas Municipais podem colaborar com os demais Órgãos de segurança pública, no caso as Polícias Civil e Militar.

Isso se depreende das competências que a Lei confere às Guardas Municipais. O art. 4º atribui a competência geral, qual seja, a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município, conforme já previsto na Constituição Federal. Por outro lado, o art. 5º adjudica as competências específicas. E é entre as competências específicas que podemos destacar que as Guardas Municipais não estão restritas à proteção do patrimônio municipal, mas também lhes são atribuídas funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social. Pode-se destacar, por exemplo, que são competências específicas das Guardas Municipais:

"Art. 5º [...]

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

fundamentais das pessoas;

XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento."

Outrossim, não cabe qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 13.022/14, por ter este diploma conferido poderes às Guardas Municipais de atuarem em prol da segurança pública. Em primeiro lugar, as Guardas Municipais integram o sistema de segurança pública do Estado, razão pela qual se encontram em um dos parágrafos do art. 144, da Constituição Federal. Em segundo lugar, a atuação das Guardas Municipais é sempre ligada às suas atribuições constitucionais (proteção do patrimônio municipal) ou, quando mais ampla, atuará em colaboração com os demais Órgãos de segurança pública (Polícias Civil ou Militar). Inclusive, é o que dispõe o art. 5º, IV e parágrafo único, da Lei. Por fim, as Guardas Municipais, quando no exercício da sua competência, deverão obedecer as competências dos Órgãos Federais e Estaduais, prestando o auxílio necessário para a elucidação dos fatos.

Pelo que se vê, as Guardas Municipais estão investidas na incumbência de garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de delitos, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência ou, no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso.

Sigo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Por isso, força convir, os depoimentos dos policiais militares merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, para supedâneo da prolação de sentença condenatória, depoimentos estes que, em Juízo, harmônicos entre si, sintonizaram-se com os seus depoimentos extrajudiciais (fls. 03 e 05) e com o depoimento judicial das vítimas e das demais testemunhas arroladas pela acusação (fls. 94 – mídia digital).

Assim, no caso em tela, além da firme manifestação das vítimas, narrando, pormenorizadamente, cada uma das condutas do réu, também foram colhidos, sob o crivo do contraditório, os depoimentos acima mencionados, que servem, à saciedade, de prova mais do que suficiente para alicerçar a responsabilização criminal do réu pelos crimes de ameaça e de tortura, nos exatos termos da r. sentença proferida.

Deveras, no que tange ao **crime de ameaça**, consoante alhures afirmei, a vítima Tatiana Barbosa confirmou, de forma inequívoca, ter sido o réu o autor das ameaças de morte a ela, caso contasse para alguém sobre as práticas de "correção" nefastas que o seu filho sofria. Ora, quem melhor do que a vítima para aquilatar a seriedade da ameaça por ele praticada? É evidente que se ela levou a ameaça a sério, tanto assim que lavrou o boletim de ocorrência, de se convir não ser lícito, a quem quer que seja, colocar sob suspeita a sua idoneidade.

Por sinal, é sabido que nos crimes de "quatro paredes", ou seja, naqueles crimes praticados dentro do âmbito domiciliar, em sede familiar, tais como o estupro ou aqueles da esfera de proteção da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), a palavra da vítima tem especial atenção, haja vista não haver outras testemunhas, senão ela própria, para confirmar a sua versão. É um dos poucos elementos a partir dos quais é possível chegar-se ao conhecimento e à apuração dos fatos, dada a esfera restrita em que estes costumam ocorrer. Isso não significa que tal meio de prova



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

apresente caráter absoluto, ou que não possa ser afastado por outros elementos. Entretanto, quando o relato da ofendida é trazido às autoridades públicas de forma consistente e verossímil, impende reconhecer a suficiência do acervo probatório e a necessidade de intervenção estatal para a garantia da segurança e da dignidade da vítima. Relembre-se, ainda, que a vítima demorou muito tempo para se dirigir à Delegacia de Polícia justamente em razão do cunho das ameaças do réu e de toda a violência que ele impingia contra o seu filho, que também era ameaçado por ele, a evidenciar, a mais não poder, a sua violência, a dar contornos ainda mais verossímeis às suas ameaças.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confere especial atenção à palavra da vítima nos crimes praticados com violência doméstica em âmbito familiar:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. **PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

1. **Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.**

[...]

4. Recurso em habeas corpus improvido."

(STJ – RHC 34.035/AL – 6ª T. – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. 05.11.2013 – DJe 25.11.2013);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA.** TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE, IN CASU. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. **No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas.**

[...]

4. Agravo regimental improvido."

(STJ – AgRg no AREsp 213.796/DF – 5ª T. – Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR) – j.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

19.02.2013 – DJe 22.02.2013);

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. **AMEAÇA. LEI 11.340/2006. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ELEMENTO IDÔNEO. ORDEM DENEGADA.**

[...]

