



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIO TAFÚRI MATTOSO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA PERDA DE POSTO
E DE GRADUAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES EM VIRTUDE DE
CONDENAÇÃO POR CRIME DE TORTURA**

BARBACENA
2013

FLÁVIO TAFÚRI MATTOSO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA PERDA DE POSTO
E DE GRADUAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES EM VIRTUDE DE
CONDENAÇÃO POR CRIME DE TORTURA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como um dos pré-requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Esp. Colimar Dias Braga Júnior

BARBACENA

2013

Flávio Tafúri Mattoso

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE ACERCA DA PERDA DE POSTO
E DE GRADUAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES EM VIRTUDE DE
CONDENAÇÃO POR CRIME DE TORTURA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como um dos pré-requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 04/12/2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. ^a Esp. Colimar Dias Braga Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco De Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Aos meus pais, Olympio e Mônica, ao meu irmão, Leandro, aos meus avós, Pedro e Branca, e a Mayara, dos quais recebo amor e compreensão, tão decisivos na minha formação; aos valorosos policiais militares, oficiais e praças, com os quais tive a honra de ombrear em minhas rotinas operacionais, cujas experiências valeram-me como subsídios na composição desta monografia, dedico este Trabalho.

AGRADECIMENTO

A elaboração deste Trabalho tornou-se viável graças ao altruísmo do Professor e Delegado de Polícia, Colimar Dias Braga Júnior, meu orientador, uma mão amiga que me guiou pelos labirintos deste empreendimento. Agradeço ao Professor Colimar pelo seu desprendimento de doar-me tanto do seu cabedal e muito do seu precioso tempo.

Agradeço, bem assim, a generosidade da Professora Rosy Mara de Oliveira, sempre diligente às minhas solicitações.

Tênue é a linha que separa a legalidade da arbitrariedade na atividade policial. Aqueles que julgam as ações da polícia, o fazem de longe, bem longe do calor dos acontecimentos, a salvo de gravíssimos riscos, sem levar tiros, socos ou pancadas, no conforto de seus gabinetes, arvorando-se, muitas vezes, com antolhos, ao texto gélido da lei.

Jorge César de Assis

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 aboliu, de seu bojo, todas as formas de tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes. Passou a definir, como servidores militares, os policiais e os bombeiros militares dos estados, de forma similar aos integrantes das Forças Armadas. Foram-lhes concedidas ainda prerrogativas de fórum para a perda do posto e da graduação por meio do art. 125, §4º e art. 142, §3º, incs. VI e VII. Dadas suas peculiaridades castrenses, estão sujeitos a um ordenamento jurídico particular, composto de códigos, leis, estatutos e regulamentos específicos. Embora o referido texto constitucional dispor sobre o caráter hediondo do crime de Tortura, Lei 9455/97, lei penal, específica e extravagante, a respeito do tema, somente veio a ser promulgada quase nove anos após. Impulsionada pelos constantes incidentes de repercussão nacional, ainda corriqueiros, mesmo após o fim da ditadura militar, como forma de punir severamente o agente do estado, acusado de tortura, instituiu-se, em seu art. 1º, §5º, a previsão da perda automática da função em virtude de condenação por crime de tortura. Nessa esteira, a referida lei infraconstitucional atingiu diretamente os policiais militares, principais alvos pelas suas atividades operacionais, com exposição ao risco, mas na proteção da sociedade. Partindo deste princípio, o presente estudo, por meio de uma revisão das doutrinas existentes, livros jurídicos, revistas científicas, sites eletrônicos especializados e a jurisprudência dos tribunais, propôs-se a fazer uma análise crítica do dispositivo constante no §5º do art. 1º da Lei 9.455/97, quando aplicado a policiais militares condenados por crime comum de tortura, que perdem automaticamente o seu cargo, sendo posto para oficiais ou a graduação para as praças. Entendem os magistrados que sua aplicação é de competência da Justiça Comum, o que, numa primeira análise, vai de encontro ao disposto na Constituição Federal que prevê as prerrogativas asseguradas aos oficiais e às praças, e a maneira como estas e aqueles poderão perder a graduação, posto ou patente. Por outro lado, procura-se o caminho correto a ser percorrido na busca da declaração eventual dessa perda. Posto que não exista uma jurisprudência firmada e unificada sobre o assunto, os tribunais superiores brasileiros vêm apresentando alguns julgados *intra partes*, dos quais destacam-se acórdãos, com que se verificou uma corrente de unicidade de que o previsto no art. 1º, §5º da Lei 9455/97, a perda automática da função não deixou de ser inconstitucional quando decretada pela Justiça Comum a policiais militares condenados por qualquer uma das modalidades da tortura, como apontam algumas doutrinas penais. Pretende-se encontrar um entendimento mais amplo do tema, contextualizando-o com o Direito Constitucional, Direito Penal Militar e Direito Penal Comum.

Palavras-chave: Tortura. Perda automática da função. Crime comum. Crime militar. Constitucionalidade. Competência. Efeitos da condenação.

ABSTRACT

The 1988 Constitution abolished from its articles all forms of torture and inhuman or degrading treatment. It came to define as military servers, the policemen and firefighters from states, in similar from to members of the Armed Forces. It was still them the forum prerogatives for loss of the position and graduation through art. 125, § 4th and art. 142, § 3rd, incs. VI and VII. Given peculiarities pertaining to military class are subject to a private juridical ordainment composed of codes, laws, statutes or regulations. Although the reported constitutional text lays out on the hideous character of the torture crime, law 9455/97, criminal law specific and extravagant on the subject only came to be promulgated after almost nine years. Driven by constant incidents of national impact, even current, even after the end of military dictatorship as a way to severely punish the agent of the state accused of torture, was instituted in its art. 1st, § 5th, the prediction of the automatic loss of function due to condemnation for the crime of torture. On this direction this infra constitutional law directly hit the military policemen, the main targets by their operational activities with risk exposure, but the protection of society with this assumption, this study by the way of existing doctrines, juridical books, scientific journal electronic specialized websites and jurisprudence of the court, proposed to make a critical analysis of the device contained in § 5th of Art. 1^o of Law 9.455/97, when applied to police officers condemned of common crimes of torture, they automatically lose their position, being put to officers or the graduation to the soldier lieutenant and corporal. The judges understand that your application is within the competence of Ordinary Courts which at first analysis finds the provisions of the Federal Constitution that expect the prerogatives assured to the officers and the courts and how these and those may lose the graduation, position and rank. On the other hand, looking the correct path to be traveled in search eventual declaration of this loss. Since there isn't a firm and unified jurisprudence about the subject, the Superior Brazilian Courts have shown some intra judged parts of which outstand judgments with which there was a stream of uniqueness that the provisions of art. 1st, § 5th of Law 9455/97, the automatic loss of function did not let be unconstitutional, when decreed by the Justice Policy to military policemen convicted of the forms of torture as pointed some criminal doctrines. It is intended to find a broader understanding of the subject, contextualizing it with the Constitutional Law and Criminal Law Policy.

Keywords: Torture. Automatic loss of rank. Common crime. Military crime. Constitutionality. Competence. Effects of condemnation.

Lista de abreviaturas e siglas

CF - Constituição Federal

CP Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPM – Código Penal Militar

CPPM – Código de Processo Penal Militar

EMEMG – Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais

PM – Polícia Militar

PMMG – Polícia Militar de Minas Gerais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMMG – Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJMSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJMRS – Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul

Sumário

1	Introdução	19
2	Tortura: origem histórica e considerações teóricas.....	25
2.1	Tortura no Direito Internacional	27
2.2	A evolução da tipificação da tortura como crime no ordenamento brasileiro	30
3	O Crime De Tortura.....	39
3.1	Conceituação e a Lei 9.455.....	39
3.2	Aspectos peculiares.....	45
3.3	Sujeito ativo.....	54
3.4	Da Pena.....	58
4	Questões constitucionais	61
4.1	A Segurança Pública	61
4.2	O tratamento da Tortura no artigo 5º do texto constitucional.....	62
4.3	O policial-militar como militar dos Estados	63
4.4	Jurisdição: conceitos e princípios.....	64
4.5	Competência da Justiça Militar	65
4.6	Competência da Justiça Comum.....	69
4.7	A distribuição da competência segundo a doutrina	69
4.7	Resolução de conflito de competência.....	70
5	Do Crime Militar e do Crime Comum	73
6	Efeitos da Condenação	79
6.1	Do Efeito Específico (Penas Acessórias)	80
6.2	Das Penas Acessórias no Código Penal Castrense.....	82
6.3	Da Pena Acessória na Lei 9.455/97.....	91
7	Possibilidade da aplicação da Suspensão Condicional da Pena e da Suspensão do Processo na modalidade de Tortura-omissão	97
8	Jurisprudências.....	107
8.1	Julgados	109
9	Considerações Finais	123
	Referências	131

1 Introdução

Com o advento das relações sociais, o Direito surgiu com o propósito de regular a conduta dos homens pertencentes à sociedade na qual é aplicado. O Direito, entendido como o conjunto de várias normas jurídicas, estabelece para o meio social os critérios necessários para que todos consigam viver de maneira harmoniosa, definindo o que é certo e o que é errado.

Partindo desse princípio, as sociedades entraram num processo constante de evolução na elaboração de leis, jurisprudências, doutrinas, usos e costumes. Certo é que, conforme as demandas sociais, vão surgindo ou se modernizando, exigem-se dos operadores do Direito as adaptações necessárias capazes de suprir os novos anseios da sociedade moderna.

Foi nesse contexto que se deu a evolução político-social no Brasil ao longo da história, em que, gradativamente, impulsionou a saída de um regime ditatorial para um regime democrático que já vigora há vinte e três anos, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 (VIDAL 2011, p. 11)

Ao se mostrar sensível aos reclamos universais, e em consonância com os textos internacionais, o Brasil firmou a Convenção Contra a Tortura ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, em 23 de setembro de 1985, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 24 de janeiro de 1986. O Constituinte inseriu na Magna Carta de 1988 a proibição e a criminalização da tortura por meio dos incisos III e XLIII, do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - **ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;**

(...)

XLIII. A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia **a prática da tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (*grifo nosso*) (BRASIL, 1988)

Bierrenbach e Lima (2006) lembra, nesse contexto, que a violência praticada pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, durante o chamado caso da Favela Naval em Diadema, na grande São Paulo, despertou no legislador brasileiro a necessidade de tratar a tortura como crime autônomo. Até então, embora já houvesse vedação constitucional e o Brasil já tivesse assinado convenções internacionais a respeito da tortura, entra em vigor a Lei 9.455/97, dispondo especificamente acerca do Crime de Tortura.

Na tônica de se dar uma resposta efetiva contra a Tortura, crime recorrente no passado recente da Ditadura Militar, e aos constantes incidentes de repercussão nacional, o legislador inseriu, por intermédio do §5º do referido diploma legal como pena acessória, a perda automática da função pública e a interdição para exercer cargo público pelo dobro do tempo previsto na pena principal. “§5º- A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.” (BRASIL, 1997)

Acontece que, de acordo com a Lei nº 9455/97, mesmo se os policiais militares forem condenados por crime de tortura na modalidade de omissão, sofrendo pena de menos de dois anos de reclusão, ficarão sujeitos à perda automática da função.

Sabe-se, porém, que assim como os direitos, tais princípios também são passíveis de serem violados, seja pelo particular ou mesmo pelo Estado, podendo causar graves prejuízos no mundo jurídico. Na tentativa de se evitar tais prejuízos, o ordenamento jurídico brasileiro conta com a criação de leis, comuns e específicas, além da edição de Súmulas e jurisprudências pelos respectivos Tribunais.

Acontece que a mesma Constituição, que veda a tortura ou quaisquer tratamentos degradantes, prevê certas prerrogativas de fórum relativas aos policiais militares. Assim preceitua o art. 125, §4º da Constituição Federal:

Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (BRASIL 1988)

Nesse diapasão, policiais militares dos Estados, pertencentes à classe dos militares, definida pela própria Constituição, têm suas peculiaridades e, por isso, estão sujeitos a um ordenamento jurídico particular, composto de códigos, leis, estatutos e regulamentos específicos. Daí a necessidade de uma Justiça especial capaz de aplicar essa legislação particular. Trata-se da Justiça Militar criada em função da condição militar dos integrantes das instituições policiais.

Assis (2004) complementa que por força do art. 142 §3º, inc. VII da Carta Magna, “a perda do posto¹ e da patente, portanto, extrapolou o universo do Código Penal Militar para ficar tutelado pela Constituição Federal”. Há de se considerar que, por força do dispositivo

¹ Art. 39 §1º da Constituição Estadual de Minas Gerais: “§ 1º - As patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são asseguradas em plenitude aos Oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos, postos e uniforme militares.

§ 2º - As patentes dos Oficiais são conferidas pelo Governador do Estado” (MINAS GERAIS, 1989)

ora citado, não só os oficiais ficam sujeitos pela Justiça Militar a serem julgados pela perda da função por condenação de crime comum superior a dois anos, mas também as praças² ficam sujeitos a perderem a sua graduação. Ressalvados para estas a possibilidade de serem excluídas das fileiras militares mediante processo administrativo.

Um dos fatores que motivam a realização desse estudo é a perspectiva ambiciosa de poder auxiliar aos operadores do Direito a visualizarem de forma crítica a modificação da disciplina normativa do crime de Tortura no Brasil.

A pesquisa em pauta torna-se viável pelo fato dos grandes temas jurídicos, quando estudados de forma relacionada com a atividade policial militar, revelarem-se extremamente interessantes e complexos.

Ressalta-se que nos moldes dos arts. 125 §4º e 142 §3º, inc. VII, da CF/88, a decisão das sanções penais de perda da função de policiais militares só podem ser proferidas pelo Tribunal de Justiça Militar nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, ou pelo Tribunal de Justiça, nos demais Estados da Federação, após o devido processo legal específico de perda de posto e de graduação.

Partindo deste princípio, o presente estudo se propôs a fazer uma análise crítica do dispositivo constante no §1º do art. 5º da Lei 9.455/97, quando aplicados a policiais militares condenados por crime, mesmo na modalidade de omissão, perdem automaticamente o seu cargo, sendo posto para oficiais ou a graduação para as praças, por entenderem os magistrados que sua aplicação é de competência da Justiça Comum, o que, numa primeira análise, vai de encontro ao disposto no art. 125, § 4º, concomitante ao art. 142, § 3º inc. VII, da Constituição Federal que preveem as prerrogativas que são asseguradas aos oficiais e às praças, e a maneira como estas e aqueles poderão perder a graduação, posto ou patente. Por outro lado, busca-se qual o caminho correto a ser percorrido na busca da declaração eventual dessa perda.

Considerando que a Polícia Militar tem a nobre missão de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, conforme art. 144, inc. V, §5º sem, contudo, se afastar jamais do amparo legal em suas atuações, o presente estudo adveio das seguintes questões:

- Analisar a origem do instituto do crime de Tortura no Brasil;
- Verificar, sob a ótica da Constituição, acerca da perda de posto por parte dos oficiais, e da graduação das praças da Polícia Militar;

² Art. 8º §2º do Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais: “Graduação é o grau hierárquico das praças, conferido pelo Comandante Geral da Polícia Militar” (MINAS GERAIS, 1969).

- Definir os liames entre o cometimento de crime militar e o cometimento de crime comum sob a ótica do Código Penal Militar;
- Definir a competência da Justiça Militar, da Justiça Comum e regras de conflito de competência;
- Contextualizar a previsão legal acerca das penas acessórias previstas no Código Penal à previsão de pena acessória de perda automática do cargo conferida a funcionários públicos, prevista na Lei 9455/97;
- Avaliar dentro da doutrina e da jurisprudência a possibilidade de aplicação de *sursis* e de suspensão condicional do processo.
- Discorrer sobre decisões judiciais correlatas ao objeto de pesquisa, que contenham policiais militares na condição de acusados pela prática do crime de tortura, definido pela Lei 9.455/97.

Para melhor subsidiar a presente pesquisa, a metodologia será por intermédio de um aprofundado estudo bibliográfico com a finalidade de desenvolver melhor os eixos temáticos constantes dos objetivos específicos.

Para a realização desta pesquisa, foram consultados doutrinas, livros jurídicos, revistas científicas, sites eletrônicos especializados: Google Acadêmico, Periódicos Capes, Scielo, Supremo Tribunal Federal, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Após seleção de material, foi realizada uma análise qualitativa e escrito o Projeto, baseado na compreensão do material.

Assim, o estudo está dividido em dez capítulos:

no primeiro, buscou-se realizar breve introito a respeito dos objetivos a que se destinam a presente pesquisa;

- no segundo, é feita uma abordagem sobre a origem histórica da tortura no Brasil, contextualizado dentro da evolução do tema no Direito Internacional e no Direito Brasileiro até a promulgação da Lei 9455/97;

- no terceiro, descrevem-se conceitos sobre o assunto ora proposto e traz em minúcias todos os artigos, incisos e parágrafos da Lei 9455/97, discorrendo sobre a sua aplicabilidade e peculiaridades dentro do que traz a doutrina e jurisprudência;

- no quarto, trazem-se questões constitucionais e conceitos que permeiam o tema tais como a Segurança Pública, o policial militar como militar dos estados, tratamento constitucional dado à tortura, competências afetas às justiças militar e civil bem como apresentar regras de conflito de competência;

- no quinto capítulo, conceitua-se o crime militar, segundo as normas e a doutrina, bem como o diferencia do crime comum;
- no sexto capítulo, descrevem-se as penas acessórias no Código Penal, no Código Penal Militar bem como traz a conceituação da pena acessória do crime de tortura e compara este instituto com o que preveem as demais penas acessórias;
- no sétimo capítulo, discorre-se sobre a aplicação da suspensão condicional da pena e da aplicação da suspensão condicional do processo na figura da tortura omissão;
- no oitavo capítulo, trazem-se discussões jurisprudenciais bem como julgados dos tribunais superiores e tribunais estaduais respeito do tema; e
- no nono capítulo, encerra-se a pesquisa por meio das considerações finais frente ao material de pesquisa coletado e exposto durante toda a monografia.

2 Tortura: origem histórica e considerações teóricas

A tortura, atualmente prevista na Lei 9455/97, como forma de infligir intenso sofrimento físico ou mental a uma pessoa humana para dela obter-se algo contra a sua vontade, constitui procedimento bárbaro com origem remota na antiguidade. No correr dos séculos, entretanto, adquiriu foros de oficialismo, com aspectos de instituto jurídico, com normas próprias bem definidas. Foi utilizada na Grécia antiga e entre os romanos.

Os direitos penais grego e romano são, naturalmente, as fontes do direito penal do Ocidente, como é lá que se rastreiam as expressões primeiras da tortura como meio de prova. O contexto grego se deixa sinalizar pela passagem de um sistema legal arcaico, familiar e comunal para um sistema complexo, adequado à situação da *polis* – onde a lei da cidade demarca e protege os cidadãos livres. Os que não possuíam honra nem status de soberania – os estrangeiros, os negociantes, os escravos – também não os possuíam, como explica Peters, direito algum: nem o de não serem coagidos, nem o de litigar. O depoimento de tais pessoas só se tornava aceitável por meio da coerção física: a dor sentida substituíva o juramento dos senhores; por exemplo, no caso dos escravos (TEIXEIRA 2004, p. 8)

Antes da edição dessa lei, os doutrinadores discutiam a definição de tortura quando tratavam do homicídio qualificado (art. 121, §2º, inc. III). Assim, para Hungria; Fragoso (1979), tortura é “o meio suplicante a inflição de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade”.

