

HABEAS CORPUS Nº 131.828 - RJ (2009/0052000-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **MANUEL DE JESUS SOARES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO**

EMENTA

HABEAS CORPUS. **DELITO DA LEI DE TORTURA** (OMISSÃO CRIMINOSA). ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA NÃO FOI PRATICADA PELO PACIENTE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. INFRAÇÃO PREVISTA NO § 2.º, DO ART. 1.º, DA LEI 9.455/97. CRIME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DA SANÇÃO DEVIDO À INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL, E DA MAJORANTE DE PENA ESTABELECIDADA NO ART. 1.º, § 4.º, INCISO I, DA LEI DE TORTURA. **PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO NOS CRIMES DA LEI N.º 9.455/97. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não compete a este Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, reavaliar juízo sobre a conjuntura fático-probatória – análise em que são soberanas as instâncias ordinárias –, por se tratar a referida via processual de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

2. A figura típica prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou seja, é um delito que **somente pode ser praticado por pessoa que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de evitá-las ou apurá-las"** (como é o caso do carcereiro policial).

Em tais casos, a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena estabelecida no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("*se o crime é cometido por agente público*"), constitui evidente *bis in idem* na valoração da condição pessoal **do sujeito ativo.**

3. **"A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação"** (AgRg no Ag 1388953/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

Ainda que assim não fosse, aplicar-se-ia, na espécie, entendimento do STF, sedimentado na súmula n.º 694, segundo o qual "[n]ão cabe habeas corpus contra imposição da pena de exclusão de militar ou perda de patente ou função pública".

4. Nos crimes definidos na Lei de Tortura há óbice à substituição da

Superior Tribunal de Justiça

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, tão somente para afastar os aumentos da pena ocorridos com suporte na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (três meses), e na majorante prevista no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 (um sexto), restando a sanção final fixada em 1 ano e 9 meses de detenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 131.828 - RJ (2009/0052000-1) (f)

IMPETRANTE : MANUEL DE JESUS SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO – condenado pela prática do delito previsto no art. 1º, § 2, da Lei n.º 9.455/97, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, e de perda do cargo de carcereiro policial e interdição de seu exercício pelo prazo de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da apelação criminal n.º 0000087-32.1999.8.19.0051 (2006.050.01585).

O presente *writ* foi inicialmente distribuído ao eminente Desembargador convocado CELSO LIMONGI, o qual, às fls. 73/74, indeferiu a liminar requerida.

Interposto agravo contra referida decisão (desprovido pela Sexta Turma desta Corte em 03/09/2009 – fl. 127), o então Relator resumiu a controvérsia nos seguintes termos, *in litteris* (fls. 120/121):

"Alega o agravante, em síntese, a existência dos pressupostos autorizadores para o deferimento da tutela de urgência, repisando idênticos argumentos expendidos por ocasião da impetração, nos seguintes termos (fls. 85/89):

a) atipicidade da imputação que lhe foi atribuída, uma vez que as alegadas agressões contra a vítima não foram por ele praticadas, nem teve meios para impedi-las, já que ocorreram no gabinete e na presença do Delegado;

b) a ilegalidade do aumento de pena pela aplicação do artigo 1º, inciso I, § 4º, da Lei nº 9.455/97, porque já considerada, para fins de condenação, a condição de funcionário público, configurando bis in idem;

c) ilegalidade da decretação da perda do cargo que exerce, em face da aplicação do § 5º, da Lei nº 9.455/97, uma vez que desprovida de fundamentação mínima, afrontando o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal;

d) ilegalidade da negativa de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, já que o paciente é primário, de bons antecedentes e não cometeu nenhum delito com emprego de violência ou grave ameaça."

As informações foram prestadas às fls. 92/93, acompanhadas de documentos.

Superior Tribunal de Justiça

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 133/136, pela denegação.

À fl. 137, verso, foi determinado o encaminhamento dos autos ao eminente Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, a quem foi redistribuído o feito.

À fl. 138, o novo Relator proferiu despacho no qual requereu minha manifestação acerca de eventual prevenção no presente *writ*, devido ao julgamento do HC 95.344/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. LAURITA VAZ, e da prevenção posteriormente por mim acolhida no HC 219.391/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ.