4. **Os crimes praticados no ambiente familiar e doméstico são praticados, via de regra, na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares, motivo pelo qual não se pode ignorar, especialmente antes de iniciada a instrução processual, o depoimento prestado pela ofendida.**

5. Ordem denegada."

(STJ – HC 179.364/DF – 5ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 07.08.2012 – DJe 16.08.2012).

Contudo, não é só.

De outro giro, no que concerne ao **crime de tortura** (art. 1º, II, combinado com o §4º, II, ambos da Lei n. 9.455/97), que tipifica como crime a conduta de se submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, também me parece de rigor a manutenção da sua condenação, eis que restou comprovado que o réu impôs sofrimento físico à vítima, uma criança, que era seu enteado.

E se, de fato, fosse ele inocente (como afirmou em Juízo), deveria ele ter feito contraprova dos fatos narrados na denúncia ou arrolado testemunhas para comprovar as suas versões, não se limitando, apenas, em negar os fatos, ainda mais quando toda a prova oral judicial, corroboradora da não menos robusta prova oral extrajudicial, inclusive fotográfica, aponta em sentido diametralmente oposto.

Aqui, então, é evidente que o reconhecimento que uma vítima efetua, da pessoa do seu algoz, assume fundamental importância, eis que, em sede de crimes de tortura, normalmente tocados de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

clandestinidade, a palavra da vítima é a única na qual pode a autoridade judiciária filiar-se, à falta de testemunhas presenciais (embora, no caso em tela, tenha tido). Por isso, quando o reconhecimento ocorre, sem que nada o macule, como no caso dos autos, o que cumpre é aceitá-lo.

Nem se pode alegar, tal como pretende a defesa, que os atos praticados pelo réu caracterizaram lesão corporal. Não! Aqui, se está a tratar de um crime de tortura na sua mais comum previsão, não sendo possível, mesmo, a desclassificação da conduta do réu para o crime de lesão corporal, muito menos para um eventual crime de maus-tratos, mormente porque restou provado, tanto quanto se analisou na r. sentença, ter ele agido com o dolo adequado à espécie consistente em **impingir sofrimento intenso à vítima** (basta ver as fotografias acostadas nos autos), como forma de "castigo pessoal" ou "medida de caráter preventivo", tal como reclama o tipo penal em comento, por meio da prática de inúmeras condutas, a saber: o réu espancava a vítima, apertava o seu órgão genital, apertava os dedos da sua mão com alicate, batia forte no seu ouvido, fazia-a ficar em pé do lado de fora da sua casa durante a noite e lhe dava vinagre para beber. Isso, nem de longe nem de perto, parece-me consubstanciar meras lesões corporais ou abuso dos meios de correção ou disciplina. Aqui, com todo o respeito, as provas são mais do que suficientes para imputar ao réu a prática do crime de tortura. Nesse sentido, a título de fundamentação, trago à colação o entendimento de **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira**:

"Trata-se de crime próprio quanto aos sujeitos, uma vez que o sujeito ativo deve ser alguém que tem guarda, poder ou autoridade – ainda que transitória – sobre o sujeito passivo. Guarda é a relação de cuidado, responsabilidade, devendo o guardião zelar pelas condições adequadas daqueles que detém sob sua tutela. O sentido adotado pela doutrina é amplo, ou seja, não é necessário que haja ordem judicial que imponha ônus da guarda, bastando que tal situação, no mundo fático, se apresente, tal como se interpreta no crime de maus-tratos. Assim, a nosso ver, é possível que o presente tipo seja reconhecido mesmo nas relações maritais, embora haja posição em contrário. Poder é a possibilidade de impor, em sentido amplo, suas



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

decisões, o que pode acontecer tanto nas relações públicas como nas privadas.

Autoridade é a relação de natureza pública que permite ao agente do Estado submeter alguém às suas ordens. Há conceito de autoridade no direito brasileiro, na lei de abuso de autoridade, que pode e deve ser adotado (art. 5º, da Lei n. 4.898/65): 'Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, a pessoa que exerce cargo, emprego ou função pública de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração'.

Não basta aqui que da violência ou grave ameaça advenha sofrimento físico ou mental. É preciso que seja intenso. A qualificação de intenso não consta do *caput*, ou seja, basta que haja algum tipo (ainda que pequeno, desde que não irrelevante) sofrimento. Aqui, é preciso que seja realmente intenso, suficiente a merecer o desvalor que lhe empresta o legislador. Assim, não se considera tortura, no sentido do ora estudado parágrafo, a utilização de castigos moderados ou leves, como meio de castigo ou correção.

Em nossa opinião, andou mal o legislador em 'graduar' o sofrimento, o que nos parece bastante difícil de instrumentalizar.

Em síntese, deve ser reconhecida como tortura a imposição de sofrimento indevido, que não seja irrelevante ou leve, desde que tenha a função de servir como medida preventiva ou castigo.

Aqui, em nosso entender, incide o pai ou curador que impõe intenso sofrimento físico ou mental a quem tem sob guarda, de forma a castigá-lo por peraltice. Também o dirigente de asilo que castiga o idoso com exposição ao frio ou fome para castigá-lo por ter desobedecido a determinada norma interna, ou por não mais conseguir controlar sua função excretora."