Teixeira (2004) cita a influência da tortura no direito canônico por meio de seu sistema inquisitivo, tornando-se, então, um dos mais importantes instrumentos do processo criminal. Na prática, os juízes não se preocupavam com tal princípio: a verdade processual devia desaguar na confissão do culpado, mesmo que esse jurasse inocência. Na determinação e valoração das provas, o sistema processual previa: a “informação”, o “indício” (ou presunção), a “prova semiplena” (depoimento fidedigno de uma testemunha) e a “plena ou legítima prova”, que era a confissão do acusado.

Seguindo a linha histórica do autor, com a formação dos Estados absolutistas, caracteriza-se por grande confusão na aplicação do direito penal, alastrando-se o uso do terror por parte dos governantes, com frequência estrangeiros, para manter o povo intimidado. A tortura, que até o século XIV era enfocada como instrumento processual sobre a qual pesavam garantias legais, recrudescer a partir do século XV, sobretudo nos estados absolutistas, quando os tormentos passam a relacionar-se com a segurança do Estado, reduzindo-se as garantias dos cidadãos.

O processo inquisitivo torna-se mais atentatório aos direitos do acusado, na medida em que os atos processuais se realizam de forma secreta, como dispõe uma Ordenação Real de 1640, na França, com base no princípio, segundo a expressão de Foucault, de que “o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um

direito absoluto e um poder exclusivo”. O mesmo filósofo observa que sobre o corpo do suplicado, o cerimonial judiciário tinha por escopo “trazer à luz a verdade do crime”, justificando-se muitas vezes os males de um homem apenas suspeito em virtude da obtenção do bem geral de toda a sociedade. Pequeno indício de crime grave era suficiente para caracterizar alguém como *um pouco* criminoso, um *meio-culpado*. (TEIXEIRA, 2004, p. 15)

Os juízes, dependendo da gravidade do crime, graduavam o sofrimento do condenado antes que o carrasco lhe desse o golpe fatal. O uso da tortura era praticamente, na maioria dos estados, com variações segundo a região. Segundo Teixeira (2004), a França da Monarquia absoluta foi um campo fértil para a difusão do processo inquisitivo e da tortura, como também a Alemanha, processo esse introduzido a partir da Itália, passando a integrar os Estatutos de Worms (1498), a Ordenação Criminal de Bamberg (1507) e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532). Na Espanha, a tortura foi recorrente desde as *Partidas* de Afonso X, de Leão, o Sábio, perdurando por quase quinhentos anos, à exceção do reino de Aragão. Restaurou-se nos tribunais castelhanos todo o sistema romano de tortura, regredindo-se ao direito do século XII.

Conforme já mencionado o reino de Aragão, “que não recebeu a influência de sistemas jurídicos externos, não restaurou a tortura e manteve o sistema acusatório, repelindo o inquisitivo, como a Inglaterra, cujo remédio jurídico do *habeas corpus* possuía um similar, dito ‘Manifestação das Pessoas’” (TEIXEIRA, 2004, p. 17)

Portugal também em seu governo absolutista conheceu a tortura em seu sistema penal, desde o Código Afonsino (1446) até as Ordenações Filipinas (1603), constituindo o Código que normatizou o Brasil-Colônia e alguns anos do Brasil-Império. Teixeira (2004) cita o Livro V, Tit LXXXVII, §4º do referido Código, no qual aparece a tortura, tendo o legislador comissionado ao julgador a discricionariedade de, em face das provas colhidas, lançar mão dela para obter a verdade dos fatos.

Conforme verifica-se do ponto de vista formal e estatutário, a tortura foi vigente em todo o período que vem do século XII ao século XVIII. Toledo (1997) ressalta que, à medida que surgiam as críticas, a institucionalização da tortura foi desaparecendo no andamento em que a legislação dos países civilizados deixava de contemplar esse meio “primitivo” de arrancar confissões. Citam-se como críticas de Johanes Grevious, em cuja obra, *o Tribunal reformatum* (1624), a célebre obra de Montesquieu, cuja obra *O Espírito das Leis* (1748) vincula a tortura aos governos despóticos; François Marie Arouet de Voltaire em *Tratado sobre a tolerância*, inspirado no caso de Jean Calas, faz uma crítica acerba de papas em

relação ao padecimento dos hereges sobre a tolerância religiosa; Cesare Beccaria Bonesana, cujo *Dos Delitos e Penas* (1764), escrito sobre influência de Montesquieu e Voltaire, célebre pela repercussão do século XVIII até os dias atuais. Por fim, Juan Pablo Fonet, promotor de justiça junto ao tribunal de Sevilha, escreve *Discurso sobre a tortura* (1792), obra que veio a ser publicada somente em 1900, na qual busca demonstrar a não necessidade da tortura, pois, apesar de defendida pelos seus mentores como meio probatório de se descobrir a verdade, constitui, de fato, um meio cruelíssimo de indução à mentira.

Sendo assim, em virtude de circunstâncias culturais e históricas, assiste-se à humanização dos procedimentos criminais e das penas, conforme se verifica abaixo:

- 1740 – Frederico II, da Prússia, amigo de Voltaire, abole a tortura, exceto para delitos de mais graves; em 1754-1756, abole-a para todos os crimes em seu reino.
- Em meados de 1766, Catarina II, da Rússia, sensibilizada com a obra de Beccaria, determina amplas reformas na legislação penal russa, extirpando a tortura.
- 1776 – Maria Teresa, da Áustria, proíbe no seu Império a tortura. A proibição passa a valer para Milão somente em 1789, com José II.
- 1786 – Pedro Leopoldo, de Toscana, suprime a tortura na França, com restrições; e em 1788, totalmente.
- 1811 – As Cortes Gerais e extraordinárias abolem definitivamente a tortura na Espanha. (TEIXEIRA, 2004, p. 19)

2.1 Tortura no Direito Internacional

Conforme já retratado, nos séculos XVII e XVIII, sob influência das críticas perpetradas pela Ilustração, a liberdade religiosa e de consciência assumiu a frente das questões polêmicas então suscitadas, associando-se, posteriormente, ao problema dos direitos civis e políticos em geral.

Dentre os documentos que surgiram no campo jurídico-positivo da época – *Petitions of Rights* (1628); *Habeas Corpus* (1679); *Declarations of Rights* (1689) – sobressai o Tratado de Paz de Westfália (1648), fruto da Guerra dos Trinta Anos, “considerado o antecedente mais remoto das diferentes declarações e dos diversos pactos de proteção dos direitos humanos que vigoram atualmente no direito internacional”. (TEIXEIRA 2004, p. 32)

Sob o prisma do Direito Internacional, vê-se que os séculos XVIII e XIX se revestiram da característica da proteção do homem frente à tortura, pugnando pela sua abolição legal, o século XX traz a particularidade da absoluta condenação da sua prática e internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, como meio de garantir, de uma maneira eficaz, o total desaparecimento de tão hediondo método, típico da barbárie medieval. A Convenção de Genebra, de 1864, por sua vez, constituiu o primeiro grande instrumento protético de direito humanitário, em matéria internacional, e teve, por escopo, minorar o

sofrimento dos soldados feridos e doentes, em decorrência das guerras, assim como a própria população civil, atingida por um conflito bélico. Tal convenção foi assinada pelas potências europeias. Em 1948, período pós 2ª guerra, diante da necessidade de elaboração de um documento para proteção dos Direitos Humanos em Genebra, ocorreu a declaração que foi aprovada em Assembléia. No século XX a tortura foi utilizada como instrumento de política estatal interna e externa. Assim, além da questão interna já colocada, alguns Estados utilizaram e utilizam da mesma, através dos denominados serviços secretos, quando para intimidar indiretamente e obter informações sob o pretexto de manter a segurança nacional.

Assim, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, concretizando o disposto na Carta das Nações Unidas, com relação aos direitos humanos, que trouxe a norma de proibição da tortura em seu art. 5º “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, embora nada tenha previsto expressamente sobre mecanismos de controle e garantia de seu cumprimento.

Composta de 30 artigos, a Declaração ratifica os ideais propostos pelas Declarações Francesa e Americana, tornando a questão dos direitos individuais uma característica moderna, adequada à maioria dos Estados contemporâneos, ela se preocupa, basicamente, com quatro ordens de direitos:

- a) direitos pessoais do indivíduo: proclamados logo no início da declaração, são o direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo III);
- b) direitos do indivíduo em face da coletividade: o direito à nacionalidade, ao asilo a todo aquele perseguido, à livre circulação, à residência (tanto no território nacional como no exterior) e à propriedade (artigos XIII, XIV e XV);
- c) as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, e o princípio na direção dos negócios públicos (artigos XVIII, XIX e XX); e
- d) direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação (artigos XXIII e XXVI).

Desse modo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem se apresenta como um Organização multilateral promotora de negociações a respeito de conflitos internacionais, com o fito de evitar guerras, promovendo a paz e a democracia, dando ênfase nos direitos humanos. (CARNEIRO, 2010, p. 17)

Teixeira (2004) cita em sua retratação histórica as denominadas Convenções Humanitárias, realizadas entre 21 de abril a 12 de agosto de 1949, vindo a vedar expressamente a tortura e suplícios em qualquer tempo e lugar, sendo tal prática considerada infração grave; O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de cunho convencional e plenamente vinculante fez a previsão da proibição da tortura em seu art. 7º e, em especial, com relação a presos e detentos, no seu art. 10, e, para controle e garantia de tal direito, foi criado um organismo próprio com uma regulamentação ainda mais detalhada, surge o Comitê dos Direitos Humanos.

Após, surge a Convenção Europeia, com um texto bem mais depurado que o Pacto Internacional, e prevê que para a garantia de seu cumprimento, a missão foi atribuída a dois órgãos: a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Com uma regulamentação mais detalhada, por ser o último dos convênios internacionais de caráter geral vigentes acerca dos Direitos Humanos, a Convenção Americana, cuja entrada em vigor somente se deu em 1982, estabelecendo taxativamente a proibição da tortura no §2º do art. 5º. Previu como ineficazes as confissões obtidas por meio dela (art. 8º, §3º) e impôs, como obrigação dos Estados Partes, a adoção de medidas necessárias a favor de meios importantes, em prol de seu combate, entre os quais, a criação de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bierrenbach e Lima (2006) ainda completam com a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos na qual faz previsão da inviolabilidade dos seres humanos (art. 4º), vedação expressa da tortura, castigo e tratamento cruel fundamentado na dignidade inerente a todos (art. 5º). Cria-se a Comissão Africana.

Carneiro (2010) cita a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificado sem qualquer reserva, na qual o Brasil é signatário e que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 27/92, e incorporada pelo Decreto Presidencial nº. 678/92. Especificamente no Art. 5º, 2, temos o texto específico sobre o direito à integridade pessoal o que nos remete diretamente para a prática da tortura, em que “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”.

Por derradeiro, Teixeira (2004) cita que o mérito de ser o primeiro texto de caráter específico a tratar da tortura no contexto internacional pode ser conferido à *Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, dotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução nº 3.452 (XXX) de 09 de dezembro de 1975. Em 1984, na Convenção da ONU, ocorrida em Nova York, seguindo o rastro da Declaração de 1975, a *Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* foi aprovada pela Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas de cunho obrigatório, a Convenção incluiu a tortura no patamar dos delitos internacionais e concebeu sua proibição como direito fundamental de caráter absoluto (art. 2º, §1º, §3º e art. 10, §1º), assegurando ainda o direito à vítima de reparação e indenizações justas e adequadas.

ARTIGO 1º

1. 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.

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura.

3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura.

(...)

ARTIGO 10

1. Cada Estado Parte assegurará que o ensino e a informação sobre a proibição de tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

2. Cada Estado Parte incluirá a referida proibição nas normas ou instruções relativas aos deveres e funções de tais pessoas.

(...)

ARTIGO 14

1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais. (BRASIL, 1991)³

Tal Convenção, ratificada em 1989 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 040 de 15 de dezembro de 1991, serviu de base para a conceituação objetiva de tortura presente na Lei 9455/97, que mais adiante será tratada.

2.2 A evolução da tipificação da tortura como crime no ordenamento brasileiro

Toledo (1997) lembra que a tortura aportou ao Brasil-colônia com as Ordenações do Reino e Ordenações Filipinas.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm.

As provas eram o corpo de delito e os indícios – para a pronúncia; a confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos – para o julgamento. ... Os tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. Ao próprio trato chama-se também tortura; e esta expressão é a mais vulgar. Este bárbaro meio de prova já era usado pelos romanos, que em diferentes títulos do Digesto e do Código o consagram, denominado *quaesti*. (TOLEDO 1997, p. 10)

Fiel ao contexto histórico-político-ideológico oriundo a Revolução Iluminista e inspirando-se em instrumentos legais protetores de direitos humanos – como a Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão – cujo repúdio à aplicação configurou ponto comum, a Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824, contemplou em seu título 8º abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro e demais penas cruéis.

Muito embora ter essa declaração de direitos e garantias individuais permanecido nos seus fundamentos nas Constituições posteriores, podendo-se perceber, inclusive, a presença da abolição da pena de galés e do banimento judicial, a proibição da pena do banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, a previsão de *habeas corpus* contra violência, coação, ilegalidade ou abuso de poder, ausente restou expressa proibição da tortura e demais penas cruéis até a Constituição de 1988. (TEIXEIRA, 2004, p.80)

No que tange à legislação repressiva, tanto o Código penal de 1830 como o de 1890 contemplam como agravante genérica o aumento da dor física em grau maior que o ordinário, por uma circunstância extraordinária.

O Código de 1830 conhecido como Código Criminal do Império do Brasil, previa a pena de morte, que deveria ser executada por enforcamento (art. 38). Mantinha a pena de galés, conforme artigo 44, nos seguintes termos:

“A pena de galés sujeitará os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido cometido o delito, à disposição do governo.” (BIERRENBACH E LIMA, 2006, p. 28)

Toledo (1997) lembra que o termo “tortura” apareceu pela primeira vez na lei penal brasileira na redação original da Parte Geral de 1940. Naquela oportunidade, a tortura foi arrolada em duas hipóteses: entre os meios cruéis que agravam o delito ou como qualificadora do crime de homicídio. Com a Reforma Penal de 1984, o art. 61, II, da Nova Parte Geral não inovou em relação ao Direito anterior.

Além da agravante contida no artigo 61, inciso II, alínea “d”, já mencionada, o artigo 121, §2º, III, qualifica o homicídio praticado com emprego de tortura.

Importante traçar a distinção entre o homicídio qualificado pela tortura (artigo 121, §2º, III, do CP), a tortura qualificada pela morte (artigo 1º, §3º, 2ª parte, da Lei ora comentada) e o concurso material entre tortura e homicídio.

No primeiro caso, o sujeito age com dolo de matar e, para isso, utiliza meio cruel para chegar ao fim almejado.

Na tortura qualificada pela morte, o dolo do agente é o de torturar a vítima, mas, por culpa, acaba por dar causa à morte da mesma. Trata-se, pois de crime preterdoloso,

em que a tortura é punida a título de dolo e o resultado qualificador, morte, a título de culpa. (BIERRENBACH E LIMA, 2006, p. 29)

Não obstante impor todas as autoridades o dever de respeitar a integridade física e moral do detento, a Carta de 1967, sob poderosa influência da Constituição de 1937, mostrou seu cunho autoritário, preocupando-se, especialmente, com a segurança nacional, restringindo a autonomia individual e permitindo até mesmo a censura absoluta, a suspensão do *habeas corpus*, o recesso do Congresso e a cassação do mandato de políticos, contribuiu decisivamente para o cometimento de arbítrios em nome da pátria, dentre eles a tortura como forma de obter confissões e revelações de informações imprescindíveis à segurança nacional.

Teixeira (2004, p. 29) cita que durante quinze anos de barbárie e terror, a tortura esteve presente no período histórico brasileiro conhecido como Estado Novo da Era Vargas. “Aqui, a tortura como ‘herança cultural brasileira’ se agravou enormemente, somando-se o estado mundial de beligerância e a ambição desmedida pelo poder da burguesia, sendo Vargas o polarizador político desse cenário.”

Teixeira (2004, p. 30), prosseguindo a traçar a linha do tempo, cita que em menos de vinte anos, depois da deposição de Getúlio, sob o pretexto de promover a Segurança do Estado do inimigo comunista, eram empreendidos numerosos centros secretos de detenção das Forças Armadas, conhecidos como DOI-CODI⁴ e DOPS⁵, opositores políticos sofriam “refinadas e abomináveis metodologias de tortura muitas aprendidas de técnicas norte-americanas da CIA.”

Embora omitir a definição legal de tortura, a Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), já passa a prever crime para a autoridade que exerce cargo civil ou militar remunerado ou não que comete qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo bem como aquele que submete pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;

⁴ DOI-CODI - Destacamento de Operações e Informações do Centro de Operações de Defesa Interna - surgiu a partir da Operação Bandeirante (OBAN), criada em 2 de julho de 1969, em São Paulo, com o objetivo de coordenar e integrar as ações dos órgãos de repressão a indivíduos ou organizações (mais especificamente os grupos da esquerda armada) que representassem ameaça à manutenção da segurança interna; Teixeira (2004)

⁵ DOPS – Departamento de Ordem Política e Social - criado em 1924, foi o órgão do governo brasileiro, utilizado principalmente durante o Estado Novo e mais tarde no Regime Militar de 1964, cujo objetivo era controlar e reprimir movimentos políticos e sociais contrários ao regime no poder. Teixeira (2004)

- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (BRASIL, 1965)

Conforme já referenciado na introdução, ao pactuar com as convenções internacionais, a Assembleia Constituinte dita na Constituição de 1988, no seu art. 5º, inc. III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Nesse contexto, justificando-se o inciso XLIII do art. 5º, a prática de tortura passou a ser considerada crime constitucionalmente hediondo ao lado do tráfico de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, portanto não merecedores de graça ou anistia.

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988)

Observa-se assim que a própria Carta Magna faz distinção entre crimes hediondos e crimes equiparados aos hediondos (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo).

Seguindo a evolução legislativa brasileira, devido aos diversos casos de extorsão mediante sequestro, crimes que atingem as camadas mais abastadas da população, entra em vigor, em 25 de julho de 1990, a Lei nº 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), cuja origem reside no Projeto da lavra do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, encaminhado ao Presidente da República, acompanhado por Damásio de Jesus, das quais

constava expressamente a preocupação maior com o que o autor chamava de “guerra contra o crime”. Bierrenbach e Lima (2006)

Além da disposição constitucional, essa lei teve, sobretudo, como *ratio legis* o clamor público oriundo da onda de crimes violentos ocorridos no país, em especial, a “indústria do sequestro”, vigorante notadamente no eixo Rio – São Paulo. Em curto espaço de tempo, a equipe do Governo Collor, com a apetência política legiferante que lhe havia cometido, elaborou a Lei dos Crimes Hediondos. (TEIXEIRA 2004, p. 85)

Em relação à tortura, sua prática não restou tipificada na lei em comento, havendo mesmo quem entenda que esses crimes assemelhados aos hediondos – tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins – sejam tão-somente espécie da qual os crimes hediondos são gênero. Nesse sentido, tal omissão sofre crítica por parte de doutrinadores expoentes: “Perdeu-se a oportunidade, ao se elaborar a lei dos crimes hediondos, para se definir o crime de tortura ou para estabelecer o limite da tortura.” (MIRABETE 1992, p. 48)

Ainda segundo Mirabete (1992), tais crimes se constituem em dois tipos: os *crimes comuns*, latrocínio, extorsão (com o fim de sequestro e qualificada pela morte), o estupro, o atentado violento ao pudor, tipificação essa revogada pela Lei 12.015/2009, epidemia e envenenamento de água ou substância alimentícia; crimes especiais – genocídio, tortura e terrorismo e o tráfico de entorpecentes.