Constatei, então, que nos autos do HC 95.344/RJ, a ordem concedida refere-se à ação penal em que proferida a condenação ora questionada. Inclusive, consignei, ao acolher a prevenção nos autos do HC 219.391/RJ, o que se segue:

"A ordem concedida nos autos do HC 95.344/RJ refere-se à ação penal [...] em que figuram como acusados apenas os réus ALOÍSIO RUSSO JÚNIOR e HAROLDO HENRIQUE SODRÉ [...].

Quanto ao paciente José Ricardo Ferreira Pinto, esclareço que o mesmo figura como acusado nos autos da ação penal n.º 000087.32.1999.8.19.0051 [...], desmembrados da ação penal mencionada no parágrafo anterior deste ofício, por decisão proferida em 02/03/2000, pelo fato da ação penal originária estar em adiantada fase processual [...]. (fl. 140 do HC 219.391)

Acolhi, por isso, minha prevenção.

Após, os autos retornaram-me conclusos.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 131.828 - RJ (2009/0052000-1) (f)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DELITO DA LEI DE TORTURA (OMISSÃO CRIMINOSA). ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA NÃO FOI PRATICADA PELO PACIENTE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. INFRAÇÃO PREVISTA NO § 2.º, DO ART. 1.º, DA LEI 9.455/97. CRIME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DA SANÇÃO DEVIDO À INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL, E DA MAJORANTE DE PENA ESTABELECIDADA NO ART. 1.º, § 4.º, INCISO I, DA LEI DE TORTURA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO NOS CRIMES DA LEI N.º 9.455/97. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não compete a este Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, reavaliar juízo sobre a conjuntura fático-probatória – análise em que são soberanas as instâncias ordinárias –, por se tratar a referida via processual de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

2. A figura típica prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou seja, é um delito que **somente pode ser praticado por pessoa que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de evitá-las ou apurá-las"** (como é o caso do carcereiro policial).

Em tais casos, a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena estabelecida no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("*se o crime é cometido por agente público*"), constitui evidente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do sujeito ativo.

3. "*A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação*" (AgRg no Ag 1388953/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

Ainda que assim não fosse, aplicar-se-ia, na espécie, entendimento do STF, sedimentado na súmula n.º 694, segundo o qual "[n]ão cabe *habeas corpus* contra imposição da pena de exclusão de militar ou perda de patente ou função pública".

4. Nos crimes definidos na Lei de Tortura há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão,

Superior Tribunal de Justiça

parcialmente concedida, tão somente para afastar os aumentos da pena ocorridos com suporte na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (três meses), e na majorante prevista no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 (um sexto), restando a sanção final fixada em 1 ano e 9 meses de detenção.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, quanto à alegação de "*atipicidade da imputação que lhe foi atribuída, uma vez que as alegadas agressões contra a vítima não foram por ele praticadas, nem teve meios para impedi-las*" (fl. 120), o writ não pode ser conhecido.

Conforme consignou expressamente a Desembargadora-Relatora da apelação criminal, o acusado estava "*presente na sala em que a vítima foi submetida a tortura, na forma descrita na exordial, se omitindo em seu dever de garantir a integridade física e mental do torturado*" (fl. 60).

Ocorre que não compete a esta Corte reavaliar tal entendimento, pois não pode ser procedido, na via estreita do *habeas corpus*, juízo sobre a conjuntura fático-probatória – análise em que são soberanas as instâncias ordinárias –, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

Nos seguintes precedentes, Ministros da Suprema Corte negaram seguimento, monocraticamente, a *habeas corpus* em que foram formulados pedidos para que conclusões sobre fatos e provas fossem reavaliadas: HC 108.742/PB, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 08/08/2011; HC 96.940/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 03/12/2008; HC 90.145/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/05/2008; HC 87.272/MS, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 07/04/2006; HC 103.589/ES, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 02/08/2010; HC 112.634/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 05/03/2012.

Sobre a impossibilidade de conhecimento do remédio heróico em tais hipóteses, confirmam-se, ainda, os seguintes julgados proferidos no âmbito deste Tribunal: HC 183.688/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2012; HC 222.999/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/03/2012; HC 186.724/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 08/03/2012; HC 167.971/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 29/02/2012; HC 191.444/PB, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 19/09/2011.