(Legislação Penal Especial, Volume 2, 3ª Edição, Editora Saraiva, 2010).

Inequívoca, assim, a violação à dignidade da pessoa humana, ante o desrespeito à integridade física e mental da vítima Richard Barbosa, por ter sido torturado durante o tempo em que a sua mãe conviveu com o réu. Assim faz-se oportuna a lição do professor **Almir de Oliveira** que, em sua obra sobre os Direitos Humanos, ao analisar a dignidade da pessoa humana sob ângulo dos direitos humanos, sua proteção judicial, trouxe as seguintes considerações:

"...a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que 'o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo' (Preâmbulo), e afirma no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'.

[...]

Cumpra, pois avançar para além das explicações puramente naturalistas, que situam esses atributos na corporalidade do



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

homem, se se quiser construir uma sociedade que, considerando 'o homem acima do animal', veja nele um ser que transcende de sua animalidade para os planos superiores do espírito para ser pessoa. Só assim compreenderemos o sentido de sua dignidade, que, sendo-lhe inerente, é inalienável, inviolável.

A dignidade da pessoa humana é um dado transcendente e suporte indispensável de qualquer organização social que afirme a existência de Direitos Humanos fundamentais e se disponha a torná-los efetivos e assegurados pela sociedade e pelo Estado, como um bem impostergável.

A pessoa humana é o pressuposto dos direitos humanos. Dir-se-á, com acerto, que o é de todo o Direito. Ela é o antecedente necessário, do qual os direitos humanos são o conseqüente. Estes existem em razão dela e têm o seu fundamento na sua natureza. São-lhe inerentes. Nasceram com ela e para ela. Não foi sem razão que Protágoras, no século V, a.C, sentenciou que 'o homem é a medida de todas as coisas', as quais a ele devem subordinar-se no sentido de sua realização. Não se entenda isso como expressão de individualismo, mas, de verdadeiro humanismo, que vê o homem como expressão de um universo de seres da mesma espécie, de onde se tira o princípio - todos nascem livre e iguais em dignidade e direitos, inscrito na Declaração Universal de Direitos Humanos. Sem o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, esta ficará degradada e enfraquecida, à mercê dos caprichos do que Luíz Recaséns Siches denomina transpersonalismo, para o qual no homem se encarnam valores somente enquanto ele é parte do Estado ou é veículo dos produtos objetivados da cultura, isto é, que o homem individual, como tal, carece de uma dignidade própria e que só é posto em questão valorativamente quando sirva de modo efetivo a fins transpessoais do Estado (glória, poder, conquista, etc.) ou das obras objetivas da cultura'. A isso se opõem os direitos humanos.

Embora deva ter em boa conta o interesse coletivo e o do Estado, o Direito deve ter como objetivo principal a pessoa humana. É que, se esta não estiver na base da formação do Direito, a sociedade estará irremediavelmente sujeita a ser tratada como um rebanho de indivíduos padronizados pelo Estado plenipotente, contra o qual, fora do qual e acima do qual nada se admitirá, na fórmula concisa de Mussolini, ao definir o fascismo.

A ordem social há que ser construída com base na pessoa humana, que é a primeira realidade com que depara o Direito. Primeira realidade social, ela é a primeira realidade jurídica, pois sem ela não ocorrerá nenhum fato nem ato algum de interesse jurídico. Não vai nisto uma concepção individualista do Direito, a cujo sentido social devemos estar atentos, pois a sociedade é também uma realidade indiscutível, na qual se operam os fatos e atos jurídicos. Como ensina Miguel Reale: 'Há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a necessidade permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao indivíduo em uma ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças'.

Para os direitos humanos em particular, não se deve relegar a plano secundário a pessoa humana, primeira destinatária do Direito e de cuja preservação este se ocupa, no que lhe cabe. Sem que se tenha em conta a pessoa, a expressão - sentido



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

social do Direito não tem nenhuma significação. Porque, como ensina Legaz y Lacambra, 'o Direito é a vida humana, que é a vida da pessoa, e com isto atingimos o dado jurídico fundamental, a realidade jurídica fundamental, que é a pessoa humana convivente.

[...]

Há, por isto, um direito absolutamente fundamental para o homem, base de todos os demais: o direito de ser reconhecido como pessoa humana.

[...]

Alicerçados, pois, numa conceituação do homem como pessoa, teremos como direitos humanos fundamentais aqueles que, inerentes a ela, não lhe podem ser negados, mas, ao contrário, lhe devem ser reconhecidos pelas outras pessoas em particular, pela sociedade em geral e pelo Estado, que lhes devem acatamento, respeito e proteção.

[...]