Teixeira (2004) lembra que a primeira referência expressa ao crime de tortura surgiu no art. 233 da Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente que embora cronologicamente anterior à Lei de Crimes Hediondos, cujo início de vigência deu-se na data da publicação – 26 de julho de 1990 – somente entrou em vigor após cumprir seu prazo de *vacatio legis* de noventa dias contados a partir de 13 de julho de 1990.

Eis a redação do art. 233:

Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:
 Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.
 §1º Se resultar lesão corporal grave:
 Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.
 §2º Se resultar lesão corporal gravíssima:
 Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.
 §3º Se resultar morte:
 Pena – reclusão de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1990)

Tal dispositivo viu-se alvo de diversas discussões no mundo jurídico inclusive quanto à sua constitucionalidade, uma vez que embora previsse a punição para a tortura, o artigo não a definia, o que tornava quase inaplicável o dispositivo, lembra Teixeira.

Polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência, houve sobre a exegese desse dispositivo. A questão era se o mesmo continha ou não uma suficiente descrição da

tortura capaz de afirmá-la como conduta realmente tipificada quando os sujeitos passivos fossem menores de dezoito anos, ou seja, crianças e adolescentes. (TEIXEIRA, 2004, p.92)

Toledo em artigo publicado ainda complementa:

Parece que o dispositivo gerou também outra novidade: só considerou a tortura física, já que prevê a qualificação do crime nos casos de lesões corporais graves ou gravíssimas e morte. Não falou em lesão à saúde, nem na perturbação da mente. Em verdade, o legislador conseguiu transformar o 'crime com tortura', como acontece em todas as legislações penais modernas, em 'crime de tortura'. (TOLEDO, 1997, p. 12)

Apesar da polêmica em não se aceitar a descrição de tortura prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que os instrumentos internacionais de direitos humanos permitem a integração de um tipo penal aberto, constante do ordenamento jurídico pátrio, fazendo-o por meio do Acórdão assim descrito:

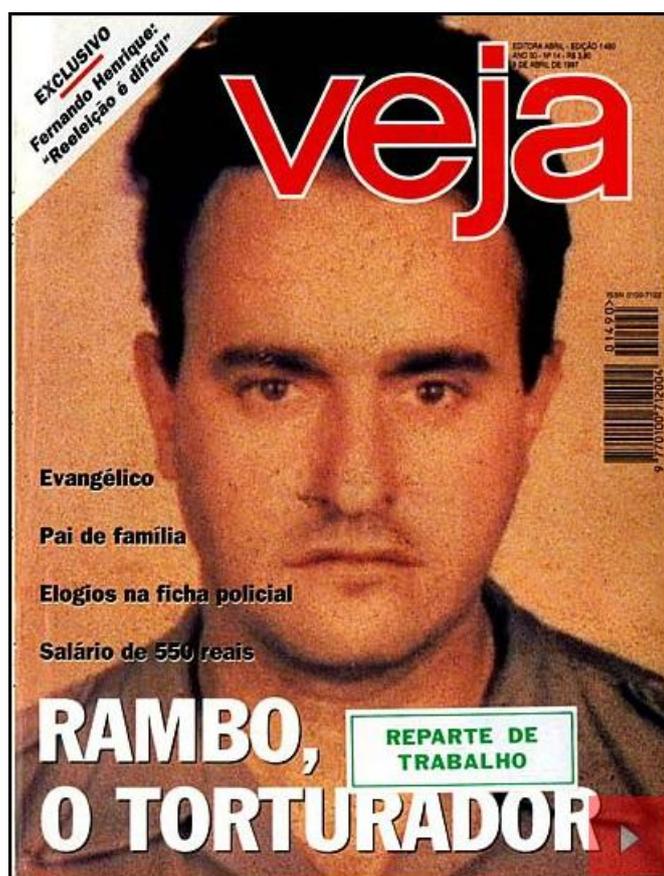
Tortura contra criança ou adolescente. Existência jurídica desse crime no Direito Penal positivo brasileiro. Necessidade de sua repressão. Convenções internacionais subscritas pelo Brasil. Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 233). Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal. Delito imputado a policiais militares. Infração penal que não se qualifica como crime militar. Competência da justiça comum do Estado-membro. Pedido deferido em parte. (BRASIL, 1995)⁶

Percebe-se que tal acórdão já traz à baila o cerne da pesquisa do presente trabalho, demonstrando a tendência da Suprema Corte em definir que o crime de tortura imputado a policiais militares seria de competência da justiça comum, o que será mais bem tratado à frente.

Nove anos após, o legislador, atendendo o texto magno e os compromissos assumidos internacionalmente, conforme Decreto n° 40 de 1991, já citado no capítulo anterior e influenciado pela repercussão nacional dos casos de abusos de policiais em todo o país, destacando-se o caso da Favela Naval em Diadema/SP, sanciona, enfim, a Lei 9.455 de 1997, a Lei da Tortura.

⁶ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas70389.htm>.

Figura 1 – Capa da Revista Veja, edição n° 1490, de 09 de abril de 1997.

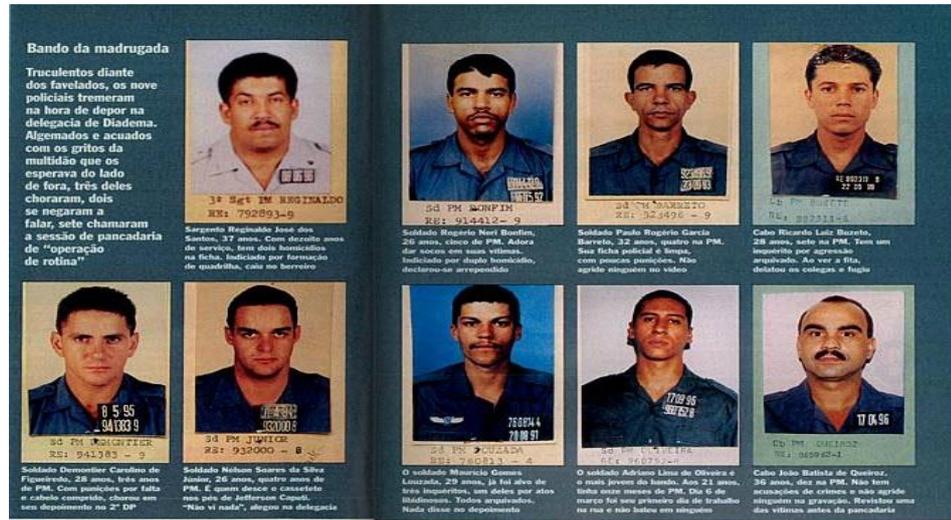


Fonte: Revista Veja⁷

Esse episódio, apenas um dentre os vários abusos praticados por policiais civis e militares em suas respectivas corporações, dentre eles o massacre de 111 presos no Carandiru em 1992, mobilizou a opinião pública, motivando a rápida votação de um projeto de lei já existente no Senado e a edição da Lei n° 9455, de 07 de abril de 1997. (TEIXEIRA, 2004, p. 97)

⁷ <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>

Figura 2 – A Revista Veja intitula o grupo como “Bando da Madrugada”, edição nº 1490, de 09 de abril de 1997



FONTE: Revista Veja⁸

Assim assevera Bierrenbach e Lima (2006, p. 35) “A publicidade daquilo que todos sabiam ocorrer cotidianamente teve o condão de movimentar projeto de lei, que há muito jazia no Senado e acabou por se transformar na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, a Lei da Tortura”.

Eis o que prevê a Lei 9.455/97:

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.

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

§ 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.

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

§ 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 sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

⁸ <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1997)

Na presente lei, destaca-se que o polo ativo (sujeito) tem que possuir relação de guarda, poder ou autoridade sobre a vítima. Existe a modalidade de omissão prevista no § 2º que sofre pena de detenção de 1 a 4 anos e trata-se de duas modalidades de tortura imprópria.

Na primeira, pune-se a não-evitação da prática de qualquer das modalidades de tortura previstas nos precitados tipos penais.

Na segunda, pune-se a não-apuração da tortura praticada por outrem (BIERRENBACH E LIMA 2006, p. 70).

3 O Crime De Tortura

3.1 Conceituação e a Lei 9.455

A *tortura* ou o *tormento* (denominação constante de textos antigos) consiste, historicamente, em agudos sofrimentos corporais ou psicológicos aplicados a suspeitos de autoria de crime ou a testemunhas, com o objetivo de obter-se da pessoa submetida a essa prática, contra sua vontade, confissão de crime ou informação para a investigação ou para o processo criminal. (TOLEDO, 1997, p. 11)

O tipo penal de tortura é formado pelos elementos: a) constranger, submeter e omitir; b) alguém; c) imputação de sofrimento físico ou mental; d) utilização de violência ou grave ameaça. A tortura, do ponto de vista do elemento subjetivo do tipo, é um fim em si mesma, pois o fato de ocorrerem eventuais lesões corporais ou até mesmo a morte não é considerado como dolo do agente, sobrevem por estrita culpa.

Percebe-se que o conceito de tortura presente no art. 1º da supracitada lei segue a mesma linha conceitual trazida pelo art. 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização da ONU já descrito ao final da seção 2.1 desta pesquisa. Em que pese não considerar como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, o conceito lá descrito é amplo, apresenta a ideia de castigo e de punição e a motivação de preconceito de qualquer espécie como também na convenção ao contrário do que prevê a norma brasileira como tão somente uma causa majorante de pena, conservou a necessidade de ser a tortura praticada por agente do Estado.

Preferimos, no entanto, um conceito mais abrangente, entendendo por tortura qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, contínuo e ilícito, para a obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão. (NUCCI, 2010, p. 1196)

O tipo descrito pelo artigo 1º, inciso I da Lei 9.455/97, descreve uma única conduta revestida de duas formas de execução e vários elementos subjetivos do tipo. O verbo núcleo do crime é *causa*, e a consequência, *sofrimento físico ou mental*. Assim, no predito diploma detecta-se três verbos-núcleos: constranger, (inc. I do art. 1º), submeter (inc. II do art. 1º) e omitir (§2º do art. 1º). Apresentando os três o denominador comum de retratarem condutas eminentemente dolosas, isto é, todos são praticados pelo agente com consciência e vontade direcionada ao cometimento da tortura, a primeira diferença que se faz notar é a natureza comissiva dos dois primeiros, em contraposição ao último. Dessa forma assevera Teixeira (2004):

“Constranger” e “submeter” podem assumir tanto a forma de verbos transitivos diretos como de bitransitivos. Considerando o sentido da tortura bem como o significado semântico de cada um desses verbos, dúvida não resta que requerem os mesmos o complemento direto, que na lei vem expresso pela palavra “alguém”, como de um indireto. (TEIXEIRA, 2004, p. 109)

No caso de submeter, esse complemento indireto restou expresso: “a intenso sofrimento físico ou mental”. Diversa, porém foi a redação do inciso I, na qual restou ausente estabelecer a que se constrange, muito embora tenham-se mencionado os fins (alíneas *a* e *b*), bem como motivo (alínea *c*).

Para Teixeira (2004), não há como não citar a crítica formulada por Miguel Reale a alínea *c* da Lei 9.455/97:

Na alínea *c*, o texto é incompreensível, pois se diz que é crime de tortura constranger alguém, por violência ou grave ameaça, impondo-lhe sofrimento em razão de discriminação racial ou religiosa. Altera-se, todavia, o significado da dicção constranger. Ao não se fixar a que é a vítima constrangida em razão da discriminação racial ou religiosa, o verbo “constranger” tem obrigatoriamente seu sentido alterado, não correspondendo mais a compelir ou coagir algo. Só há sentido se o verbo constranger for entendido como “tolher a liberdade de”.
É inadmissível que na mesma norma penal incriminadora o verbo, que é seu núcleo, tenha dois significados diversos, apesar de próximos. Faltou ao legislador cuidado e técnica na elaboração da norma. (GRIFO NOSSO). (REALE JÚNIOR, 1997 *apud* TEIXEIRA, 2004, p. 111)

Certo é que, à luz da citada lei, o constrangimento deve ser exercido por meio de violência ou grave ameaça.

Segundo Bierrenbach e Lima (2006), um dos meios para a prática da tortura é a violência física, exercida *via corporalis*, ou seja, sobre o corpo da vítima, para afastar sua resistência sendo que a violência pode ser direta ou indireta. Esta ocorre quando, ao invés de o agente torturar a vítima para obter a mesma informação, declaração ou confissão, opta por torturar um terceiro, ligado afetivamente àquele de quem pretende a informação.

Desnecessário que da violência resulte lesão corporal, merecendo consignar que, se esta sobrevier, desde que grave ou gravíssima, incidirá a qualificadora prevista no parágrafo 3º do artigo ora comentado. A lesão leve é absorvida pelo crime descrito no *caput* do artigo inaugural. Importante lembrar da gravidade das lesões, cuja prova não prescinde de exame de corpo de delito, deve ser avaliada de acordo com os parâmetros do art. 129 e seus parágrafos do Código Penal

Penal e Processual Penal – Tortura (Lei nº 9.455/97) – Choques elétricos e socos com o objetivo de obter informação – Conjunto Probatório que embasa suficientemente a condenação – Pena exacerbada – Decote – Perda do cargo – Impossibilidade – 1. Diante das provas coligidas, restou comprovado que o apelante praticou atos de tortura, aplicando choques e socos, no intuito de obter informação acerca de vales-transportes de sua propriedade, cujo desaparecimento imputava à sua

companheira. 2. Sendo o réu primário e as lesões causadas de natureza leve, deve a pena ser estabelecida em patamar consentâneo com o caso concreto. 3. O efeito obrigatório de perda de cargo somente tem aplicação, quando do cometimento do crime funcional próprio, todavia, o apelante não se encontrava no exercício de cargo, função ou emprego público. (DISTRITO FEDERAL, 2002, p. 125)

Dentre os doutrinadores Brasileiros, há os adeptos da teoria tradicional que vincula a violência ao emprego de força física e aqueles que ligam também à coação de vontade. Assim posiciona Nelson Hungria: “Violência é o emprego de força física para sobrepujar uma resistência. É todo meio idôneo de cercear materialmente em outrem a faculdade de agir segundo a sua própria vontade.” (HUNGRIA, 1942, p. 212)

Segundo Teixeira (2004), há doutrinadores como Pisapia que chegam a afirmar que onde não se tem uma resistência efetiva, impossível é falar em violência efetiva.

Três distintas situações são colocadas para servir de apoio a esse entendimento. Numa primeira, a violência é dirigida a um doente ou qualquer pessoa incapaz de opor válida resistência, como, por exemplo, um idoso. Numa segunda hipótese, o sujeito passivo chega a opor resistência inicial, mas se torna, posteriormente, incapaz de continuar resistindo, e portanto de vencer tal violência. Como terceira situação, o sujeito ativo lança mão da hipnose ou da narcose, objetivando excluir do sujeito passivo a possível resistência do corpo e da vontade. Em todos os três casos, adverte o referido autor que, não estando presente o requisito da efetiva resistência, não se configuraria a violência; resistindo, portanto isento de responsabilidade o agressor. (TEIXEIRA, 2004, p.118)

Certo é nessa complexa noção de violência, a sua aparente inseparabilidade com a ideia de força. O que, à primeira vista, pode parecer ser algo lógico, cai por terra ao lembrar do uso do narcótico, meio idôneo a conduzir uma pessoa a um estado de inconsciência, oportunidade em que essa se torna incapaz de entender e querer. Sendo assim, tal uso, merece, indubitavelmente, ser inserido na concepção de violência, pois quando se coloca o indivíduo em estado de incapacidade de entender, seja por meio químico ou psíquico (a hipnose), restando então excluído a noção de violência o emprego de força como um dos seus elementos constitutivos.

Segunda conduta descrita nos incisos I e II é a grave ameaça. No Código Penal Brasileiro, tal tipificação foi previsto como crime autônomo no art. 147 com pena prevista de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Na Lei de Tortura, a ameaça figura lado a lado com a violência e assim como em diversos outros tipos da Parte Especial do nosso Código Penal é também ali uma forma de execução do crime. Como não há, nos diplomas legais, diferenciação entre os dois modos de execução, resta a busca por uma diferenciação por meio da Literatura:

Ameaça é a violência moral, a intimidação, a manifestação (por palavras, gestos, escritos, meios simbólicos) do propósito de causar a alguém, direta ou

indiretamente, no momento atual ou no futuro, um mal relevante. É a *vis compulsiva (vis psychica, conditionalis)*, o *metus, a vis animo ilata*, das fontes romanas. (HUNGRIA, 1942, p. 142)

Nucci da mesma forma diferencia violência de grave ameaça:

6. **Violência e grave ameaça:** por tradição, no sistema penal brasileiro, o termo violência é usado para representar agressão física, quando a grave ameaça significa uma agressão moral, uma intimidação, em gênero, são duas formas de violência – a física e a moral. (NUCCI, 2010, p. 1196)

Conforme visto, grande parte da doutrina, acompanhando o ilustre penalista Nelson Hungria, utiliza “violência moral” como sinônimo de “ameaça”, o que nos parece impróprio. A violência moral, segundo a doutrina citada no presente trabalho, mostra-se um conceito amplo e genérico, consistindo numa constrição da liberdade interior do ser humano; enquanto a ameaça é, um dos seus modos de atuar, isto é, um meio pelo qual se perfaz uma intimidação. Indispensável na ameaça que seja ela dirigida de modo a causar na vítima um verdadeiro sentimento de temor, “que o mal prenunciado seja certo (não vago), verossímil (possível de ocorrer), iminente (que está para ocorrer e não prevista para um futuro longínquo) e inevitável (que o ameaçado não possa evitar).” (MIRABETE, 2005, p. 185)

Desnecessário que agente e vítima se encontrem frente a frente, uma vez que a ameaça pode ser feita por escrito ou por interposta pessoa.

Acrescenta-se, por fim, que a ameaça é cabível de ser praticada tanto em presença da vítima como na sua ausência, vez que inúmeros são os meios pelos quais se pode chegar à sua esfera de conhecimento, como, por exemplo, recados, bilhetes, telefonemas, desenhos, ou por qualquer outro meio de comunicação. Além disso, ela pode ser direta, quando visa a própria pessoa ofendida, ou indireta, se o mal ameaçado a terceiro, a quem a vítima se ligue por relações de parentesco, afeto ou amizade. (TEXEIRA, 2004, p. 121)

O terceiro meio de execução previsto na Lei 9.455/97 encontra-se no §1º do art. 1º da Lei. Nessa modalidade, a tortura consiste na prática de ato ilegal que cause na vítima, preso ou internado, sofrimento físico ou mental.