Já quanto ao segundo fundamento (*bis in idem* no aumento da sanção corporal,

Superior Tribunal de Justiça

por ser carcereiro) o writ deve prosperar.

Depois de fixar a pena-base em 1 ano e 6 meses, ao passar para o cálculo da reprimenda na segunda fase da dosimetria consignou o Juízo Sentenciante o seguinte (fl. 57):

"Considerando que o crime foi praticado na sala do Delegado de Polícia, tendo a vítima sido submetida a tortura, mediante recurso que dificultou sua defesa, posto que estava cercada por um grupo de policiais armados, aumento a pena privativa de liberdade em mais 3 (três) meses de detenção. Considerando, ainda, que o crime foi praticado mediante violação de dever inerente a cargo, já que o acusado é Carcereiro Policial, posto que o tipo penal que lhe é imputado não é funcional típico, aumento a pena em mais 3 (três) meses de detenção. Assim, fixo a pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos de detenção." (grifei)

Daí, na terceira fase do cálculo da pena, registrou o Magistrado Singular o que se segue (fl. 57):

"Tendo em vista que o acusado é agente público, aumento a pena em 1/6, razão por que fixo como final a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção."

O Paciente, que ocupava o cargo de carcereiro em Delegacia da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, foi condenado pela prática do delito previsto no art 1.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 9.455/97 (que define os crimes de tortura), assim redigido, *in verbis*:

"Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - 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.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

[...].

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos." (grifei).

Do que se infere da leitura dos trechos da sentença acima reproduzidos, foi considerada, na segunda fase, a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal:

"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

Superior Tribunal de Justiça

- I - a reincidência;
- II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;**
 - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
 - l) em estado de embriaguez preordenada. " (grifei)

Incidu no cálculo, ainda, a causa de aumento prevista no inciso I, do § 4.º do art. 1.º, estabelecida pelo Legislador nos seguintes termos:

- "4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
- I – se o crime é cometido por agente público ;
 - II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;
 - III – se o crime é cometido mediante seqüestro. " (grifei)

Com efeito, a figura típica prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou seja, é um delito que **somente poderá ser praticado por pessoa que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de evitá-las ou apurá-las"** (como é o caso do carcereiro policial).

Assim, a incidência na espécie da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena constante no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("se o crime é cometido por agente público"), constitui evidente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do sujeito ativo.

Nesse sentido, veja-se a lição do professor ALBERTO SILVA FRANCO (*in Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7. ed., São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 3097/3116), referentemente ao inciso II, do art. 1.º da Lei n.º 9.455/97 (que também se trata

Superior Tribunal de Justiça

de crime próprio), *in verbis*:

"A primeira causa de aumento de pena refere-se à qualidade do sujeito ativo. Se for ele agente público, a pena deve ser necessariamente aumentada. Tal característica do sujeito ativo, como já foi anteriormente enfatizado, deveria constituir-se em elemento essencial do tipo de tortura e não apenas uma circunstância accidental destinada exclusivamente à exarcebação punitiva. Em duas situações, no entanto, a condição de agente público é imprescindível para a própria caracterização típica, criando-se, obliquamente, um crime próprio: a) quando o agente tortura alguém sob sua autoridade, desde que se atribua à 'autoridade' o conceito legal dado pelo art. 5.º, da Lei de Abuso de Autoridade, b) quando o agente omite a apuração da tortura tendo o dever, obviamente, legal de realizá-la. Nesses dois casos, o sujeito ativo deve necessariamente ser agente público, não se podendo valorar, novamente, essa qualidade para efeito de agravação de pena, pois se teria, então um verdadeiro *bis in idem*. É exato que tal conclusão poderá ensejar penas diversas, em relação ao sujeito ativo que seja agente público, mas essa é uma contingência inafastável de um texto legal tecnicamente mal elaborado. Vale, ainda, acentuar que, embora o delito de tortura tenha sido formulado, em face da pressão dos meios de comunicação social produzida pelo episódio da Favela Naval, a Lei 9.455/97 não abordou, de forma clara, a hipótese em que o agente, civil ou militar, no serviço policial preventivo ou repressivo, se comporte arbitrariamente no trato com a população. O ajuste dessa conduta ao texto legal só se revela plausível - e ainda assim de modo contratável - na hipótese do inc. II, do art. 1.º, sob o prisma do conceito de autoridade." (p. 3108)

Portanto, os aumentos ocorridos na segunda e terceira fase da dosimetria, por ocupar o cargo de carcereiro quando do cometimento do crime omissivo, devem ser afastados.