Constitui princípio jurídico fundamental que a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Realizar este princípio é a tarefa do Direito Processual nos seus desdobramentos civil e comercial, penal, trabalhista e administrativo, cada um na sua esfera de aplicação específica, sempre que haja necessidade de realizar-se uma pretensão, prevenir ou repelir uma violação de direito. Para assegurar a efetividade dos Direitos Humanos, a Constituição brasileira oferece os seguintes institutos de Direito Processual, contidos no art. 5º, dentro do Título II - Dos Direitos e Garantias Individuais: o habeas corpus, contra a ameaça ou o uso da violência impeditivas do direito à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder; o mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando a violação do direito se der por autoridade pública ou por pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público; o mandado de injunção, para compelir o Estado a produzir norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; o habeas data, para assegurar à pessoa o conhecimento de informações que, a seu respeito, constem de registros ou banco de dados de entidades governamentais, ou de caráter público, bem assim para a modificação desses dados; a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. Além disso, a Constituição dispõe, pelo mesmo art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito ou ameaça a direito. A disposição constitucional, aqui referida, harmoniza-se com o disposto no art. VIII da Declaração Universal de Direitos Humanos, segundo o qual 'toda pessoa tem direito a um recurso efetivo, ante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei'. Os arts. X e XI da mesma Declaração completam o sentido do VIII. Como se vê, temos, inscrito na Constituição brasileira, o direito ao uso de instrumentos processuais para a defesa de direitos que a mesma Constituição e as leis do País asseguram à pessoa humana, instrumentos esses representados pelos institutos de Direito Processual, aqui mencionados, que compõem o quadro dos direitos e garantias fundamentais do homem. Tem-se, por esta mostra, a relação entre os Direitos Humanos e o



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

Direito Processual, este assegurando o exercício daqueles.

[...]

Quem muito bem explicou as características dos Direitos Humanos foi o jurista chileno Hübner Gallo. No seu entender, esses direitos caracterizam-se como:

- inatos, ou congênitos,
- universais,
- absolutos,
- necessários,
- inalienáveis,
- invioláveis,
- imprescritíveis.

Porque o homem nasce com eles, como atributos inerentes a todo ser humano, diferentemente do que ocorre com outros direitos - que são adquiridos no decorrer da existência, mediante outorga do Estado, ou ajustes interpessoais, ou prática de atos autorizados por lei, são eles inatos.

Porque se estendem a todos os seres humanos, em todo tempo e lugar, sem discriminação qualquer e em razão da unidade essencial da natureza do homem, seja qual for sua condição histórica ou geográfica, sua raça, seu sexo, sua idade, ou situação concreta na sociedade, são eles universais.

Porque seu acatamento e respeito se impõem a toda pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, bem como à sociedade inteira, são eles absolutos. Porque não derivam de uma eventualidade, mas exprimem um imperativo da própria natureza da pessoa humana, são eles necessários.

Porque pertencem de modo indissolúvel à essência mesma do homem, sem que possa dele separar-se, não podem ser transferidos a outrem, a qualquer título, diferentemente do que acontece com os direitos que podem ser objeto de transação jurídica, são inalienáveis.

Porque ninguém, nem mesmo a autoridade legalmente constituída, pode legitimamente atentar contra eles, sem prejuízo das justas limitações a que estejam sujeitos em favor do bem comum, são invioláveis.

Porque não estão sujeitos a nenhum prazo legal para serem exercidos por que são inalienáveis e necessários e são exigíveis a qualquer tempo, são imprescritíveis."

(Curso de Direitos Humanos, 1ª ed, Editora Forense, 2000).

De mais a mais, afora as disposições constantes da Lei Especial e da nossa Constituição Federal, temos inúmeros Diplomas Internacionais ratificados pelo Brasil, que também servem de norte para reafirmar a importância do tratamento diferenciado que deve ser dado para o crime em comento, a começar pela "Declaração Universal de Direitos Humanos" (1948) e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como: a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica" (1969), a "Convenção Interamericana para Prevenir e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

Punir a Tortura" (1985) e a "Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes" (1991), além da "Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança" (1990), que também é aplicada para o caso concreto. Confirmam-se:

Declaração Universal de Direitos Humanos

"Artigo V - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante."

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

"Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que estes direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana,

Considerando a obrigação que incumbe os Estados, em virtude da Carta, em particular do Artigo 55, de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Levando em conta o Artigo 5º da Declaração Universal e a observância dos Direitos do Homem e o Artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, que determinam que ninguém será sujeito à tortura ou a pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante,

Levando também em conta a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia Geral em 9 de dezembro de 1975,

Desejosos de tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo,

Acordam o seguinte:

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram."

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

"Conscientes do disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no sentido de que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes;

Reafirmando que todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violatórios aos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem;

Assinalando que, para tornar efetivas as normas pertinentes contidas nos instrumentos universais e regionais aludidos, é necessário elaborar uma convenção interamericana que previna e puna a tortura;

Reiterando seu propósito de consolidar neste Continente as condições que permitam o reconhecimento e o respeito da dignidade inerente à pessoa humana e assegurem o exercício pleno das suas liberdades e direitos fundamentais:

Convieram no seguinte:

[...]