Teixeira (2004) faz pertinente remissão à Lei de Execução Penal, que segundo art. 5º da Constituição, tal ordenamento jurídico traz um rol de direitos do preso que, *mutatis mutandis*⁹, são aplicáveis aos sentenciados por medida de segurança. O rol desses direitos vem elencado nos arts. 40 a 43 da LEP. A extensa lista, entretanto, acaba por não apresentar o caráter taxativo, pois o primeiro dispositivo mencionado, assumindo o papel de regra geral,

⁹ expressão latina que significa *mudando-se o que deve de ser mudado*. Pode ser, entendida como: tendo substituído ou levado em conta certos termos. Tal expressão é geralmente empregada a respeito de uma sentença ou idéia anteriormente citada e compreendida pelo leitor. Ela indica, assim, que posteriormente algo fora alterado ou que se pode fazer uma analogia de tal fato, porém tomando as devidas proporções e alterações necessárias. (GUIMARÃES, 2009, p.445)

impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

25. Análise do núcleo do tipo: embora previsto no §1º, cuida-se de outro tipo básico, logo, dependente do *caput* apenas no que se refere à pena. Submeter significa dominar, sujeitar, dobrar a resistência. O objeto desta conduta é a pessoa presa ou que está sujeita à medida de segurança (normalmente, por uma questão de coerência, internada em hospital de custódia e tratamento). Lembremos que, constitucionalmente, todo preso tem direito de ter respeitada a sua integridade física e moral. (NUCCI, 2010, p. 1200)

Destaca-se pelo art. 4º da presente lei, que tal dispositivo coloca por terra a polêmica gerada pelo art. 233 da Lei 8.069, ao revogá-lo expressamente, conferindo tratamento unitário e uniforme ao tema. “Essa atitude, aliás, seria dispensável, pois dispondo exaustivamente sobre a matéria, a Lei nº 9.455/97 já teria o condão de revogar tacitamente qualquer disposição que lhe fosse contrária e que compartilhasse consigo do mesmo patamar normativo hierárquico.” (TEIXEIRA, 2004, p. 101)

A consumação se dá tão somente com a simples ocorrência do resultado: provocação de dor física ou mental. Basta que a vítima sofra. Isto não pode ser confundido nem com os meios de execução (emprego de violência ou grave ameaça), nem com o elemento subjetivo do tipo, retratado pelas alíneas do inciso I.

Portanto, as alíneas não são tipos alternativos, mas apenas fins especiais da ação.

Assim, não obstante ter-se apenas um verbo (causar), o crime de tortura só é perfeito se aliado aos meios de execução descritos pela lei e, ainda, com o fim especial descrito em alguma das alíneas do primeiro inciso. A tentativa é possível bastando que o emprego da violência não atinja a vítima.

O crime de tortura consuma-se ainda que o agente não consiga atingir o seu objetivo, ou seja, mesmo que não obtenha, por exemplo, a informação ou confissão que almejava. Uma controvérsia que surgiu logo após a edição da lei foi o possível confronto com crime de roubo. Veja-se, por exemplo, o emprego de grave ameaça para obter a senha de cartão bancário (informação). O problema resolve-se no plano subjetivo, ou seja, analisa-se o fim último do autor. No caso apresentado, a intenção era de obter coisa alheia para si. O emprego de ameaça e a obtenção de informações são apenas um meio para a subtração.

No caso da alínea "b", se a vítima da tortura vier a cometer algum delito, o torturador responde em concurso pelo crime cometido contra a vítima da tortura.

Seguindo preceito constitucional previsto no art. 5º, inc. XLIII, essa lei passou a estipular em norma expressa (§6º do art. 1º), que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça (causas de extinção da punibilidade) ou anistia.

Graça é o indulto individual (pedido concedido pelo Presidente da República, por decreto, a quem ele deseja – art. 84, inc. XII, CF). Segundo nos parece, onde se lê *graça*, deve-se ler igualmente *indulto*, pois este nada mais é do que o perdão coletivo (igualmente concedido pelo Presidente da República, por decreto, a quem queria). Aliás, não fosse essa melhor interpretação e o Presidente não poderia conceder graça, pois esta modalidade de perdão não está elencada dentre as suas atribuições (o art. 84 menciona somente indulto e comutação). Mas, por certo, tanto pode o Chefe do Executivo conceder um (graça) como o outro (indulto) – e assim vem sendo feito desde a edição da Constituição de 1988. (...) Anistia é o esquecimento de fatos criminosos (perdão concedido pelo Congresso Nacional). (NUCCI, 2010, p. 1205)

Não houve, dessa forma, proibição ao indulto como aconteceu na Lei 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
II - fiança. (BRASIL, 1990)

Segundo Bierrenbach e Lima (2006) entende que como a Lei de Tortura é mais recente do que a Lei dos Crimes Hediondos, prevalece aquela sobre esta. Em consequência cabível, nos casos de tortura, a liberdade provisória sem fiança, bom como o indulto.

Acertadamente, ainda, não se vedou a liberdade provisória, ao contrário do equívoco cometido pelo legislador ordinário na Lei dos Crimes Hediondos. Os crimes de tortura, regulados pela Lei 9.455/97, mas recente e específica que a Lei nº 8.072/90, embora inafiançáveis, comportarão a liberdade provisória sem fiança, tendo integral aplicação o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Assim assevera Nucci (2010, p.1205):

Entretanto, falar-se em delito inafiançável, atualmente, é inútil, pois existe a possibilidade de se conceder a qualquer acusado a liberdade provisória, *sem fiança*, desde que não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, CPP). Ora, ser um crime inafiançável não quer dizer nada, na prática, pois o indiciado ou réu pode ser solto pelo juiz sem o recolhimento de nenhuma quantia em dinheiro, vale dizer, sem pagamento de fiança. A Lei 9.455/97 abrandou a situação do torturador, pois proibiu somente a concessão de liberdade provisória com fiança. Omitiu o que vinha disposto na Lei 8.072/90 supracitada, com relação à tortura, que vedava também a liberdade provisória sem fiança. Passa a ser cabível, portanto.

Por fim, veja-se que a lei não descreveu no crime de tortura a hipótese de o crime ter como motivação o simples sadismo, ou seja, o prazer de fazer sofrer. Resta a incriminação por eventuais lesões corporais ou constrangimento ilegal.

3.2 Aspectos peculiares

Teixeira (2004) afirma que a Lei, tipificadora de tortura, traz a desconhecida figura dos elementos subjetivos do injusto¹⁰, prevista nos incisos I e II do art. 1º, uma vez que só aperfeiçoa se presente, o dolo, “no âmbito psíquico do agente”, determinado fim de agir, Teixeira (2004).

O art. 1º define o constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça e causador de sofrimento físico ou mental, bitolando, desnecessariamente, as direções para as quais o elemento subjetivo se volta, especificando o dolo, deixando situações que estão fora da reserva legal. Assim, por exemplo, se o constrangimento é crime de tortura quando tem objetivos definidos e quando é nutrido por discriminação racial ou religiosa, é possível cogitarmos da hipótese de o torturador de um homossexual, que assim age por preconceito sexual, ter tal conduta desconsiderada enquanto tortura, por estar fora da bitola da tipicidade. (TOLEDO, 1997, p. 13)

“Com o fim de obter informação ou confissão, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” – art. 1º, inc. I, alínea a” (BRASIL, 1997)

Trata-se, em tela da tortura-prova. O sujeito ativo, seja particular ou funcionário público, age direcionado a obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiro. Se especial fosse, essa informação haveria de versar sobre dados acerca da autoridade e/ou materialidade de algum ilícito penal ou sobre determinado ilícito administrativo cometido em estabelecimento prisional. A declaração representaria autoria de tal ilícito pela vítima da tortura, porém, conforme lembra Bierrenbach e Lima (2006), tal declaração pode se versar sobre qualquer fato, podendo ser acerca de um crime cometido ou sobre uma dívida, não se configurando assim em crime próprio, embora seja esse o entendimento de alguns doutrinadores escudados nas convenções internacionais nas quais o Brasil é signatário.

Nucci ainda complementa que as provas colhidas por policiais em decorrência de constrangimento ou por violência são consideradas ilícitas e, portanto, devem ser desentranhadas dos autos de qualquer processo:

Na realidade, toda vez que houver constrangimento para a obtenção de eventual informação, declaração ou confissão por parte de alguém, invade-se a seara das provas obtidas por meios ilícitos, logo, criminosas. Por isso, a informação, declaração ou confissão não terá efeito algum no processo ou inquérito para a qual foi produzida. Os documentos que as contêm devem ser desentranhados dos autos, não prestando para a valorização como prova. (NUCCI, 2010, p.1197)

¹⁰ Almejando evitar situações indesejadas como a exemplificada por Toledo, acreditamos que poderia ter o legislador lançado mão do mesmo recurso utilizado no art. 121 do Estatuto Repressor. No §2º desse dispositivo há uma ampliação do espectro dos motivos e meios que qualificam o crime de homicídio por meio da inserção de expressões como: “ou outro motivo torpe” (inciso I), “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” (inciso III), “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” (inciso IV). (TEIXEIRA, 2004, p. 125-126).

“Para provocar ação ou omissão de natureza criminosa” – art. 1º, inciso I, alínea b. (BRASIL, 1997)

Tipo penal em tudo idêntico ao acima analisado, a não ser pelo especial fim de agir. Nessa hipótese, torturando a vítima, quer o agente que esta pratique conduta “de natureza criminosa”, vale dizer, descrita na lei como crime.

Registre-se que a expressão **natureza criminosa** alcança, também, a contravenção, que, apesar de não ser crime na acepção técnico-jurídica, se reveste de natureza criminosa. Aliás, a contravenção é considerada pela doutrina como crime-anão, já que a diferença entre esta e o crime é apenas quantitativa. Assim, não havendo ‘diferença ontológica entre crime e contravenção, ambos têm a mesma natureza’. (COIMBRA, 2002, *apud* TEIXEIRA, 2004, p. 127)

Importa frisar que, se o torturador coagir fisicamente a vítima à prática de um delito, responderá por ele. Neste caso, o torturado terá agido como instrumento do torturador, não respondendo pelo crime por ausência de vontade, essencial à configuração da conduta.

Em caso de grave ameaça (coação moral irresistível), o torturador responderá pelo crime praticado pelo torturado como autor mediato. O torturado terá agido sob o agasalho da excludente de culpabilidade, prevista no art. 22, 1ª parte, do Código Penal. A culpabilidade estará, pois, ausente, por inexigibilidade de conduta diversa. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 52)

Segue o autor acima, explanando que desde que configurada a tortura, presentes os elementos do tipo em análise, seja por meio de violência física ou grave ameaça, o torturador responsável por dois crimes em concurso material: pelo delito ora cometido ou por aquele ora praticado pelo coato.

Respeitadas as considerações da doutrina, difícil é definir se toda coação moral irresistível configurará crime de tortura, pois para que o delito previsto na Lei 9.455/97 se constitua, é necessária a comprovação de sofrimento físico no coagido, que tenha durado tempo relevante.

Em abandono de tal entendimento, suponha-se que, logo após o agente ameaçar a vítima de causar-lhe mal injusto e grave, o ameaçado ceda, praticando a conduta criminosa pretendida pelo coator. Neste caso, não há que se falar em tortura, mas tão somente em autoria mediata. Assim, o coator responderá pelo delito praticado pelo coato, enquanto este, tendo agido com sua vontade viciada pela coação moral irresistível, será absolvido por inexigibilidade de conduta diversa, o que excluirá a culpabilidade. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 53)

Nucci (2010) assevera que somente deixa-se rastro a tortura física, não sendo possível a prova pericial na tortura psicológica o que só pode ser possível mediante prova testemunhal.

Confira-se STJ: “Em se tratando do crime de tortura, previsto no art. 1º, I, *a*, da Lei 9.455/97, e sendo impingido à vítima apenas e tão somente sofrimento de ordem mental, e que, portanto, e de regra, não deixa vestígios, é suficiente a sua comprovação por meio de prova testemunhal” (HC 72084-PB, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 16/04/2009, v.u.). “O crime de tortura psicológica e

sofrimento mental não deixa vestígios aparentes, como marcas, indícios ou sinais externos para exigir a aplicação do art. 158 do Código de Processo Penal. Nesses casos, afigura-se imprescindível a análise de todo o conjunto fático-probatório para que o julgador analise o caso concreto e entenda estar evidenciada a autoria e materialidade do delito, como na hipótese vertente” (REsp. 272.837-PR, 5ª T. rel. Laurita Vaz, 19.05.2005, v.u.). (NUCCI, 2010, p. 1198).

“Em razão de discriminação racial ou religiosa” – art. 1º, inciso I, alínea c.” (BRASIL, 1997)

Nessa elementar subjetiva, a tortura só se aperfeiçoa se a discriminação se der por motivo de raça ou religião. Discriminação é ato ou efeito de discriminar, diferenciar, distinguir. Para Bierrenbach e Lima (2006), Discriminação racial ou religiosa é segregação, é política que objetiva separar e/ou isolar as minorias.

Não é, portanto, a Lei de Tortura tão abrangente como a Lei nº 7.716/89, cujo art. 1º, com a redação alterada pela Lei nº 9.459/97, prevê a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional. Não há tampouco que se falar em conflito entre as leis, uma vez que não houve previsão de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa na Lei 7.716/89, previsão essa somente encontrada na Lei n. 9.455/97. (TEIXEIRA, 2004, p. 127)

“Houve lamentável restrição, deixando ao largo da proteção deste artigo outras formas de discriminação, como a ideológica, filosófica, política, de orientação sexual, entre outras.” (NUCCI, 2010, p. 1199). De qualquer forma, foi positiva a iniciativa da Lei 9.455/97, a inclusão desse elemento subjetivo, coadunando com a postura assumida pela Constituição Federal, na medida em que a mesma propõe, dentre os seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos sem a mácula do preconceito racial.

”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” – art. 1º, inc. II.” (BRASIL, 1997)

O crime pode ser cometido contra filho, tutelado, preso e interno em estabelecimento de ensino ou hospitalar.

Neste inciso, também há um elemento subjetivo do tipo diverso do dolo, que é o *animus corrigendi*. Portanto, esta forma está bastante parecida com o crime de maus tratos, art. 136 do CP. O que acaba por diferenciar um e outro é o *intenso sofrimento*.

Lembra Bierrenbach e Lima (2006) o quanto se torna complexo comprovar o aspecto *intenso* do sofrimento físico.

Nessa via de raciocínio, se já era difícil avaliar o sofrimento mental do ofendido, aferir a intensidade deste sofrimento constitui tarefa extremamente complexa.

Importante registrar que tal avaliação deve levar em conta as peculiaridades da vítima da tortura. (BIERRENBACH E LIMA, 2006, p. 63)

“§1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.” (BRASIL, 1997)

O parágrafo 1º trata de uma equiparação destinada exclusivamente a detentos. Veja-se que para a incidência do parágrafo não é necessário que haja o elemento normativo do tipo *intenso*. Basta a aplicação de medida não prevista na Lei de Execuções Penais e que a medida venha a causar sofrimento físico ou mental.

As três primeiras modalidades de tortura já analisadas consumam-se quando sobrevém o sofrimento físico ou mental causado pela violência (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*) exercida pelo agente contra a vítima. Embora a consumação do intento do criminoso seja mero exaurimento, é possível a configuração do modo tentado.

A tentativa se configura quando, iniciada a conduta violenta ou proferida a ameaça, com o fim, com o fim arrolado numa das alíneas “a” ou “b” do inciso I, ou em razão de discriminação religiosa, no caso da alínea “c”, o agente interrompe a execução, por circunstâncias alheias à sua vontade, não chegando a produzir-se na vítima, sofrimento físico ou mental. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 56)

Tratam-se os meios de execução de crimes comissivos, já que podem ser praticados por ação positiva, e de resultado naturalístico, uma vez que se consumam com o sofrimento físico ou mental suportado pela vítima. São também, plurissubsistentes, uma vez que a conduta do torturador compõem-se de vários atos.

O segundo ponto tratado é a incidência daqueles que contribuem para o crime por omissão.

“§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 1 a 4 anos.” (BRASIL, 1997).

A primeira leitura do parágrafo 2º pode levar ao erro. O parágrafo pune de forma mais branda o omissor do que o agente ativo. Na realidade, deve-se fazer uma separação entre aquele que pode agir para evitar o resultado e aquele que se omite em apurar os fatos. Para o primeiro, deve incidir a regra geral do art. 13, § 2º do Código Penal. Ou seja, responde como partícipe. Àquele que tem o dever jurídico de apurar os fatos, e não o faz, incide no § 20, como tipificação autônoma.

Assim assevera Bierrenbach; Lima (2006, p. 70):

Trata-se de duas modalidades de tortura imprópria, assim chamadas porque derivam de um dos crimes de tortura tipificados nos dispositivos anteriores. Na primeira, pune-se a não evitação da prática de qualquer das modalidades de tortura previstas nos precitados tipos penais. Na segunda, pune-se a não apuração da tortura praticada por outrem.

Não há o que se falar em cometimento de crime de prevaricação e ou de condescendência criminosa, uma vez que o tipo penal da lei especial já preveem a sua tipificação na forma omissiva. “Na ausência do tipo penal ora examinado, responderia o omitente por prevaricação (artigo 319 do Código Penal) ou por condescendência criminosa (artigo 320 do mesmo estatuto), crimes praticados por funcionário público contra a administração.” (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 72)

“§3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.” (BRASIL, 1997)

Trata-se, como vê, de um tipo qualificado, pois sua pena é autônoma, desvinculada do tipo penal fundamental. O homicídio e lesão culposos são absorvidos pelo delito em apreço. Assim, a morte deve ocorrer a título de culpa. Trata-se de crime preterdoloso. Isso porque a morte dolosa mediante tortura configura delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inc. 111, do CP), absorvendo-se o crime de tortura, que já funciona como qualificadora do homicídio. “Trata-se de formas qualificadas pelo resultado, punidas a título de preterdolo. Vale dizer, a tortura é punida a título de dolo e o resultado qualificador a título de culpa. Em caso de lesão leve, será esta absorvida pela tortura.” (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 73).

O parágrafo 3º traz a figura qualificada pelo resultado. Nestes casos, é importante ressaltar que as lesões ou a morte decorrente são ocasionadas de forma culposa. Se o dolo for a morte, por exemplo, o crime é de homicídio qualificado pela tortura.

§ 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 sequestro. (BRASIL, 1997)

Trata o §4º de um típico caso de aumento de pena conforme muito bem pontua o professor e jurista Guilherme de Souza Nucci:

Causas de aumento de pena: são circunstâncias legais, jungidas ao tipo incriminador, que permitem a elevação da pena em patamares superiores ao máximo abstratamente previsto, se necessário. O julgador deve graduar o aumento (1/6 a 1/3) levando em conta o caso concreto e não fatores meramente aritméticos, ou seja, se estiverem presentes a três hipóteses deste parágrafo, a elevação seria de um terço; se somente uma estiver presente, a elevação seria de um sexto. Conforme a situação concreta, pode-se elevar em um terço a pena, ainda que exista somente uma das três hipóteses descritas. (NUCCI, 2010, p. 1203)

A primeira ocorre quando o crime é cometido por agente público. A expressão *agente público* deve ser interpretada no sentido de *funcionário público*, cujo conceito é fornecido pelo art. 327 do Código Penal e pelo art. 5º da Lei 4.898/65 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade). Trata-se, como se vê, de delito funcional. Tal função será melhor discutida na seção seguinte.