Com igual conclusão, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL E DIREITO PENAL. CRIME DE TORTURA. DELEGADO DE POLÍCIA. EXCESSO NA ACUSAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE MAUS-TRATOS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO.

1. Quanto ao alegado excesso na acusação, não há como transpor, na angusta via do *habeas corpus*, o exame do conjunto fático probatório feito pelo acórdão condenatório, a fim de verificar se o caso é de maus tratos ou de crime de tortura, sob pena, inclusive, de malferimento ao princípio do livre convencimento do juiz.

ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. AUTORIDADE. CRIME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 1.º, § 4.º, INC. II, DA LEI DE TORTURA.

2. A figura típica prevista no art. 1.º, inc. II, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito ativo, ou seja, é um delito que somente poderá ser praticado por pessoa que

Superior Tribunal de Justiça

tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, como é o caso do delegado de polícia.

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

PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À VÍTIMA. VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44, INC. I, DO CP.

4. Ainda que, em tese, seja possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes de tortura, para que o condenado faça jus a este benefício é preciso que ele preencha os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44, do Código penal, e, no caso dos autos, o paciente, como bem firmou o acórdão atacado, cometeu crime praticado com violência e grave ameaça à pessoa da vítima, sendo-lhe, portanto, obstado legalmente a concessão desse direito subjetivo.

PLEITO DE CONCESSÃO DE SURSIS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

5. A matéria pertinente ao pedido de concessão de sursis não foi ventilada na instância ordinária tampouco examinada pelo Tribunal de origem. Sendo assim, o seu exame pelo Superior Tribunal Justiça implicaria vedada supressão de instância.

6. Ordem parcialmente concedida para afastar o aumento da pena privativa de liberdade (de cinco meses) estabelecido com suporte no artigo 1.º, § 4.º, inciso II, da Lei n.º 9.455/1997, em razão do clarividente *bis in idem* na valoração da condição pessoal do paciente (autoridade pública), mantendo, no mais, o acórdão condenatório. (HC 27.290/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 341.)

Prosseguindo, quanto à alegação de falta de fundamentação na decretação da perda do cargo público – o que tornaria a condenação nula, no ponto –, nada há a ser reparado.

Isso porque "[a] perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação" (AgRg no Ag 1388953/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

Também nesse sentido:

"CRIME DE TORTURA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR – PERDA DO POSTO E DA PATENTE COMO CONSEQUÊNCIA NATURAL DESSA CONDENAÇÃO (LEI Nº 9.455/97, ART. 1º, § 5º) – INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO

Superior Tribunal de Justiça

ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO, PELO FATO DE O CRIME DE TORTURA NÃO SE QUALIFICAR COMO DELITO MILITAR – PRECEDENTES – SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – PRONTO CUMPRIMENTO DO JULGADO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DAS DECISÕES EMANADAS DO TRIBUNAL LOCAL – POSSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. TORTURA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PERDA DO CARGO COMO EFEITO AUTOMÁTICO E NECESSÁRIO DA CONDENAÇÃO PENAL.

- O crime de tortura, tipificado na Lei nº 9.455/97, não se qualifica como delito de natureza castrense, achando-se incluído, por isso mesmo, na esfera de competência penal da Justiça comum (federal ou local, conforme o caso), ainda que praticado por membro das Forças Armadas ou por integrante da Polícia Militar. Doutrina. Precedentes.

- A perda do cargo, função ou emprego público – que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – UTILIZAÇÃO PROCRASTINATÓRIA – EXECUÇÃO IMEDIATA – POSSIBILIDADE.

- A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPP, art. 620), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente.

- O propósito revelado pelo embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi desfavorável – valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis –, constitui fim que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento. Precedentes." (STF, AI 769637 AgR-ED-ED, Relator Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 16/10/2013 – grifei.)

"HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. VALORAÇÃO INDEVIDA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTAR INERENTE AO TIPO PENAL E ALUSÃO À CULPABILIDADE INTENSA, DESACOMPANHADA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PERSISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. PEDIDOS DE MODIFICAÇÃO DE

Superior Tribunal de Justiça

REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AFASTAMENTO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE.