Artigo 2

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo."

Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica

"Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano."

Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança

"Art. 37 - Os Estados Partes zelarão para que:

nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

[...]

Art. 39 - Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

reintegração social de toda criança vítima de: qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança."

Então.

Por todo o exposto, resta evidente que a dignidade humana violentada, "in casu", decorreu da prática de atos de tortura do réu contra o seu enteado, à época dos fatos com 10 anos de idade, que causaram sofrimento intenso para a vítima (basta ver as fotografias acostadas nos autos), como forma de "castigo pessoal" ou "medida de caráter preventivo", tal como reclama o tipo penal em comento, por meio da prática de inúmeras condutas deletérias, aqui, como já exaustivamente afirmei, o réu espancava a vítima, apertava o seu órgão genital, apertava os dedos da sua mão com alicate, batia forte no seu ouvido, fazia-a ficar em pé do lado de fora da sua casa durante a noite e lhe dava vinagre para beber, tudo isso a evidenciar, a mais não poder, flagrante atentado ao mais elementar dos Direitos Humanos, os quais, segundo os internacionalistas, são "inatos", "universais", "absolutos", "inalienáveis" e "imprescritíveis".

Nesse sentido, pois, toda a prova oral judicial, corroboradora da não menos robusta prova oral extrajudicial, que foi clara ao apontar a responsabilização criminal do réu, as suas negativas de autorias criminosas, oferecidas quando do seu interrogatório judicial, tendo permanecido isoladas nos autos, mormente em face dos seguros depoimentos prestados pelas vítimas, que afirmaram ter sido ameaçadas pelo réu e ter sido a criança submetida a sofrimento intenso como forma de medida de caráter preventiva ou castigo pessoal.

Assim, certa a condenação do réu, nos exatos termos da r. sentença prolatada, passo à dosimetria das penas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Na dosimetria das penas do réu devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59, "caput", do Código Penal, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, as suas circunstâncias e consequências, comportamento da vítima e tudo para que se possa calibrar a pena em conformidade com a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime específico.

Quiçá das mais importantes - se não a mais - das normas do Código Penal, é o mencionado artigo, que propicia a concretização do justo, isto é, que norteia a justa retribuição estatal àquele que infringiu alguma norma penal, praticando um determinado crime. Paradoxalmente, entretanto, é este artigo costumeiramente desrespeitado, ao menos sob o ponto de vista da sua integralidade, poucos Magistrados atentando para os seus requisitos, que seguidos permitem o estabelecimento da pena necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Diz-se isso porque, no mais das vezes, sabe-se lá por qual insondável motivo, o Magistrado costuma transformar o art. 59, "caput", do Código Penal em uma espécie de binômio, no qual importariam, unicamente, os antecedentes criminais do réu e a sua eventual primariedade, esquecendo-se de considerar os demais requisitos: culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. E tudo isso, insista-se, sob o enfoque da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado. Por isso, quando bem aplicado, quando analisado em sua inteireza, o artigo em pauta torna-se valoroso e fundamental instrumento para que o Estado, que para si chamou a pacificação social, possa aplicar a pena justa, seja ela qual for.

Como lembrado por **Guilherme de Souza Nucci**:



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

"Política da Pena Mínima: tem sido hábito de vários Juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Despreza-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59, do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao Juiz ponderar, na aplicação da pena, 'a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado', para estabelecer 'a gradação material do perigo'. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que ele delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as 'consequências' do crime (CP, art. 59).

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas Comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo para análise: na figura fundamental, dispõe o Julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e consequências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade,



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO 1ª Câmara Criminal Extraordinária

ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de Justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais da fixação da pena, preordenados a torná-los 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, "caput" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inque. 2000)." (Código Penal Comentado, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008).

Convergindo para o entendimento acima, único que se crê adequado mas antes disso, legal, **Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito** ensinam que é a partir da individualização judicial da pena que o Magistrado consegue, desde uma estruturação em torno das disposições legais, estabelecer a espécie e a quantidade da pena adequada, diria eu, justa, a cada autor de um determinado crime. E na linha do afirmado, após dissertarem, com a profundidade recomendada, inclusive acerca dos limites da pena, voltam as suas atenções para a determinação da pena-base, ápice, verdadeiro vértice do triângulo em que se enfeixam os critérios que norteiam o sistema trifásico de fixação da pena.

Assim, é do ensinamento dos autores:

"O art. 59 do CP brasileiro traz uma série de critérios para se cumprir adequadamente com esta tarefa:

A culpabilidade. Para se poder aplicar qualquer tipo de pena, é imprescindível constatar a culpabilidade do sujeito. Dita culpabilidade nunca pode se basear na retribuição, mas sim na prevenção, e é essencialmente graduável. Conforme a necessidade preventiva da pena, e atendendo aos limites que marcam o princípio de proporcionalidade, o juiz deve raciocinar sobre a quantificação da pena na medida da culpabilidade.