Já as demais são com relação às vítimas seja ela criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.

Quanto à majorante do inciso II, cumpre destacar que, nos termos do artigo 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), criança é a pessoa de até doze anos de idade incompletos; adolescente, aquela entre doze e dezoito anos.

Quanto ao deficiente, deve ser considerada a deficiência de qualquer ordem conforme parâmetro da Lei 7.853/89. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 76)

Nesse aspecto, cumpre recordar que nem toda criança, à semelhança do que ocorre com o delito de constrangimento ilegal, pode ser vítima do crime de tortura, previsto no inc. I do art 10 da Lei nº 9.455/97, conforme assevera Barros (1997, p. 242)¹¹:

:

Isso porque o bem jurídico protegido é a liberdade física e psíquica da pessoa, notadamente a sua liberdade de autodeterminação, de modo que se a capacidade de entendimento for totalmente nula, exclui-se a possibilidade de a criança ou doente mental figurar como sujeito passivo do crime. Entretanto, desde que ostentem o mínimo de capacidade para entender e sentir o temor produzido pelo mal ameaçado, criança e louco podem ser sujeitos passivos do delito em estudo. No tocante à tortura do inc. II do art. 10 e seu § 10 da Lei nº 9.455/97, o delito se caracteriza ainda que a criança ou doente mental não ostentem o mínimo de capacidade de entendimento, porque o tipo não faz menção a nenhum comportamento do ofendido

No que concerne à gestante, da mesma forma, imprescindível a ciência pelo agente da gravidez da vítima. O desconhecimento impossibilita a incidência da causa de aumento de pena. Porém, nesse caso, não se aplica a agravante geral prevista no art. 61, inc. II do Código Penal.

A terceira ocorre quando o crime é cometido contra gestante. Nesse caso, exclui-se a agravante genérica do art. 61, inc. II, alínea h, do Código Penal, uma vez que essa agravante já funciona como causa de aumento de pena, não podendo, evidentemente, ser duplamente valorada, sob pena de consagração do *bis in idem*. Cumpre destacar, ainda, que o agente deve ter ciência da gravidez. Finalmente, para a incidência da majorante, urge que o agente não queira nem assuma o risco de produzir o aborto. De fato, o dolo em relação ao aborto dá ensejo ao delito do art. 125 do Código Penal, em sua forma consumada ou tentada, em concurso com o crime de tortura simples (Lei nº 9.455/97), sem a incidência da causa de aumento de pena. (BARROS, 1997, p. 242)¹²

No inciso II ainda houve o acréscimo da vítima maior de 60 anos como causa de aumento da pena devido à imposição da Lei 10.741/2003 que prevê o Estatuto do Idoso.

No que tange ao inciso III, aumenta-se a pena se o crime é praticado mediante sequestro. Nesse caso, exclui-se a incidência do delito previsto no art. 148 do Código Penal, que já funciona como causa de aumento de pena do crime de tortura. A absorção do delito de sequestro é fundamentada no princípio da subsidiariedade implícita. “Resulta, portanto, incabível, *in casu*, um concurso entre o crime de tortura cometido mediante sequestro e o

¹¹ <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/20398>.

¹² <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/20398>.

crime previsto no art. 148 do Código Penal, já que estaríamos a violar o princípio *non bis in idem*.” (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 78)

Por fim, um aspecto interessante da lei é a modificação do sistema tradicional de territorialidade da lei. Para a tortura, a lei brasileira é aplicável e bastam dois requisitos, de forma alternativa: a) que a vítima seja brasileira; ou b) que o agente encontre-se em território nacional.

Na primeira hipótese, a extraterritorialidade é incondicionada, uma vez que nenhum requisito é exigido para a aplicação da lei penal brasileira. Basta que o crime tenha sido cometido contra brasileiro. O agente punido ainda que se encontre no exterior. Na segunda hipótese, a extraterritorialidade depende apenas de uma condição: a entrada do agente no território nacional.

As outras condições previstas no §2º do art. 7º do Código Penal não se aplicam ao delito de tortura. Assim, ainda que o agente tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro, não se exclui a aplicação da lei penal brasileira. Assim, assevera Barros (2011):

Cumpra observar que a tortura é um delito que, por tratado, o Brasil se obrigou a reprimir. Em princípio, a extraterritorialidade deveria reger-se pela alínea *a* do inc. II do art. 7 do Código Penal, que, para aplicação da lei brasileira, impõe o concurso das condições previstas em seus §§ 2º e 3º. Todavia, como a extraterritorialidade do delito de tortura acabou sendo disciplinada na Lei nº 9.455/97, exclui-se a incidência do Código Penal, não se exigindo, por consequência, as condições dos §§ 2 e 3º do art. 7º do Código Penal. Exegese diversa, impondo essas condições, tornaria inútil a extraterritorialidade estampada na Lei nº 9.455/97. (BARROS, 1997, p. 245)¹³

Interessante, para tipificação do caso concreto nessa lei é se fazer um comparativo entre abuso de autoridade e o crime de tortura.

Caso ocorra a força arbitrária, é importante que a ação do policial se amolde claramente a um determinado tipo penal, devendo este responder pela conduta praticada e não por uma conduta mais grave, ou mais branda, definida a critério subjetivo do operador do direito.

O conceito do — abuso de autoridade está contido nos artigos 3.º e 4.º da Lei 4.898 de 1965:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

i) à incolumidade física do indivíduo; (grifo nosso)

[...]

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

¹³ <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/20398>.

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; (grifo nosso)
 [...] (BRASIL, 1965)

O crime de abuso de autoridade engloba toda ofensa praticada pela autoridade, desde uma simples contravenção de vias de fato até o homicídio. Se além do atentado resultar lesões corporais ou tortura, deve o agente responder por ambos os crimes em concurso formal imperfeito, somando-se as penas. Não há que se falar em absorção das lesões ou do crime contra a vida pelo abuso, uma vez que as objetividades jurídicas são diversas. No abuso, tutela-se não apenas o bem jurídico do cidadão ofendido, mas também o interesse do Estado na correta prestação do serviço público. Não há que se invocar, portanto, o princípio da especialidade, pois as duas normas são violadas (a do abuso e a da lesão). Além disso, o abuso de autoridade é delito menos grave do que as lesões leves, graves e gravíssimas, o que tornaria inviável a aplicação do princípio da consunção.

Seria inconstitucional e atentatório ao princípio da proporcionalidade admitir que uma infração leve, como a prevista na Lei 4.898/65, pudesse prevalecer sobre graves ofensas à integridade do indivíduo. Por outro lado, se a lesão corporal absorvesse o abuso, não haveria nenhuma distinção quanto ao tratamento punitivo conferido ao agente público que trai a confiança da Administração e a um particular qualquer. Ora, a lesão cometida em abuso de autoridade por um servidor é muito mais grave e não pode ser tratada do mesmo modo. (RAMOS, 2011, p. 136)

Eis o caso concreto ao julgar a Apelação Criminal Nº 1.0155.02.002239-0/001, da Comarca de Caxambu, em 17 de março de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, assim proclamou:

Crime de tortura. Para a aplicação das sanções, necessário saber o que se entende por tortura física e tortura psíquica, tomando-se por base um conceito científico, que no presente caso, não se encaixa ao delito. Crime de racismo. Prova dos autos que não autoriza a conclusão segura de que o apelante tenha infligido sofrimento em razão de raça ou tenha expressado preconceito de cor e raça, preconizado na Lei 7.716/89 em seu art. 20. Crime de abuso de autoridade capitulado no art. 4º, letra 'b', da Lei 4.898/65 - abuso de autoridade - ao submeter pessoa sob sua guarda a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei, bem como a sua submissão a agressões físicas e constrangimentos. Comprovação do delito. 'Emendatio Libelli'. Possibilidade. Desclassificação que ora se reconhece no Juízo 'ad quem' por não se achar de modo algum impedida. Denúncia que descreve perfeitamente a hipótese em relação à qual se procederá à desclassificação.

Desclassificação realizada. Pena máxima prevista para o crime inferior a um ano. Prescrição reconhecida a teor do art. 109, VI do CP. Extinção de punibilidade - art. 107, IV do CP. Recurso provido. (MINAS GERAIS, 2005)

Do corpo do voto, é possível extrair a discussão seguinte, que ajuda a compreender o contexto fático em que se desenvolveu a ação, e que conduta estava sob julgamento:

Para que restasse configurado o crime de tortura, a violência praticada pelo ofensor deveria ter a finalidade de obter alguma informação, ou provocar ação ou omissão de natureza criminosa, ou ser realizada em razão de discriminação racial ou religiosa (art. 1º, I, a, b, c, da Lei nº 9.455/97), ou, ainda, ter causado intenso sofrimento físico ou mental à vítima como forma de aplicar-lhe castigo pessoal ou medida de caráter

preventivo (art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97). Do exame que fiz da prova produzida nos autos, não me parece que a conduta do réu se amolde a quaisquer dos dispositivos legais que definem o crime de tortura, por não ter sido dirigida a quaisquer das finalidades descritas na Lei nº 9.455/97, nem praticada nas circunstâncias nela previstas.

É de se registrar que, na denúncia, sequer está narrado que o réu se utilizou de violência como forma de aplicar castigo pessoal à vítima ou medida de caráter preventivo. O reconhecimento da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97 configuraria, então, verdadeira *mutatio libeli*, o que não se admite em segundo grau de jurisdição. Restou demonstrado nos autos que a vítima sofreu ofensa à sua incolumidade física, além de ter sido submetido a constrangimento enquanto esteve sobre a guarda do réu. Entendo, por conseguinte, que a conduta praticada pelo réu se amolda com perfeição à descrita na Lei nº 4.898/65, art. 3º 'i' e art. 4º, 'b' (abuso de autoridade). (BRASIL, 2005)

O Tribunal procedeu à desclassificação para a conduta descrita no art. 4º, "b", da Lei nº 4.898/65 – abuso de autoridade - e reconheceu a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Outra distinção que merece consideração é a existente entre a tipificação entre a Tortura e o crime de lesão corporal.

Entretanto, nem todo atentado à incolumidade física ou lesão corporal do indivíduo constituirá Abuso de Autoridade. Com efeito, dispõe o art. 292 do Código de Processo Penal:

Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderá usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. (BRASIL, 1961)

A motivação entre os delitos de lesão corporal e tortura parece ser a mesma. E também inexistente diferença fundamental entre as estruturas normativas alusivas ao comportamento típico. Toda e qualquer vítima de "abuso de meios de correção ou disciplina", por seu vínculo de sujeição ou subordinação, é alguém que foi submetido à violência ou grave ameaça, com perigo à vida ou saúde. Nota-se uma relação de gênero e espécie.

A lesão corporal tem um sentido mais restrito e se distingue da tortura pela natureza do dolo, que, em tese, é sempre de perigo. De um lado, pois, o crime de tortura. De outro, em escala de menor gravidade, o delito de lesão corporal. Bem próxima, persiste a tipicidade de lesões corporais com o crime de tortura. Como quer que seja, ficou mais difícil praticar o direito penal, em face da quantidade excessiva de leis criadas aos atropelos dos clamores públicos. (RAMOS, 2011, p. 141).

Diferente da lesão corporal, na tortura, qualquer que seja a motivação do agente, o que importa é a ilegalidade da conduta e o dolo de dano.

Certo é que embora a Constituição Federal repulse a tortura considerando-a como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII), tal lei não

conseguiu defini-la, preferindo descrever as hipóteses em que ela ocorre, em seu art. 1º, incisos I e II.

Assim assevera Assis (2005, p.1)¹⁴:

Malgrado a ausência de definição legal, pode-se afirmar que ‘compreende-se por tortura não somente a imposição de sofrimentos físicos ou psíquicos como também a infligência de tormentos morais ou psíquicos que afetem a liberdade, anulem ou vicie a vontade da vítima’.

3.3 Sujeito ativo

O crime em tela não é próprio, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, desde que imputável.

A nosso juízo, o crime é comum, tendo o legislador optado por descrever delito que pode ter por sujeito ativo qualquer pessoa. Em consequência, nada impede que o particular possa praticar o crime, como acontece, cotidianamente, nas favelas do Rio de Janeiro, por exemplo. Nesse caso o torturador não é agente público, mas alguém que, na ausência deste, investiu de um poder *contra ius* que possibilita a prática do crime. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p.39)

Bierrenbach; Lima (2006) relembra o caso típico ocorrido em 2002, quando o jornalista Tim Lopes sumiu no Complexo do Alemão, enquanto apurava denúncia que envolviam tráfico de drogas e prostituição infantil em Bailes Funks. Posteriormente, foi encontrado morto. Segundo reportagens da época, ele havia sido brutalmente torturado e, após, foi assassinado, tendo tido o corpo carbonizado e enterrado num cemitério clandestino, situado no cume do Morro da Grota na Favela Cruzeiro.

Embora este autor entenda que poderá cometer crime de tortura tanto o funcionário público que submete pessoa a intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça, por ter esta desrespeitado normas disciplinares ou regimentais de determinada instituição quanto um pai que exercendo o seu exercício regular de direito, submete uma criança ou adolescente sob sua guarda ou autoridade a sofrimento como forma de castigá-la, Nucci (2010) e Bierrenbach; Lima (2006) possuem entendimento diverso quanto à classificação de seu sujeito ativo no caso específico previsto do art. 1º, inc. II (tortura-castigo). “**Classificação:** trata-se de crime próprio (somente sujeitos qualificados podem cometê-lo)” (NUCCI, 2010, p. 1200)

Trata-se, via de consequência, como crime próprio, uma vez que a figura típica exige que o agente mantenha com a vítima uma especial relação.

¹⁴ <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/condena%C3%A7%C3%A3o-pelo-crime-de-tortura-e-perda-da-fun%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-do-militar-estadual>.

Podem, pois, ser sujeitos ativos do crime, não só os agentes do Poder Público, mas também, pais, professores, médicos, enfermeiros, babás, tutores, curadores, dentre outros. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 59)

Com relação à natureza de crime comum dada ao crime de Tortura, Teixeira (2004) cita juristas como Tupinambá de Azevedo, Juarez Tavares e Alberto Silva Franco como defensores do crime de Tortura como crime próprio, chegando este último a afirmar que a Lei 9.455/97 possui uma “eiva” de inconstitucionalidade, por ter havido lesão a uma norma constitucional, com embasamento em tratados internacionais, uma vez que o art. 1º da Convenção da ONU de 1984, ratificado pelo Brasil e já anteriormente referenciado, é restritiva ao conceituar a tortura como crime “próprio” e não amplo conforme preceitua a referida lei ordinária brasileira.

“Em todas as convenções, a característica fundamental da tortura é de ser obra de autoridade, de quem exerça, direta ou indiretamente, o poder institucional e, dessa forma, a vigente lei que define o crime de tortura difere, entretanto, da orientação seguida internacionalmente. Em primeiro lugar, deixa em aberto a questão do sujeito ativo e assenta-se na ideia de que a tortura, como qualquer outro delito, é puro produto da pessoa individual, numa reprodução legislativa do hipotético postulado da responsabilidade moral. Depois, consequência e não seu elemento diferenciador, que é a ocorrência de sofrimento físico ou psíquico da vítima. A tortura, entretanto, deve ser tomada menos pelo sofrimento que causa, o que pode acontecer em qualquer delito mais grave contra a vida, a integridade física ou a liberdade, e muito mais como expressão de abuso de poder por parte da autoridade ou de seus delegados, servindo sua incriminação de um instrumento, ainda que débil e simbólico, à delimitação do espaço da intervenção do Estado sobre o indivíduo, como corolário de uma ordem democrática”. (TAVARES, 1997 *apud* TEIXEIRA, 2004, p. 136)

Tal afirmação, segundo este autor, encontra guarida na incorporação automática dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional e a Constituição por possuir classificação de sistema como mista, convenções internacionais sobre tortura, nas quais o Brasil é país signatário, assume o *status* de norma constitucional e com caráter de cláusula pétrea.

Porém o referido autor cita outros autores, como Cretella Jr. e Celso Ribeiro Bastos, que consideram que a tortura perpetrada por particular pode perfeitamente coexistir com a violência praticada por agentes estaduais. Portanto, sua proibição há de imperar para ambos os lados. Também Francisco de Assis Toledo (1997), embora admitindo como regra a tortura realizada por agente estatal, tem como desnecessária sua inserção na categoria dos crimes especiais, pois em sua opinião, o legislador de 1997 não poderia se prender aos tempos da ditadura para confeccionar o tipo de tortura.

Teixeira (2004) encerra a sua análise, apontando como falha da legislação brasileira inserir o Crime de Tortura no rol dos crimes comuns, pois tal crime deveria ser analisado

segundo peculiaridades próprias. Trata-se de uma via de mão-dupla, em que há de ser dada atenção à delimitação ao autor da tortura para se conseguir uma maior e mais eficaz proteção à vítima.

Restringir o autor da tortura à figura do agente estatal é uma forma de proteger os cidadãos contra os possíveis arbítrios cometidos por aqueles que exercem, direta e indiretamente, o poder institucionalizado, inclusive para que o Estado arque com a responsabilidade e, conseqüentemente, com as devidas indenizações. (TEIXEIRA, 2004, p. 140)

Seguindo discussão sobre o tema, conceitua-se agente público como aquele que, a qualquer título, executa uma função pública como preposto do Estado. Eis os que prevê o art. 5º da Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade: “considera-se autoridade, para os efeitos desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.” (BRASIL, 1965). Definição que também se encontra no *caput* art. 327 do Código Penal.

Cargo é o posto criado por lei, com denominação e remuneração por lei, com remuneração próprias, com número certo, vinculando o servidor à administração estatutariamente; função é a atribuição que Estado impõe aos seus servidores para realizarem atividades nos Três Poderes, sem ocupar cargo ou emprego; emprego público é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, mas ocupado por servidor que possui vínculo contratual, regido pela CLT. (NUCCI, 2010, p. 1204)

Verifica-se, pois a extensão concedida pela lei posta à expressão “agente público”, que, registre-se, pode ser servidor ou não. Importa, sim, que exerça função pública na administração direta ou indireta, o que inclui as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações. Imperioso se faz para a incidência da majorante, nexa entra a função do agente e a tortura praticada. “Necessário é que haja, entre a função do agente e a tortura, nexa causal. Entretanto, irrelevante que o agente esteja exercendo sua função, no momento da prática do crime.” (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 75)

Na hipótese de ser cometido por funcionário público, a pena sofrerá um acréscimo (§ 4º, inciso I).