1. A fixação da pena-base acima do patamar mínimo exige concreta fundamentação.

2. No caso, a simples afirmação de que a culpabilidade seria intensa sem a indicação precisa das razões que levaram a tal constatação configura constrangimento ilegal.

3. De igual modo, não é lícita a utilização de elementar do próprio tipo penal como justificativa hábil a elevar a reprimenda. Assim, o intuito de lucro fácil é motivação inadequada.

4. Embora a pena não ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão, é devida a manutenção do regime prisional semiaberto, tendo em vista as circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Pelas mesmas balizas, não há de ser deferida a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

5. **Consoante a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, a pena acessória de perda do cargo não é efeito automático da condenação – exceção feita ao crime de tortura –, devendo sua imposição ser devidamente justificada, o que não ocorreu no caso presente.**

6. Havendo similitude de situações – as penas foram dosadas em conjunto – devem ser estendidos os efeitos da decisão ao corréu, naquilo que for cabível (por não ser funcionário público, não sofreu a pena acessória de perda do cargo público).

7. **Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastando as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas como desfavoráveis, reduzir a pena recaída sobre a paciente a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos o regime prisional semiaberto e a vedação à substituição por restritivas de direitos; de outro lado, afastar a perda do cargo público. Extensão de efeitos desta decisão ao corréu Carlos Alberto Castro, reduzindo também a sua reprimenda a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa.** (STJ, HC 89.752/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 17/12/2010 – grifei.)

Ainda que assim não fosse, vale relembrar o enunciado da súmula 694 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a controvérsia sequer poderia ter sido analisada na via estreita do *writ*:

"Não cabe "habeas corpus" contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública."

E, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, cabe trazer à colação o seguinte precedente, no qual se adotou o mesmo entendimento:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRAÇA POLICIAL MILITAR.

Superior Tribunal de Justiça

PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA GRADUAÇÃO IMPOSTA PELO E. TRIBUNAL A QUO EM PROCEDIMENTO ESPECÍFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

I - A imposição da pena acessória de perda da graduação e exclusão do militar dos quadros da Corporação, por não implicar, ainda que de forma indireta, atentado à liberdade de locomoção do paciente, não comporta exame na via estreita do habeas corpus (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ).

II - 'Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública' (Enunciado da Súmula 694 do c. Pretório Excelso). Habeas corpus não conhecido." (HC 122.047/MS, QUINTA TURMA, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 27/04/2009.)

No mais, nos crimes definidos na Lei de Tortura há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base no art. 44, inciso I, do Código Penal.

A propósito:

"DIREITO PENAL. CRIME DE TORTURA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE MAUS TRATOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SURSIS.

1. Inadmissível a pretensão de reexame do conjunto probatório, visando à desclassificação do crime de tortura para o de maus tratos, na via de habeas corpus. A substituição da pena privativa pela restritiva de direitos não tem lugar quando o crime é praticado com violência (CP, art. 44, I). A pena superior a dois anos de reclusão afasta a possibilidade da suspensão condicional da pena.

2. HC conhecido parcialmente e indeferido." (HC 84037/SC, Relatora Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2004, DJ 30/04/2004.)

"CRIMINAL. HC. CRIME DE TORTURA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DO CRIME. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. ORDEM DENEGADA.

I. Embora esta Corte tenha se posicionado pela admissibilidade de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos aos apenados pela prática de crimes hediondos, tal orientação não se estende aos apenados à prática de tortura, tendo em vista a própria natureza violenta do delito.

II. Considerando ser inerente ao próprio tipo penal do crime de tortura a prática de violência ou grave ameaça, incabível a hipótese de substituição da pena pela sua prática, em razão da vedação disposta no inciso I do art. 44 do Código Penal.

III. Ordem denegada." (HC 70.910/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 18/06/2007, p. 285)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *writ* e, nessa extensão, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, tão somente para afastar os aumentos da pena estabelecidos com suporte na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (três meses), e na majorante prevista no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 (um sexto), restando a sanção final fixada em 1 ano e 9 meses de detenção.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0052000-1

HC 131.828 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19990510000746 200605001585

EM MESA

JULGADO: 19/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MANUEL DE JESUS SOARES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tortura

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.