Os antecedentes. Faz-se referência aos antecedentes criminais do condenado. O sistema penal de um Estado social de Direito, que não se baseia na pura retribuição, deve colocar os antecedentes criminais do condenado em um lugar secundário. Estes antecedentes não devem ser considerados se forem suscetíveis de valoração para fins de reincidência, que sendo uma circunstância agravante, será observada no passo seguinte (vide infra, ponto 3.3.3). Tampouco cabe considerar 'antecedente' a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

forma de vida do sujeito, como seus costumes ou ocupações, na medida em que não sejam criminosas (ou seja, penalmente típicas e antijurídicas). Nem os meros processos iniciados contra a pessoa, ou as sentenças condenatórias recorríveis. Em conclusão, os antecedentes a que faz referência o art. 59 do CP resumem-se a condenações anteriores por crimes, que não estão compreendidas dentro do conceito de reincidência (arts. 63 e 64 do CP, ou seja, se anteriores à primeira condenação, se passados mais de cinco anos da condenação anterior, ou se tratar de crimes militares ou políticos).

A conduta social. Refere-se à forma de vida do condenado, ou seja, um critério que pode ser utilizado em seu favor ou contra ele. A manutenção desta pauta deve ser questionada. É que nenhum órgão jurisdicional pode ser totalmente objetivo na hora de julgar o comportamento social de outros (em troca, deve-se exigir-lhe objetividade ao analisar o comportamento criminoso). Podem aparecer prejuízos e parâmetros que em nada têm a ver com a medida de uma pena. E também podem renascer as propostas mais aberrantes, que materializem a persecução penal da marginalidade (cultural, sexual, econômica etc). Por outro lado, não devemos esquecer que o ato dos sujeitos que não respeitam estritamente todos os parâmetros sociais foi, em muitas ocasiões, positivo para a sociedade, foi o motor das trocas mais audaciosas, e nem por isso, menos relevantes.

A personalidade do agente. Toda indagação sobre a personalidade baseia-se nas abordagens da psicologia e da psiquiatria. O sujeito já foi considerado imputável e, portanto, merecedor de pena. Sua personalidade já teve que ser considerada na culpabilidade. Quais parâmetros da personalidade, alheios à culpabilidade, podem ser úteis para aumentar ou reduzir uma pena que já foi declarada merecida e necessária? Como ocorre com a valoração da conduta social, a indagação sobre a personalidade não deve cobrir a exaltação de prejuízos morais ou sociais do que alguns julgadores podem fazer uso e abuso.

Os motivos. Podem aumentar ou diminuir a pena. São aspectos subjetivos, os últimos fins que levam ao cometimento do fato criminoso.

As circunstâncias do crime. São elementos acidentais, que fazem referência ao maior, ou menor, desvalor da ação, ou do resultado, tudo aquilo que pode ser suscetível de graduação (maior ou menor injusto, maior ou menor quantidade de dolo etc.) Não se podem considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, pois sua consideração corresponde ao passo seguinte (vide infra, ponto 3).

As consequências do crime. Refere-se ao dano real ou potencial causado, ou seja, o desvalor do resultado. Logicamente o crime pode ter outras consequências indiretas (afetação de terceiros, suicídios, prejuízos que escapam da relação entre autor e o bem jurídico tutelado etc). Mas estes resultados não podem ser considerados, porque não se pode responder em maior medida por algo que não se conhece, aquilo que excede o requerido pelo tipo penal e pode não estar abrangido pelo dolo.

O comportamento da vítima. A atuação da própria vítima pode influir na realização do crime. O que pode repercutir em um aumento ou diminuição da pena, conforme o caso.

O determinante será considerar como devem ser avaliados estes



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1ª Câmara Criminal Extraordinária

elementos pelo órgão jurisdicional. Não se trata de uma mera operação aritmética, mas de uma solução ponderada e racional. O ponto básico de referência é a prevenção especial positiva (ressocialização), complementada em um segundo plano pela prevenção geral positiva (seriedade da ameaça) e pelo princípio da proporcionalidade. Estes fins e princípios proporcionam ao juiz a principal referência para desenvolver um processo lógico, relacionando o fato criminoso e seu autor com determinada medida de pena. O juiz deverá considerar todos os critérios enunciados pelo art. 59 do CP, mediante uma ponderação cujo centro deve ser a culpabilidade do autor. A partir dali ajusta-se a pena-base com o auxílio dos demais critérios."

(Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Princípios Fundamentais e Sistema, 1ª edição, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011).