Em relação ao inciso I do §4º da Lei 9.455/97, Bierrenbach; Lima (2006) adverte quanto a cautela que se deve com os tipos penais em que estejam presentes a condição de agente público quanto à quebra do princípio do *non bis in idem*.¹⁵

Em relação ao inciso I, deve-se ter cautela com os tipos penais que exigem do sujeito a especial condição de agente público, como a modalidade do art. 1º,

¹⁵ “Como se sabe, esse princípio impede que a mesma circunstância, relativa ao autor ou ao fato, venha a ser considerada duas ou mais vezes sobre a pena que está sendo aplicada.” (TEIXEIRA, 2004, p.81)

parágrafo 1º. Aplicar a causa de aumento de pena em análise em tal hipótese configuraria *bis in idem*, inadmitido no Direito Penal, tendo em vista que a qualidade de agente público constitui elemento do tipo. (BIERRENBACH E LIMA, 2006, p. 75)

Quanto ao inciso II do art. 1º, o objetivo do legislador foi preservar a incolumidade física e mental da pessoa sujeita à guarda, ao poder ou à autoridade de outrem. Neste inciso, embora respondam apenas quem possui autoridade, guarda ou vigilância da vítima, não é pacífica a sua classificação quanto ao sujeito ativo como se pode perceber:

Encontramo-nos diante da “tortura-pena” ou “tortura-castigo”. Se, como veremos, a Lei n. 9.455/97 não considerou o agir delitivo da tortura como próprio, qualquer pessoa que inflija intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça e desde que, nessa hipótese, tenha vítima sob sua guarda, poder ou autoridade e direcione o seu agir para aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, incorrerá em crime de tortura. (TEIXEIRA, 2004, p.130)

No crime de tortura por omissão (art. 1º, §2º da Lei 9.455/97), Bierrenbach; Lima (2006) define ser imprescindível que o sujeito ativo esteja na posição de garantidor, esteja constituído em guardião da não-produção do resultado, classificando como crime omissivo próprio sob o argumento de que esta conduta é similar ao que ocorre com o delito de “omissão de notificação de doença”, previsto no art. 269 do Código Penal.

Na segunda ação do mesmo parágrafo, necessário que o autor esteja em posição hierárquica superior aos torturadores, cabendo-lhe apurar os fatos, tão logo tome ciência destes.

Portanto, o presente inciso está reservado para situações extremadas. Na presente lei, destaca-se que o polo ativo (sujeito) tem que possuir relação de guarda, poder ou autoridade sobre a vítima. Existe a modalidade de omissão prevista no § 2º que sofre pena de detenção de 1 a 4 anos e trata-se de duas modalidades de tortura imprópria.

Na primeira, pune-se a não-evitação da prática de qualquer das modalidades de tortura previstas nos precitados tipos penais.
Na segunda, pune-se a não-apuração da tortura praticada por outrem. (BIERRENBACH; LIMA 2006, p. 70)

Tal posição não é dominante na doutrina, pois se afirmar que o crime de tortura por omissão seja próprio, poder-se-ia incorrer novamente como já exposto anteriormente em incidência de *bis in idem* no caso da aplicação da causa de aumento de pena previsto no §4º, inc. II da Lei 9.455/97 (agente público) conforme muito bem observam Teixeira (2004) e Nucci (2010):

Afinal, admitir que o superior hierárquico venha a responder pelo crime de tortura, tanto na forma comissiva como na omissiva, é aceitar que por um mesmo fato

delituoso o agente venha a receber dupla punição. Além disso, acreditamos que o tipo penal da tortura almeja proteger a dignidades humana, seja ele cometido na sua forma comissiva ou omissiva. (TEIXEIRA 2004, p. 114-115)

45. Aplicação à figura omissiva: entendíamos que constituiria *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato) aplicar essa causa de aumento de pena ao crime previsto no art. 1º, §2º, quando este delito próprio fosse cometido por agente público (cf. nosso): *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 261). Melhor refletindo, observamos que o delito supramencionado não estabelece como autor o agente público. Ao contrário, prevê que há punição para aquele que se omite quando tinha o *dever* de evitar o resultado – ou apurar a ocorrência da tortura (neste caso, sim, agente público). Ora, a fonte do dever jurídico de agir está no art. 13, § 2º, do Código Penal, que, segundo o disposto no art. 12 do mesmo Código, é aplicável à legislação especial, salvo quando esta dispuser em sentido contrário, o que não constitui o caso presente. Logo, a posição de garantia pode ser assumida tanto pelo agente público como por outra pessoa (ex.: o pai, que não impede, podendo fazê-lo, a tortura sofrida pelo filho numa dependência policial para extração da confissão). Por isso, quando o omitente for agente público deve sofrer pena mais severa, justamente pela posição que ocupa, em regra, atuando em defesa da sociedade. Ainda defendendo a impossibilidade de aplicação da causa de aumento em virtude do *bis in idem* (...). (NUCCI, 2010, p. 1203)

Com a devida vênia aos autores que discordam da posição adotada pela Lei 9.455/97 ao definir o crime de Tortura como próprio, o art. 2º da Convenção da ONU já citado nesta pesquisa permite que o próprio artigo 1º da mesma convenção não restrinja qualquer legislação nacional que possa conter dispositivos de alcance mais amplo. Dessa forma, prudente e cauteloso foi o legislador brasileiro ao permitir que a legislação nacional editasse dispositivos de maior alcance, de maior abrangência, visando o tratamento legal e justo frente a este crime grave. Além disso, o exemplo citado por Bierrenbach; Lima (2006) com relação ao crime envolvendo o jornalista Tim Lopes é exemplo incontestado de que houve um crime de tortura não cometido por um agente público nem por ninguém na posição de garante ou garantidor.

3.4 Da Pena

Conforme esmiuçado artigo por artigo da Lei 9.455/97, o legislador previu a pena base de reclusão variável de dois a oito anos para a tortura nas formas cristalizadas de constrangimento e submissão. Se da ação dolosa do agente sobrevier, por culpa, lesão grave, lesão corporal gravíssima, a pena reclusiva será de quatro a dez anos e, por último, na incidência de morte, a pena reclusiva poderá ser cominada de oito a dezesseis anos. Para a omissão, restou prevista a pena detentiva de um a quatro anos.

Bierrenbacha; Lima (2006); Nucci (2010) criticam veemente a cominação de pena mais branda à modalidade de omissão.

Assim é porque a legislação brasileira não distingue, do ponto de vista da gravidade, as práticas comissiva e omissiva, razão pela qual equivocou-se o legislador, ao distinguir na lei especial, o que a lei fundamental não distinguiria, o que desarmoniza o sistema penal.

O fato de a Constituição, em seu art. 5º, inciso XLIII, ditar que a responderão pelo delito os que, podendo evita-lo omitirem-se, não justifica a posição do legislador infraconstitucional, uma vez que o dispositivo alude, também, expressamente, aos mandantes, que não foram inseridos no tipo do parágrafo segundo, ora analisado. (BIERRENBACH; LIMA 2006, p. 71)

Nucci (2010, p. 1202) ainda vai mais além ao prever de forma inovadora a possibilidade de *sursis* processual neste caso:

39. Brandura da pena: é incompreensível a condescendência do legislador juntamente com a pessoa (normalmente autoridade) que tem poder para fazer cessar a tortura e se omite, ou que pode apurar os responsáveis pelo ato repugnante e silencia. A pena de detenção mínima de um ano comporta não somente suspensão condicional do processo, como também vários outros benefícios (substituição por restritiva de direitos, *sursis* etc.).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o §7º do mesmo diploma legal assim o define: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” (BRASIL, 1997).

Da análise de tal dispositivo, verifica-se a admissão pela Lei de Tortura do regime progressivo de cumprimento da pena. Em outras palavras, se o parágrafo em análise determina que o condenado por crime de tortura deve iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, conclui-se que a Lei permite a progressão de regimes.

Tal dispositivo gerou ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, pois na época em que foi editado tal dispositivo, entrou em conflito com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) que, por sua vez, impunha, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, ao condenado o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os crimes elencados como hediondos e os equiparados aos mesmos conforme narra Teixeira (2004, p. 104):

Algumas decisões jurisprudenciais esposaram entendimento no sentido da derrogação do §1º do art. 2º, tendo em conta o argumento do dever de se aplicar um tratamento isonômico, não só constitucional mas também infraconstitucional, aos condenados pelo crime de tortura e demais crimes hediondos quanto à progressão de regime.

Tal posicionamento gerou grande discussão devido a constitucionalidade da proibição, que, no entender de alguns, violava o art. 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal.

Dessa forma preceituava a Súmula 698 do STF a admissibilidade do crime de tortura como exceção aos demais crimes hediondos: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

A Lei 11.464/2007 colocou por terra tal celeuma, modificando do texto do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, promovida pela Lei nº 11.464 de 2007; o texto legal antigo previa que “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”; o atual texto prevê que “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Logo, os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo comportam perante o ordenamento pátrio a progressão de regime.

Dessa forma a proibição para progressão de regime foi revogada; o regime inicial, para os apenados com reclusão deve ser o fechado, a progressão de regime obedece aos parâmetros da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), conforme reza o artigo 2º:

Os crimes hediondos, **a prática da tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º **A progressão de regime, nos casos dos condenados por crimes previstos neste artigo, dar-se-á após cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (grifo nosso) (BRASIL, 1990)**

Nucci (2010, p. 1206) ainda complementa ao apregoar que além dessa progressão de regime na hipótese da tortura prevista no §2º (tortura-omissão) é possível o regime inicial aberto ou semiaberto já que o crime é apenado com detenção, constituindo em uma exceção já prevista implicitamente no mesmo dispositivo da Lei 9.455/97: “No caso do crime omissivo do §2º, por ser apenado com detenção, somente se pode aplicar, inicialmente, os regimes semiaberto e aberto.”

Além disso, o §5º do art. 1º define como efeito da condenação (pena acessória) a perda da função pública: “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.” (BRASIL, 1997)

Nucci (2010) destaca o centro da discussão da presente pesquisa, o § 5º da Lei de Tortura, que prevê como efeito da condenação, a perda automática de cargo, função ou emprego público para aquele que foi condenado por sentença transitada em julgado por cometimento de uma das modalidades de crime de tortura previstas na citada lei, inclusive na modalidade omissiva. Os policiais militares na sua lida diária de promoção da paz social incluem-se como potenciais alvos das sanções pesadas dessa lei.

Tal previsão, será esmiuçada na seção 6.3 da presente pesquisa.

4 Questões constitucionais

O presente capítulo tem o intuito de demonstrar e conceituar os aspectos constitucionais que serão abordados no decorrer desta pesquisa para facilitar o seu entendimento bem como entender os aspectos constitucionais da função policial militar e de sua implicação na perda dessa função por cometimento de crime de tortura.

4.1 A Segurança Pública

É no desenvolvimento da atividade diuturna que o policial-militar pode incorrer na prática do crime de tortura se não observar os princípios legais que a rege. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reservou à Polícia Militar, entre outros órgãos, a responsabilidade pela Segurança Pública, através do artigo 144:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; (BRASIL, 2006, p. 74)

Corroborando com o assunto, a Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 procurou reiterar o previsto na Constituição Federal, através do artigo que trata da Segurança Pública:

Art. 136 - A segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

II - Polícia Militar; (BRASIL, 2005, p. 85)

Como prevê as legislações constitucionais, a preservação da Ordem Pública visa a buscar uma condição na qual se possa viver de forma harmoniosa, respeitar e ter garantidos os direitos que são assegurados a cada cidadão, livres de ações que comprometam o bem estar social. É válido lembrar que a Ordem Pública é gênero do qual se deriva a tranquilidade pública, a segurança pública e a salubridade pública.

Segundo Álvaro Lazzarini (1988 *apud* Resende, 2006) explana de forma clara o que seria a ordem pública:

a ordem pública é mais fácil de ser sentida do que definida, mesmo porque ela varia de entendimento no tempo e no espaço. Aliás, nessa última hipótese, pode variar, inclusive, dentro de um determinado país. Mas sentir-se-á a ordem pública segundo um conjunto de critérios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e, até mesmo, religiosos. A ordem pública não deixa de ser uma situação de legalidade e moralidade normal. Apurada por quem tenha competência para isso sentir e valorar. A ordem pública, em outras palavras, existirá onde estiver ausente a desordem, isto é, **os atos de violência de que espécie for**, contra as pessoas, bens ou o próprio

Estado. A ordem pública não é figura jurídica, embora dela se origine e tenha a sua existência formal.” **(grifo nosso)** (LAZZARINI, 1998 *apud* Resende, 2006, p. 28)

É importante que o policial-militar lembre-se de que, para o cumprimento de sua missão constitucional de preservação da ordem pública, ele deve, pois, abster-se de qualquer ação que constitua violência. E ainda que seu comportamento amador macule a imagem institucional, demonstra o despreparo profissional que possui com atitudes desta natureza e, mais além, que a Polícia Militar de Minas Gerais se encontra na contra mão do estado democrático de direito.

A Diretriz para Produção de Serviços de Segurança Pública – 3.01.01/2010 - que trata do emprego da Polícia Militar de Minas Gerais – preceitua, de maneira precisa, que:

A ação dos policiais militares, no exercício de polícia ostensiva em suas diversas configurações, serviços e oportunidades, devem desenvolver-se dentro dos estritos limites legais. Conforme enumeram as teorias do direito administrativo, o exercício do Poder de Polícia é discricionário, mas não é arbitrário. Seus parâmetros são definidos pela própria lei.” (MINAS GERAIS, 2010, p.21)

4.2 O tratamento da Tortura no artigo 5º do texto constitucional

Ao entrar na seara do conflito propriamente, verifica-se a necessidade de se estudar aspectos de natureza macro que o envolve. Daí, toma-se como ponto de partida e sustentação para o assunto a legislação maior do país, a Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 1988 e também suas emendas.

É na Constituição Federal que estão consagradas as diversas matérias e estruturada a forma de organização do Estado, bem como o seu funcionamento. É de acordo com ela, seus princípios e finalidades, enfim, todo o seu conteúdo, que deve estar qualquer tipo de legislação infraconstitucional que esteja em vigor no território nacional.

O respeitável constitucionalista Alexandre de Moraes (2006, p. 3) reafirma o exposto:

Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Logo nos artigos iniciais, verifica-se que o legislador procurou tratar dos direitos fundamentais da pessoa e neles mencionou o aspecto da tortura, em seu art. 5º inciso III, no qual reza que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Ainda, no mesmo artigo, inciso XLIII:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988)

O artigo 5º, inciso XLIII, trata de uma norma constitucional de natureza limitada, por carecer de uma norma posterior, ou seja, uma legislação infraconstitucional que faça valer de forma eficaz o que está contido na Magna Carta. Essa lei ulterior trata-se da Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura e que já foi nesta pesquisa esmiuçada.

Como visto anteriormente, toda legislação que passa a vigorar no Brasil deve estar em consonância com a Constituição, por ser ela hierarquicamente superior às demais. E, apesar de determinado artigo, como é o caso do artigo 5º, inciso XLIII, necessitar de uma legislação que garanta o que por ele é estabelecido, a norma jurídica que o vier regulamentar deve estar em acordo com todos os outros assuntos contidos no ordenamento jurídico constitucional, bem como a sua aplicação.

Em se tratando de ordenamento constitucional, todas devem ter a mesma valoração ao serem comparadas. (MORAES, 2006, p.10), que analisa a Constituição Federal, diz que “é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais”.

Cabe a interpretação à Constituição, sim, no entanto, deve-se levar em consideração que todas as normas constitucionais possuem uma utilidade específica, ou seja, uma finalidade, sendo descabido uma análise que menospreze ou desconsidere o seu fim.

A interpretação, conforme a Constituição Federal, é válida e somente será razoável quando houver, em determinada norma, diversos significados, os que estejam de acordo com o ordenamento jurídico maior e os que estejam em sentido contrário.

Nesse sentido, encontra-se o posicionamento do doutrinador Alexandre de Moraes (2005): A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente **conformidade com as normas constitucionais**, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico. (**grifo nosso**) (MORAES, 2006, p.11)

4.3 O policial-militar como militar dos Estados

Um aspecto que cabe ser ressaltado é o fato do policial-militar, aqui em questão, possuir uma designação específica, não como um servidor estadual comum, mas sim como militar dos Estados, ou seja, a condição de pertencimento à classe dos militares, bem como ser

aplicado a ele o que vier estabelecido em lei. Essa condição encontra fundamento no artigo 42 da Constituição da República:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (BRASIL, 1988).

O caput do artigo 39 da Constituição do Estado de Minas Gerais, com alteração dada pelo artigo 1º da emenda à esta Constituição nº 39/98, define que: “Art. 39 – São militares do Estado os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, que serão regidos por estatuto próprio estabelecido em lei complementar” (MINAS GERAIS, 1998)

Tal fato, aliado ao estabelecido também por outras situações constitucionais, possibilita verificar que o tratamento conferido aos policiais-militares não fere o princípio constitucional da isonomia, todavia, demonstra que é uma questão relacionada à função por ele exercida e, ainda, ao cumprimento do que é preconizado no ordenamento jurídico da nação.

4.4 Jurisdição: conceitos e princípios

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIII, afirma que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 2006, p. 45)

Diante de tal preceito, pode-se pensar, e até mesmo questionar, o motivo pelo qual o Juiz de Direito da Justiça Comum realiza o processo do militar quando denunciado pelo crime de tortura e, no entanto, não é competente para prolatar em sentença condenatória, a perda do cargo ou função pública.

Segundo Távora; Alencar (2010), o questionamento é pertinente, e para respondê-lo, inicia-se a explanação, por meio da discussão a respeito de jurisdição. A palavra jurisdição é proveniente do latim: *juris* significa direito, e *dicere* é igual a dizer, ou seja, é o local onde se é dito o direito.

O doutrinador Fernando Capez traz uma observação do que para ele seria jurisdição:

(...) jurisdição é a função estatal exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário, consiste na aplicação de normas da ordem jurídica a um caso concreto, com a consequente solução do litígio. É o poder de julgar um caso concreto, de acordo com o ordenamento jurídico, por meio do processo. (CAPEZ, 2004, p.199)

Não obstante a sua definição, existem princípios que a regem, conhecidos como princípios de jurisdição. É interessante salientar que eles “desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica, subsidiam a tomada de decisão diante de um fato real e específico, não precisam ser expressos no ordenamento jurídico e podem estar estabelecidos de forma implícita”. (TÁVORA; ALENCAR, 2010 p.271)

Alguns dos princípios fazem-se necessário serem observados, por terem maior correlação e relevância com o já conceituado. Assim, tem-se:

- a) o princípio do juiz natural;
- b) o princípio do devido processo legal;
- c) o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional;
- d) o princípio da improrrogabilidade.

O princípio do juiz natural, segundo o artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, preceitua que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988); a jurisdição é, pois, determinada previamente; revela-se ainda, segundo o artigo 5º, inciso XXXVII, do texto constitucional, que não “haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988)

O princípio do devido processo legal estabelece que as pessoas julgadas terão asseguradas, durante o decurso dele, todos os direitos, garantias e ritos estabelecidos em lei.

O princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional, consoante Capez (2006), afirma que nenhum juiz pode subtrair-se ao exercício da função jurisdicional, nem, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL1988)

O princípio da improrrogabilidade estabelece que, mesmo que as partes concordem, um juiz não pode adentrar a área de atuação, de competência de outro juiz. Ao observar o conceito de jurisdição, juntamente com os princípios que se encontram arraigados a ele, percebe-se que, o poder de dizer, o direito é definido por lei, de forma a determinar o que cada órgão componente do Poder Judiciário teria como incumbência e competência.

4.5 Competência da Justiça Militar

O texto constitucional procurou tratar da Justiça Militar e suas competências, dividindo-a em Federal e Estadual, para as categorias de servidores militares da União e dos Estados respectivamente, de acordo com a jurisdição de cada uma delas. Capez (2006, p.201)

bem define que “a competência é, assim, a medida e o limite da jurisdição, dentro dos quais o órgão judicial poderá dizer o direito”.

Por ser alvo de pesquisa somente os militares estaduais, a atenção será restringida, por conseguinte, às competências peculiares à Justiça Militar Estadual. Sua responsabilidade é processar e julgar os crimes militares definidos em lei, quais sejam, os capitulados no Código Penal Militar e nas Leis Militares Especiais.

A Constituição da República de 1988 vem estabelecer, em seu artigo 125, a competência dos Tribunais em âmbito estadual, da Justiça Militar e do Juiz de Direito do Juízo Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

(...)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

(...) (BRASIL, 1988)

Como se pode verificar, a legislação estabeleceu, no artigo 125, § 4º da CF/88, que: é Competência da Justiça Militar estadual realizar o processo e o julgamento do militar quando da prática de **crimes militares** definidos em lei e também as ações judiciais contra atos disciplinares. Definiu também que a decisão sobre a perda do posto e da patente dos Oficiais e da graduação das praças seria de responsabilidade do tribunal competente, ou seja, o Tribunal Militar.

A Lei de Organização Judiciária (Lei Complementar nº 59, de 18/01/2001), reafirma essa competência:

Art. 190. Compete ao Tribunal de Justiça Militar: “(...) IV- processar e julgar originariamente; (...) b) os oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, por indignidade ou incompatibilidade com o oficialato” (MINAS GERAIS, 2001)¹⁶

A Constituição por meio do parágrafo posterior (§ 5º, do art. 125, CF/88), definiu a competência dos Juízes de Direito do Juízo Militar, que é a de processar e julgar, de maneira singular, os crimes militares cometidos contra civis, e, aos Conselhos de Justiça, presidido

¹⁶ <http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/lei-de-organizacao-judiciaria/#.UknY6j9CNZQ>.

pelo juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares e ainda por meio do seu § 3º do mesmo artigo deu autonomia aos estados federativos de criarem, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual:

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (BRASIL, 1988)

A Constituição Estadual, em cumprimento ao que é definido pela Constituição da República, no art. 125, § 1º, definiu os órgãos do Poder Judiciário, no artigo 96 e incisos, como abaixo se vê:

Art. 96 - São órgãos do Poder Judiciário:
 I - o Tribunal de Justiça;
 II - (Revogado)
 III - o Tribunal e os Conselhos de Justiça Militar;
 IV - os Tribunais do Júri;
 V - os Juizes de Direito;
 VI - os Juizados Especiais. (MINAS GERAIS, 1989)¹⁷

Os Conselhos de Justiça Militar e o Tribunal de Justiça Militar compõem, conforme se vê, a Justiça Militar Estadual. O Conselho de Justiça é a primeira instância da Justiça Militar e tem como sede a auditoria militar.

O Tribunal de Justiça Militar Estadual é composto de Oficiais da ativa do último posto, quer da Polícia Militar de Minas Gerais quer do Corpo de Bombeiros Militar, de juizes civis, esses em número ímpar, quantidade definida pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias. O Tribunal¹⁸ é a segunda instância da Justiça Militar Estadual e, segundo Rosa (2011, p.2), detém a “competência originária e derivada para processar e julgar os recursos provenientes das auditorias militares estaduais”.

O estabelecido pela Constituição Federal, artigo 125 § 4º e § 5º, é reafirmado pela Constituição mineira, no artigo 111: “Art. 111 – Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar e o bombeiro militar em crime militar definido em lei, e ao Tribunal de Justiça Militar, decidir sobre a perda do posto e da patente de oficial e da graduação de praça.” (BRASIL, 1989).

17

<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>

¹⁸ Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça Militar é composto por sete juizes, sendo que quatro deles são do último posto da carreira (coronel) e os outros três são civis, um proveniente do quinto constitucional e outro proveniente da carreira de juizes auditores. – Art. 2º do Resolução 64 de 22 de outubro de 2007.

Assim, enquanto a competência da Justiça Militar Federal é extensiva, eis que pune os crimes militares não importando quem os cometa, a Justiça Militar Estadual é restritiva, pois processa tão-somente os policiais e bombeiros militares, em detrimento à instituição policial militar.

Nesse sentido, Assis (2004) cita a moderna jurisprudência nos crimes militares envolvendo instituições militares estaduais bem como retrata a competência **restritiva** das Justiças Militares Estaduais:

Súmula 53 – Superior Tribunal de Justiça – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.

Habeas corpus. Crime cometido por civil contra o patrimônio da polícia militar do Estado. Incompetência absoluta da justiça militar estadual (CF, art.125, §4º). Princípio do juiz natural. Nulidade dos atos decisórios proferidos pela justiça militar do Estado. Pedido deferido. Decisão: A Turma deferiu o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do relator. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sydney Sanches. 1ª Turma. 10.05.1994. (STF-HC 70.604-5-SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU, 01.07.1994 – p. 17.497)

Habeas corpus. IPM. Finalidade e alcance. Vedação do indiciamento de civil. O inquérito policial militar e a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. (CPPM, art. 9º)

Não está o civil sujeito a indiciamento de IPM, sanável a ameaça da coação pela concessão da ordem de **habeas corpus**. Decisão unânime. (TJM/MG – **Habeas corpus 1.221 (Preventivo)** – Rel. Juiz Cel. PM Laurentino de Andrade Filocre, j. em 24.10.1996, O Minas Gerais, de 29.11.1996)

Policial Militar reformado denunciado por crimes militares impróprios perante a Justiça Castrense (CP Militar, art. 9º, inc. III, letra ‘d’).

É certo que, relativamente aos crimes cometidos por seus integrantes, a Polícia Militar é considerada como Instituição Militar (CF, arts. 42 e 125, § 4º). Inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça (CC 3.088-I-PR, Rel. o Min. Cota Leite) e no TME (SER 303/97, Rel. o Juiz Cel. Antônio Cláudio Barcellos de Abreu).

É competente a Justiça Militar Estadual para processar e julgar policial militar reformado, quando pratica crime previsto no Código Penal Militar, contra policiais militares do serviço ativo, no exercício do policiamento ostensivo e na preservação da ordem pública (arts.9º, inc. III, letra ‘d’, 13 e 22, todos do CPP Militar). Exceção de incompetência rejeitada, por maioria. (TJM/RS – **Recurso Inominado 131/00, Rel. Juiz Cel. Antônio Carlos Maciel Rodrigues, j. em 03.05.2000, Jurisp. Pen. Mil., Porto Alegre, jan/jun – 2000, p. 281**) (ASSIS, 2004, p. 43-44)

Compõe essa questão da competência o prescrito no artigo 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição da República, que estabelece quando o oficial perderá o posto e a patente:

VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de Tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal especial, em tempo de guerra;

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (BRASIL, 1988)

O teor do texto constitucional federal é ratificado, em mesmo sentido, pela Constituição de Minas Gerais em seu artigo 39, §7º, § 8º e 9º:

§ 7º - O Oficial somente perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, **por decisão do Tribunal de Justiça Militar**, ou de tribunal especial, em tempo de guerra, e a lei especificará os casos de submissão a processo e o rito deste.

§ 8º - **O militar condenado na Justiça, comum** ou militar, a pena privativa de liberdade superior a dois anos, **por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior. (grifo nosso).**

§ 9º - A lei estabelecerá as condições em que a praça perderá a graduação, observado o disposto no art. 111. (MINAS GERAIS, 1989)¹⁹

A perda da graduação das praças compete à Justiça Militar, conforme artigo 111 da Constituição Mineira, citada anteriormente.

4.6 Competência da Justiça Comum

Já o Tribunal de Justiça, com jurisdição em todo estado, a Constituição Estadual definiu, entre outras competências previstas por ela, a de processar e julgar originariamente algumas autoridades e alguns assuntos definidos pelo artigo 106, inciso I, e suas respectivas alíneas, ressalvadas a competência das justiças especializadas. Cabe lembrar que, como órgão componente do Poder Judiciário, o Juiz de Direito é o responsável pela jurisdição comum no estado em primeiro grau.

Percebe-se, assim, que ordenamento jurídico definiu de forma objetiva o papel de cada organismo pertencente ao Judiciário.

Então, ao se analisarem as normas constitucionais, verifica-se que o policial-militar, quando denunciado pela prática do crime de tortura, seria processado e julgado pela Justiça Comum, uma vez que o fato não encontraria respaldo legal, no que se refere à competência para ser avaliado pelos órgãos da Justiça Militar Estadual.

4.7 A distribuição da competência segundo a doutrina

Para se saber quem teria a competência para um determinado processo, deve-se, pois, observar alguns critérios doutrinários e legais. A doutrina promove a distribuição da competência observando três aspectos, que são a “*ratione materiae*”, que é a matéria em questão e de responsabilidade de algum órgão específico; a “*ratione personae*” significa verificar se a pessoa processada possui a prerrogativa de foro em razão da função que ocupa;

19

<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>

e a “*ratione loci*” relaciona-se ao local do crime ou ao local onde possui residência o autor dos fatos.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 69, vem falar da definição da competência:

Art. 69 Determinará a competência jurisdicional:
I - lugar da infração;
II – o domicílio ou residência do réu;
III – a natureza da infração;
(...)
VII – a prerrogativa de função. (BRASIL, 1941)

Para saber qual juízo seria competente para o julgamento, inicialmente, determinasse a razão da matéria, “*ratione materiae*”, se a responsabilidade é de órgão comum ou especial, nesta última, encontra-se a justiça eleitoral, militar e política do Senado Federal, assim estabelecida pela Constituição Federal, a jurisdição comum é verificada se é do Estado ou da União.

Estabelecida a competência em razão da matéria, busca-se então fixar a qual órgão é cabido o julgamento: será analisada a “*ratione personae*”, se existe ou não pessoas que possuem prerrogativas de função, fixando-se, dessa forma, se o órgão competente é juiz, tribunal ou, mesmo, tribunal superior. Cabe lembrar que deve ser verificado, em cada caso concreto, qual o tipo de delito cometido e qual a legislação definiu o foro especial.

Por fim, a “*ratione loci*”, conforme artigo 70 e 72 do Código de Processo Penal, via de regra, será o local onde foi cometida a infração, no caso de tentativa, no local onde se realizou o último ato executório. Desconhecendo-se o local da infração, a jurisdição se dará pelo domicílio ou residência do réu.

A Justiça Comum é a responsável para reconhecer os delitos capitulados na Lei 9.455/97 que sejam praticados pelos militares estaduais, porém o foco de discussão é se ela possui competência para aplicar aos militares condenados pela prática dos crimes da referida lei a perda do cargo ou da função pública.

4.7 Resolução de conflito de competência

Diante do exposto, e na busca da verdade, percebe-se a existência do conflito de jurisdição, no qual dois órgãos do Poder Judiciário entendem serem competentes para a aplicação da pena. Tem-se, assim, um conflito positivo de jurisdição, que, segundo Fernando Capez (2006, p. 386), é “quando dois ou mais juízes se julgam competentes para o conhecimento e julgamento do mesmo fato delituoso”. Uma ressalva a ser observada é a de

que não há dúvida do órgão competente para julgar o fato, mas sim para aplicar a pena decorrente do fato.

O responsável para dirimir os conflitos entre quaisquer tribunais, excetuando-se o que define o artigo 102, inciso I, alínea 'o', é o Superior Tribunal de Justiça, como expressa o artigo 105, inciso I, alínea 'd':

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; (BRASIL, 1988).

Se for verificado que, apesar das normas constitucionais em vigor, persiste o desentendimento entre Juízes de Direito da Justiça Comum e da Justiça Militar em relação à competência jurisdicional para a aplicação da perda da função pública de militares, no âmbito do estado de Minas Gerais, caberia ao Tribunal de Justiça, por meio de uma resolução, definir sobre a situação conflitante.

Ao Superior Tribunal de Justiça deveria, pois, fazer uso da edição de uma súmula para pacificar o assunto em discussão e definir, assim, o seu entendimento e, por conseguinte, o que deveria ser observado a partir da dessa

Ao Superior Tribunal de Justiça deveria, pois, fazer uso da edição de uma súmula para pacificar o assunto em discussão e definir, assim, o seu entendimento e, por conseguinte, o que deveria ser observado a partir da dessa súmula.

Assim citam-se algumas que dirimem os conflitos de competência entre a Justiça Militar e Justiça Comum:

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 06 – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem militares em situação de atividade. Tal súmula está mitigada pelo Supremo Tribunal Federal que entender que tais casos são de competência da Justiça Militar Estadual.

Conflito de competência. Acidente de trânsito. Viatura militar e civil. Compete à Justiça Militar processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de policial militar. Recurso conhecido e provido. (STF – R Extr. 146.816-SP, Redator para o acórdão, Min. Nélson Jobim, Informativo n. 266, Brasília, 29.04 a 03.05 de 2002)

Súmula 47 – Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação mesmo não estando de serviço.

(Mitigado pela Lei9.299/96, quando revogou a letra "F" do inc. II do art. 9º do CPM, que estabelecia ser militar o crime cometido com armamento militar, fora de serviço).

Súmula 75 – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.

Súmula 78 - Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra Unidade Federativa.

Súmula 90 – Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e a Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele. (BRASIL *apud* ASSIS, 2004, p. 41-42)

5 Do Crime Militar e do Crime Comum

As diferenças entre crimes militares e comuns encontram-se elencadas no art. 9º do CPM. Eis o conceito: “**Crime Militar** – é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples.” (ASSIS, 2004, p. 37)

O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre esta figura delitiva, porém, conforme já visto no capítulo 5 do presente trabalho, encontra-se tal previsão inicialmente em quatro momentos da Constituição Federal: no artigo 5º, inciso LXI, ao estabelecer uma forma especial de prisão para os crimes propriamente militares; no artigo 124, quando da definição da competência da Justiça Militar da União; no artigo 125, § 4º, quando estabelece a competência da Justiça Militar Estadual; e também no artigo 144, § 4º, ao excluir das atribuições de polícia judiciária da Polícia Civil a apuração das infrações penais de natureza militar.

Segundo o Código Penal Militar de 1969, os crimes militares se encontram divididos em dois grandes grupos quanto ao tempo em que cada crime (*ratione temporis*), ocorre sendo crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra, mais especificamente nos arts. 9º e 10º do CPM:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011). (BRASIL, 1969)

Preliminarmente há que assentar que a Lei Federal 9.299, de 07.08.1996, trouxe as seguintes alterações ao Código Penal Militar: alterou a redação da letra “c” do inc. II do art. 9º; revogou a letra “f” do inc. II e acresceu o parágrafo único deslocando a competência, nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados por militares, da Justiça Militar para a Justiça Comum.

Eis o que prevê o art. 10º do Código Penal Militar:

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado. (BRASIL, 1969)

São crimes militares aqueles enumerados pela lei, conforme os arts. 9º e 10º do Código Penal Militar. Tal critério, evidencia-se na atual Carta Magna e vale-se de conceituações firmadas nos critérios enumerados. Dessarte, ao entender crime militar como fato tipificado nas duas legislações penais (comum ou militar), simplesmente por ter sido praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, conforme enumera a alínea *a* do inciso II do art. 9º do CPM, o legislador orientou-se por uma concepção *ratione personae* ou *ratione materiae*, ao mesmo tempo que na alínea *d* do mesmo inciso assumiu a postura do critério *ratione temporis*, já que tornou militar o crime praticado por militar da ativa contra civil, reformado ou militar da reserva, durante período de manobra ou exercício.

Segundo Assis (2004), o Código Penal Militar anterior²⁰ tratava dos crimes militares em tempo de paz no seu art. 6º, praticamente da mesma maneira que o atual, o qual ampliou a caracterização de crime militar, especificamente na alínea “d” do inc. II, quando estabelece ser crime militar aquele praticado por militar durante “exercício” (o texto anterior restringia o exercício ao campo – art. 6º, II, “d”); acrescentou a alínea “f” inexistente no Código revogado; acrescentou igualmente, no inc. III, alínea “b”, no polo passivo, o funcionário de ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo (em relação ao revogado art. 6º, III, “b”); ampliou a abrangência da alínea “c” do inc. III, considerando crime militar também o praticado durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; em relação à letra “c” do art. 6º, III, do CPM revogado que se referia apenas à formatura, período de exercício ou manobras no campo. Finalmente, ampliou a letra “d” do inc. III em relação ao anterior revogado, acrescentando o desempenho de serviço ou vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação superior.

Para conceituar o crime militar, a doutrina estabeleceu os seguintes critérios: *ratione materiae, ratione personae, ratione temporis e ratione legis*.

O critério *ratione materiae* exige “que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente”.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo e militar atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente.

Critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.

São delitos militares, *ratione temporis* os praticados em determinada época, como exemplo, os ocorridos no tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios. (ASSIS, 2004, p. 37-38)

Daí, conforme já exposto anteriormente, a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art. 9º.

Por sua vez, as diversas alíneas do inc. II, explicitam concomitantemente outros critérios, quais sejam, em razão da matéria, da pessoa, do lugar e do tempo.

Crime Militar Próprio – “são chamados crimes propriamente militares aqueles cuja prática não seria possível senão por militares, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique”. (TEIXEIRA, 1946 *apud* ASSIS, 2004, p. 38)

Portanto, são propriamente militares: o motim, a revolta – arts. 149 a 153; a violência contra superior ou militar de serviço – arts. 157 a 159; a insubordinação – arts. 163 a 166; a

²⁰ Decreto Lei nº 6.227 de 24 jan. 1944.

deserção – arts. 187 a 194; o abandono de posto e outros crimes em serviço – arts. 195 a 203. São os que se incluem no inc. I do art. 9º.

Considerando-se, portanto, que a caracterização de crime militar obedece, atualmente, ao critério *ex vi legis*²¹, entende-se que crime militar próprio é aquele somente previsto no Código Penal Militar e que só pode ser praticado por militar, exceção feita, ao de insubmissão²², que, apesar de só estar previsto no Código Penal Militar (art. 183), só pode ser cometido por civil.

Seguindo definições, Assis (2004, p. 38-39) define Crime Militar Impróprio:

Crime Militar Impróprio – São aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal Comum e, que, por um artifício legal tornam-se militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo. São os crimes que o Doutor Clóvis Beviláqua chamava de crimes militares por compreensão normal da função militar, ou seja, “*embora civis na sua essência, assumem feição militar, por serem cometidos por militares em sua função*”.

Por sua vez, são crimes contra as **Instituições Militares** os que afetam a organização das Instituições Armadas do país (Forças Armadas e Polícias Militares) e, portanto, suas instituições; os que afetam a administração militar e o patrimônio destinado à finalidade das Instituições armadas do país, ou os bens sujeitos à administração militar.