Pode-se afirmar, corolário do que se sustenta, ainda em atenção ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que estipula que a Lei regulará a individualização da pena, aqui entendido o art. 59, "caput", do Código Penal, não haver impedimento, antes disso, ser imperiosa a fixação da pena-base acima do mínimo legal toda vez que se demonstrar que as diretrizes do sobredito artigo codificado são desfavoráveis, total ou majoritariamente, ao réu. De sorte que somente se tais diretrizes forem favoráveis ao réu é que terá cabimento a fixação da pena-base no seu mínimo legal; do contrário, necessariamente, deverá ela ser fixada acima do mínimo legal. Nesse sentido, por sinal, invoco antecedente da relatoria do excelso Ministro que, outrora, iluminou esta Corte de Justiça: STF - HC n. 88.284/SC – 2ª T - **Rel. Min. Cezar Peluso** - j . 24.04.2007 - v.u. Decorre desse entendimento, como diferente não haveria de ser sustentado, inexistir impedimento para a fixação da pena-base no máximo previsto em lei, ou bem acima do seu mínimo, impondo-se o afastamento de fetichismos preconceituosos que, abstrata e genericamente, voltam-se contra essa possibilidade que é legal. Entendimento outro ao que se sustenta, "contrario sensu", imporia, também, que se voltasse contra a fixação da pena-base no mínimo previsto em lei, como se os parâmetros extremados, a representar suposto radicalismo de um lado e de outro, não refletissem, para um determinado caso concreto, medida de estrita obediência aos cânones constitucionais e legais, a aplicação da Justiça concreta, a necessidade e a suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. É ainda **Guilherme**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

de **Souza Nucci** quem menciona, sobre o tema, Doutrina alheia, menção feita na obra antes destacada, quando se tangencia a questão da possibilidade de aplicação da pena-base no máximo previsto em lei:

"Na doutrina, explica **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** que 'o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente' (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, p. 164-165).".

E tudo isso, insisto, para os fins da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, haja vista que a reprovação do crime tem a ver com o castigo impingido à ré enquanto a prevenção tem a ver com o exemplo que se dá à sociedade, valendo para fins dissuasórios, a saber:

a) Tortura: a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo legal, 03 (três) anos de reclusão, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, tendo em vista as consequências do crime, em razão das marcas deixadas no corpo da vítima, consoante se depreendeu das fotografias anexadas. Além disso, na audiência de instrução, debates e julgamento, a vítima mencionou ter pesadelos mesmo depois da prisão do acusado, bem como ter tido mudança de comportamento, o que foi confirmado pelas testemunhas arroladas pela acusação e ouvidas em Juízo. Assim, diante de um quadro nefasto como o dos autos, a mim me parece ter sido razoável o exasperamento da pena-base do réu, que é mantida dada a fundamentação exarada na r. sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa da dosimetria da pena fez-se sensível a majorante prevista no art. 1º, §4º, II, da Lei n. 9.455/97, uma vez que a vítima era criança, pois contava com 10 (dez) anos na época dos fatos, aumentando-se a pena em 1/6, estabilizando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

O regime fixado continua sendo o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII) e da própria Lei n. 9.455/97 que, em seu art. 1º, §7º, prevê, expressamente, que o regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o fechado. Outrossim, mera correlação entre o art. 59, "caput" e o art. 33, §3º, ambos do Código Penal.

De outro giro, embora não desconheça a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo mencionado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840, **Rel. Min. Dias Toffoli**, entendo que, por possuir eficácia "inter partes", o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal não vincula as Instâncias inferiores, apenas produzindo efeito naquele julgamento em especial, de sorte que, aqui, permaneço com o entendimento segundo o qual o tratamento impingido aos crimes hediondos e equiparados deve ser mais rigoroso, não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, órgão constitucionalmente competente para tanto.

Nesse sentido, restou decidido pelo **Min. Joaquim Barbosa**, do Supremo Tribunal Federal, embora vencido no julgamento do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

HC n. 111.840/ES, o seguinte:

"Senhores Ministros, como afirmei no voto que proferi no HC 97.256, rel. min. CARLOS BRITTO, considero que questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos.

Com efeito, a Constituição atribuiu aos parlamentares eleitos democraticamente a tarefa de estabelecer as leis reitoras da política criminal. Analisar se essa política é boa ou ruim não é função do Poder Judiciário, que deve se reservar à análise da sua constitucionalidade, sob pena **de violação do princípio da separação de poderes e da democracia representativa**, estabelecendo, sem legitimidade constitucional e democrática para tanto, sua própria visão política sobre a matéria.

Nesta linha, rejeitei a tese de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constituiria violação do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição da República, que trata da individualização. A norma constitucional em questão estabelece, claramente, que **'a lei regulará a individualização da pena'**, consubstanciando, portanto, uma **norma constitucional de eficácia contida ou contível**, que confere liberdade ao legislador para regular a matéria, desde que não anule toda e qualquer possibilidade de individualização.

Portanto, o **legislador** estabelece os 'standards' para a individualização da pena, cuja observância é, em princípio, **obrigatória** pelo órgão jurisdicional.

Essa distinção das esferas de atuação jurisdicional e política (Poderes Executivo e Legislativo) é sempre sublinhada na Teoria do Direito, não só por Kelsen mas também por Luhmann, Habermas, Hart.

Citei, na ocasião, outros exemplos de diminuição da esfera de **arbítrio** do órgão julgador no momento **da individualização judicial da pena**, como a previsão de **pena mínima para todo e qualquer crime** e que não é estabelecida em vários países; a previsão do regime inicial fechado para penas superiores a 8 anos de reclusão; a vedação abstrata à substituição da pena para réus reincidentes em crime doloso. Ou seja, o legislador sempre estabelece limites ao casuísmo e à liberdade de apreciação do caso concreto pelos juízes, como **imperativo de igualdade de tratamento, de segurança jurídica e de justiça**. Além disso, cuida-se de uma análise legislativa de **maior desvalor dos crimes considerados hediondos**, que, pela gravidade que **politicamente** lhes é atribuída, **inclusive pela própria Constituição**, são considerados **incompatíveis com determinados benefícios**.

Assim, **reafirmo meu voto e considero que o legislador é o órgão constitucionalmente competente, e eleito democraticamente** pelo povo brasileiro, para **estabelecer qual será a política criminal de tratamento dos crimes hediondos**, sendo vedadas, tão-somente, as **penas proscritas pela Constituição** (pena de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis) – art. 5º, XLVII.

Por tais razões, coerente com o que afirmei no HC 97.256, considero **constitucional** a imposição do **regime inicial fechado para crimes de tráfico de drogas e demais crimes hediondos**,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

tal como considere **constitucional** a vedação à pena alternativa, independentemente de análises relativas à conveniência e adequação dessa política criminal, cuja avaliação deve permanecer no âmbito político."(STF – HC 111.840/ES – **Rel. Min. Dias Toffli** – j. 27.06.12 – DJU 17.12.13).

Ainda que assim não fosse, as circunstâncias do caso concreto também não são favoráveis ao réu, ele que praticou, por várias vezes, diversas condutas terríveis contra o seu próprio enteado, desferindo socos no seu corpo, pressionando fortemente o seu pescoço e órgãos genitais com as mãos, apertando os seus dedos usando alicate, bem como restringindo a sua alimentação, impedindo-o de comer certos alimentos (que eram destinados tão-somente aos seus filhos biológicos), obrigando-o a ingerir papel e pimenta, além de diversas vezes, após o seu enteado dormir, tê-lo acordado e o obrigado a dormir em pé ou fora da casa, ao relento. Corolário do exposto, é evidente que o trauma causado à vítima, uma criança de 10 (dez) anos, refletirá por toda a sua vida, de sorte que a modificação do regime inicial fechado para outro menos gravoso não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime em comento, além de caminhar em descompasso com um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico e erigido pela própria Constituição Federal como "fundamento" da República Federativa do Brasil, que é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), razão pela qual fica mantido o regime fechado para o réu pela prática do crime de tortura.

Ao fim e ao cabo, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o crime foi praticado mediante violência, encontrando óbice legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

b) Ameaça: a pena-base foi fixada no máximo legal, 06 (seis) meses de detenção, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, tendo em vista que as ameaças eram constantes, o comportamento agressivo contra a mesma vítima (Tatiane Barbosa), com o escopo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

ocultar a prática da tortura contra a vítima Richard Barbosa, que era o seu enteado e filho da vítima do crime de ameaça (Tatiane Barbosa), o que mantenho em razão das peculiaridades do caso concreto.

Presente a circunstância agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal (crime praticado no âmbito das relações domésticas e com violência contra a mulher), a pena permaneceu no mesmo patamar, porque máximo. Inteligência da Súmula n. 231, do STJ.

Por fim, tendo em vista que os fatos perduraram por mais de um ano e foram praticados pelo réu nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, tomou-se uma das penas, porque iguais, aumentando-se uma delas em $\frac{2}{3}$, alcançando 10 (dez) meses de detenção, uma vez que o grau de majoração da pena deve observar a quantidade de crimes praticados, critério amplamente acolhido pela Jurisprudência e Doutrina pátrias. Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. [...] 3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de $\frac{1}{6}$ pela prática de 2 infrações; $\frac{1}{5}$, para 3 infrações; $\frac{1}{4}$, para 4 infrações; $\frac{1}{3}$, para 5 infrações; $\frac{1}{2}$, para 6 infrações; e **$\frac{2}{3}$, para 7 ou mais infrações.** Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de $\frac{1}{2}$ da pena, sendo desproporcional a majoração em $\frac{2}{3}$. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente [...]."
(STJ – HC 214.485/MS – **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura** – 6ª T – j. 21/11/2013 – DJe 09/12/2013).

O regime inicial de cumprimento da pena continua sendo o semiaberto, mercê do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, §3º, todos do Código Penal.

Ao fim e ao cabo, o réu não faz jus à substituição da pena



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
1ª Câmara Criminal Extraordinária

privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o crime foi cometido mediante grave ameaça (art. 44, I, do Código Penal). Incabível, outrossim, o "sursis", ante as peculiaridades do caso concreto (art. 77, II, do Código Penal).

Com essas considerações, **nega-se provimento** à apelação defensiva, mantendo-se a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Oficie-se à Origem para as providências necessárias.

É como voto.

AIRTON VIEIRA
Relator
[Assinatura eletrônica]