Neves; Streifinger (2012, p. 95-96) ainda complementa tal conceito:

As teorias apresentadas, embora possuam pontos de coincidência, não são exatamente iguais, podendo-se afirmar, por exemplo, que todo crime propriamente militar está apenas no Código Penal Militar, ou nele com tipificação diferente da legislação penal comum (e.g. art. 157, violência contra superior, e art. 187, deserção), mas nem todo crime imprópriamente militar, sob o viés da teoria clássica, possui idêntica tipificação no Código Penal comum, como o caso do art. 158 (violência contra militar de serviço), que, embora possa ser cometido por qualquer pessoa, apenas está previsto no CPM.

O art. 22 do Código Penal Castrense traz uma conceituação temerária da definição de militar, pois não incluía os policiais militares e do bombeiros militares como tal: “Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.” (BRASIL, 1969)

²¹ “Por força de lei” (GUIMARÃES, 2009, p. 339)

²² “Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena - impedimento, de três meses a um ano.” (BRASIL, 1969)

“Desabafa Júlio Fabbrini Mirabete: que árdua, por vezes, é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares.” (MIRABETE, 2005, p. 163)

A Constituição de 1988 pôs fim à discussão de serem ou não os integrantes das Polícias Militares, **Militares**, na mesma relação que os integrantes das Forças Armadas. Da mesma forma complementa Assis (2004): “O art. 42, da Carta Magna, estabeleceu serem **Servidores Militares Federais**, os integrantes das Forças Armadas e, **Servidores Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios**, os integrantes de suas polícias militares e corpos de bombeiros militares.” (**grifo nosso**) (ASSIS, 2004, p. 39)

A Emenda Constitucional 18, de 05.02.1998, passou a tratar dos militares em artigos distintos, os estaduais no art. 42, e os federais no art. 142, sem, entretanto, alterar a classificação que lhes foi dada constitucionalmente.

As Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares também são instituições dos Estados, Distrito Federal ou territórios, permanentes e regulares, conforme dispõem as Constituições Estaduais. Em Minas Gerais, tal previsão, conforme já supracitado está no art. 39 da Constituição do Estado.

Júlio Fabbrini Mirabete (2005) já apontava de há muito que, árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares.

Em edição atualizada da obra de Mirabete (2005), anotou acerca dessa afirmação do saudoso Mestre que “pela nova Constituição, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*), ou seja, os previstos no Código Penal Militar. Assim, inserido o crime em outra lei, afasta-se a competência dessa Justiça especial.

Assim, se a Constituição Federal reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou impropriamente militar).

Mister aqui se faz a previsão do crime de Tortura, pois se tratando de uma norma penal específica constante na Lei 9455/97 que, segundo doutrina apresentada, mostra-se ainda bastante genérica e ampla, tal previsão por não guardar previsão similar ou correspondente no Código Penal Militar, trata-se de crime comum e como tal, sua apuração ficaria a cargo da Polícia Civil e julgamento na Justiça Comum Estadual quando se tratar de policial ou bombeiro militar mesmo que no exercício da função.

6 Efeitos da Condenação

Greco (2009) assinala que a finalidade da sentença condenatória é aplicar ao agente a pena que, proporcionalmente, mais se aproxime do mal por ele praticado, a fim de cumprir as suas metas de reprovação e prevenção do crime, tal como determinado na última parte do art. 59 do Código Penal.

Ao lado dos efeitos que a condenação produz como ato jurídico, consequências dela derivam como fato ou acontecimento jurídico. A sentença condenatória, de par com seus efeitos principais, tem o que alguns denominam efeitos reflexos e acessórios, ou efeitos indiretos, que são consequências dos efeitos principais ou efeitos da sentença como fato jurídico. (MARQUES, 1997 *apud* NUCCI, 2010)

São subdivididos em efeitos genéricos e acessórios. Os efeitos previstos pelo art. 91 do Código Penal são genéricos, não havendo necessidade de sua declaração expressa na sentença condenatória e que aqueles arrolados pelo art. 92 são específicos, sobre os quais o juiz deverá, motivadamente, declará-los na sentença.

Eis o que define os arts. 91 e 92 do Código Penal:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (BRASIL, 1940)

Dentro do cerne da pesquisa, será brevemente discutido acerca apenas quanto ao efeito específico da condenação, também conhecida entre alguns doutrinadores, como pena acessória.

6.1 Do Efeito Específico (Penas Acessórias)

Definir os efeitos penais específicos como penas acessórias não é muito bem recepcionado pela doutrina.

Outros efeitos podem daí advir: são os secundários, que não devem ser confundidos com as antigas *penas acessórias*, extintas por ocasião da Reforma Penal de 1984. Entretanto, é indiscutível que alguns dos chamados “efeitos da condenação” – especialmente os do art. 92 do Código Penal – ganharam ares de penas acessórias *camufladas*. (...) As extintas penas acessórias – definidas pela doutrina como “sanção especial, de natureza complementar, expressiva de restrições impostas à capacidade jurídica do condenado – eram as seguintes: “perda de função pública, eletiva ou de nomeação”, “interdições de direitos” e “publicação da sentença” (art. 67 do Código Penal de 1940). (...) Ora, quem conferir a relação dos efeitos da condenação prevista no art. 92 do Código Penal atual pode notar, com clareza meridiana, que lá estão as antigas “penas acessórias”, agora com o nome “efeitos da condenação”. Dir-se-ia que as penas acessórias diferem dos efeitos da condenação porque estes, ao menos no caso do art. 92, como se vai analisar, são facultativos. Ocorre que as penas acessórias, segundo vários julgados do STF da época, também não decorriam automaticamente da sentença condenatória, merecendo ser impostas e fundamentadas pelos magistrados. (NUCCI, 2010, p. 521)

As hipóteses de efeitos específicos da condenação, como também são observadas por Greco (2009), são “verdadeiras penas acessórias mascaradas de efeitos da condenação”. Devem ser declarados, haja vista que não são considerados como efeitos automáticos da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Perda do cargo, função pública ou mandado eletivo nas hipóteses da alínea a e b do inciso I, do art. 92 do Código Penal – O inciso I do art. 92 teve sua redação modificada pela Lei nº 9.268/96. Antes da sua reforma, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, somente ocorreria quando a pena aplicada fosse superior a quatro anos. (GRECO, 2009, p. 666-67)

O inciso divide-se em duas alíneas, que proveem situações diferentes. A primeira delas diz respeito ao fato ocorrido com abuso de poder ou violação de dever, é cabível a alínea *a* do inciso I, determinando-se assim, a perda da função pública (gênero) e não apenas da função pública (espécie), com o que não se limita à função momentaneamente exercida pelo agente, mas à função pública em gênero. Já a segunda hipótese de perda de cargo, função pública ou

mandato eletivo ocorre no caso de condenação transitada em julgado “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos”.

“*Mandado eletivo* é aquele conquistado por voto popular e que pela sua própria natureza possui um tempo certo de duração, podendo ou não ser renovado.” (GRECO, 2009, p. 667). As definições de cargo e função pública já foram citadas no capítulo 3.3 do presente trabalho.

Na verdade, as hipóteses tratadas pelo I do art. 92 do Código Penal, não se destinam exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 347 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com violação de deveres que sua condição de funcionário impõe, cuja de prisão aplicada igual ou superior a um ano, ou, então, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos”.

A lei penal fala em pena privativa de liberdade, razão pela qual quando o agente for condenado à pena de multa, ou mesmo tiver a sua pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos, já não será possível a imposição do mencionado efeito da condenação.

Se, mesmo praticando crime com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, o agente vier a ser condenado a uma pena privativa de liberdade inferior a um ano, também não será possível a decretação da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Para que se possa falar na hipótese da alínea *a* do inciso I do art. 92 do Código Penal, é preciso que o agente tenha, ainda, praticado o crime com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, pois, caso contrário, sendo condenado a uma pena igual ou superior a um ano e desde que não superior a quatro anos, não será possível a aplicação de tais efeitos.

Contudo, como assevera a alínea **b** do inciso I do art. 92 do Código Penal, não importando a natureza da infração penal, se o agente vier a ser condenado a uma pena privativa de liberdade superior a quatro anos, poderá ser decretada a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Pelo art. 92, II, a lei penal busca proteger aqueles que ainda se encontram sob a autoridade dos pais, tutores ou curadores. De acordo com o novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406/02) o *pátrio poder* foi substituído pelo chamado **poder familiar**.

Quanto à habilitação para conduzir veículo automotor, ela é capacitada nos termos do art. 140 do Código de Trânsito Brasileiro. Contudo, se o agente age dolosamente, utilizando seu automóvel como instrumento do crime, e volitivamente atropela alguém, causando lesões corporais na vítima, deverá ser responsabilizado pelo crime previsto pelo art. 129 do Código Penal, em qualquer uma de suas modalidades (leve, grave ou gravíssima).

Da mesma forma que os incisos anteriores, conforme determina o parágrafo único do art. 92 do Código Penal, o efeito aqui mencionado não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença penal condenatória.

6.2 Das Penas Acessórias no Código Penal Castrense

Tais penas se encontram transcritas no Código Penal Militar nos arts. 98 ao 102 e não surtem efeitos por si sós, porquanto dependem da aplicação de uma sanção principal. Seguem-se o rol das citadas penas:

Art. 98 – São penas acessórias:

- I – A perda do posto e patente;
- II – A indignidade para o oficialato;
- III – A incompatibilidade para o oficialato;
- IV – A exclusão das Forças Armadas;
- V – A perda da função pública, ainda que eletiva;
- VI – A inabilitação para o exercício da função pública;
- VII – A suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela;
- VIII – A suspensão dos direitos políticos.

Função Pública Equiparada

Parágrafo único – Equipara-se à função pública a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participa a união, o estado ou o município como acionista majoritário. (BRASIL, 1969)

O elenco das penas acessórias foi ampliado em relação ao Código Penal Militar revogado que só apresentava, em seu art. 49, a perda do posto ou patente; a exclusão das Forças Armadas, a perda de função pública, eletiva ou de nomeação e a interdição de direitos.

Por sua vez, o atual Código Penal Comum, cuja Parte Geral foi alterada pela Lei 7.209/84, não mais traz expressamente previstas as penas acessórias (como o fazia no CP de 1940, art. 67), mas absorveu algumas delas, v.g., a perda da função pública, coletiva ou de nomeação e as interdições de direitos, adaptando-as, para a nova Parte Geral, art. 92, como efeito da condenação. (ASSIS, 2004, p. 214)

Conforme visto na seção anterior, no Código Penal Comum, a perda da função pública passou a ser **“um dos efeitos da condenação”**, aplicável sempre que o réu for condenado à pena privativa de liberdade superior a um ano, desde que o crime tenha sido cometido com abuso de poder ou grave violação de dever com a Administração Pública ou, condenado à pena privativa de liberdade superior quatro anos, em qualquer caso, observando-se a regra

insculpida no art. 92, I, 'a' do Código Penal, com a alteração advinda pela Lei 9.268, de 01.05.1996.

Em relação às penas acessórias do artigo 98, importante frisar os incisos I, II, III e IV, que podem acarretar na perda da função. Sendo que os incisos I, II, III referem-se aos oficiais e o inciso IV às praças. Como acessório, seguem o principal necessitando, entretanto, estarem previstas no texto legal.

Imperioso é se fazer uma distinção conceitual do que significa posto, patente e graduação.

Assim define o art. 142, § 3º, inc. I da Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (BRASIL, 1988)

Da mesma forma conforme equiparação trazida pelo art. 42 do mesmo diploma legal assim dispõe sobre o posto e patente dos militares estaduais:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, **sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.** (*grifo nosso*) (BRASIL, 1988)

Conforme já visto, as patentes dos oficiais militares estaduais, com o previsto no art. 42, são conferidas pelos governadores dos estados. A Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 prevê dispositivo semelhante:

Art. 39 – São militares do Estado os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, que serão regidos por estatuto próprio estabelecido em lei complementar.

§ 1º – As patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são asseguradas em plenitude aos Oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos, postos e uniforme militares.

§ 2º – As patentes dos Oficiais são conferidas pelo Governador do Estado. (MINAS GERAIS, 1989)²³

O Estatuto próprio estabelecido em lei complementar a que a Constituição Estadual se refere é a Lei 5.301/1969 que define o Estatuto dos Militares Estaduais, o qual em seu arts. 8º e 9º diferenciam o posto conferido aos oficiais e a graduação conferido às praças:

Art. 8º - Hierarquia militar é a ordem e a subordinação dos diversos postos e graduações que constituem carreira militar.
 § 1º Posto é o grau hierárquico dos oficiais, conferido por ato do Chefe do Governo do Estado.
 § 2º - Graduação é o grau hierárquico das praças, conferido pelo Comandante Geral da Polícia Militar.
 Art. 9º - São os seguintes os postos e graduações da escala hierárquica:
 I - Oficiais de Polícia
 a) Superiores: Coronel, Tenente-Coronel e Major
 b) Intermediários: Capitão
 c) Subalternos: 1º Tenente, 2º Tenente
 II - Praças Especiais de Polícia
 a) Aspirante a Oficial
 b) Cadetes do último ano do Curso de Formação de Oficiais e Alunos do Curso de Habilitação de Oficiais;
 (Alínea com redação dada pelo art. 3º da Lei Complementar nº 95, de 17/1/2007.)
 c) Cadetes do Curso de Formação de Oficiais dos demais anos;
 (Alínea acrescentada pelo art. 3º da Lei Complementar nº 95, de 17/1/2007.)
 III - Praças de Polícia:
 a) Subtenentes e Sargentos;
 Subtenente;
 1º Sargento;
 2º Sargento;
 3º Sargento;
 b) Cabos e Soldados:
 Cabo;
 Soldado de 1ª Classe;
 Soldado de 2ª Classe (Recruta).
 (Inciso com redação dada pelo art. 4º da Lei nº 5.946, de 11/7/1972.)
 Parágrafo único. Para os fins deste artigo, o Cadete do último ano do Curso de Formação de Oficiais tem precedência funcional em relação ao Aluno do Curso de Habilitação de Oficiais.
 (Parágrafo acrescentado pelo art. 3º da Lei Complementar nº 95, de 17/1/2007.)
 (MINAS GERAIS, 1969)²⁴

Por equiparação, onde lê-se “Graduação é o grau hierárquico das praças, conferido pelo Comandante Geral da Polícia Militar”, no caso do Corpo de Bombeiros, a graduação das praças será concedida pelo Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar.

Apresentadas as conceituações do que sejam posto, patente e graduação, prossegue-se quanto à pena acessória da perda do posto e da patente conforme assim prevê o art. 99 do CPM:

²³

<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>

²⁴<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-novamin.html?tipo=LEI&num=5301&comp=&>

“Perda do posto e patente

Art. 99 – A perda de posto e patente resulta da condenação à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, e importa a perda das condecorações.” (BRASIL, 1969)

A perda do posto e da patente, sendo pena acessória, só poderá ser aplicada, entretanto, por decisão do Superior Tribunal Militar para os oficiais militares federais; do Tribunal de Justiça Militar Estadual ou do Tribunal de Justiça para os oficiais das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

A perda do posto e da patente, portanto, extrapolou o universo do Código Penal Militar para ficar tutelado pela Constituição Federal.

Assis (2004) lembra que as garantias que cercam o posto e a patente dos oficiais remontam à época do Império.

Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 15.03.1824, dispunha em seu art.149, que **“os officiaes do Exército e Armada não podem ser privados de suas Patentes, senão por sentença proferida em Juízo Competente”**. (grifo nosso) (BRASIL, 1824 *apud* ASSIS, 2004, p. 215)

A Constituição Federal, de 05.10.1988, dispôs inicialmente no seu art. 42, § 7º, que “O oficial das Forças Armadas só perderá o posto ou a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal Militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra”.

Pelo § 8º “O oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em jugado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior”.

Com a Emenda Constitucional 18, de 05.02.1998, a regra manteve-se no art. 142, § 3º, incs. VI e VII.

As Constituições Estaduais de 1989, incluíram em seus textos preceitos idênticos aos Oficiais das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares.

“Quer nos parecer, *data venia*, que o constituinte de 1988 não foi feliz no trato do tema perda de posto e patente, copiando inclusive o texto anterior da Constituição de 1969.” (ASSIS, 2004, p. 217)

Assis (2004) ainda traz em sua obra que a questão esteve bem tratada, desde a Constituição de 1934 até a de 1964, quando se previu que a perda do posto e patente se daria pela condenação transitada em julgado à pena restritiva de liberdade superior a dois anos e, nos casos definidos em lei, quando o oficial fosse julgado indigno para o oficialato ou com ele incompatível.

Com acerto, o Código Penal Militar atual, 21.10.1969, incluiu entre as penas acessórias a declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, em razão do mandamento constitucional do art. 94, § 2º, da Carta de 24.01.1967.

A perda de posto e patente esteve, portanto, bem tratada, de 1934 a 1968, apresentando-se, segundo a Carta Magna, em duas hipóteses: 1º) o oficial havia sido condenado a mais de dois anos de pena restrita de liberdade ou; 2º) nos termos da lei, era declarado indigno para o oficialato ou com ele incompatível. (ASSIS, 2004, p. 217)

Por sua vez, tanto a Constituição de 1969 quanto os repetidos preceitos pela lei maior de 1988, inovaram condicionando a perda do posto e da patente se o oficial for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal Militar permanente, em tempo de paz, ou Especial em tempo de guerra, determinando ainda que o oficial condenado na justiça comum ou militar seja submetido ao mesmo julgamento.

A Lei Federal 6.880, de 09.12.1980 – Estatuto dos Militares Federais, tratando da perda de posto e da patente, depõe, em seu art. 118, que o oficial perderá de posto e da patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido enquanto que o art. 16 da Lei 5301 de 1969 trata da perda do posto e da declaração de indignidade dos oficiais.

Art. 16 - O Oficial somente perderá o posto ou patente nos seguintes casos:
I - Em virtude de sentença condenatória restritiva da liberdade individual, por mais de 2(dois) anos e passada em julgado;
II - quando declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, em face de incapacidade moral ou profissional, pelo Tribunal de Justiça Militar, em tempo de paz, ou por tribunal especial, em tempo de guerra;
III - quando demitido, nos termos da legislação vigente.
§ 1º - A declaração de indignidade ou incompatibilidade referida no item II do artigo proceder-se-á através de processo especial, iniciando-se pelo Conselho de Justificação, nos termos da legislação própria.
§ 2º - O tribunal referido no item II do artigo poderá determinar a reforma do oficial no posto por ele ocupado, com os vencimentos proporcionais ao seu tempo de serviço, nos termos da legislação própria. (MINAS GERAIS, 1969)²⁵

²⁵<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-novamin.html?tipo=LEI&num=5301&comp=&>

A perda das condecorações, em virtude da perda do posto e patente, é medida que se impõe, uma vez que o militar não sendo mais digno de farda e de exercer as funções de seu posto, não pode ostentar as condecorações reveladoras de dignidade militar que perdera.

Indignidade para o Oficialato

Art. 100 – *Fica Sujeito À Declaração De Indignidade Para O Oficialato O Militar Condenado, Qualquer Que Seja A Pena, Nos Crimes De Traição, Espionagem Ou Cobardia, Ou Em Qualquer Dos Definidos Nos Arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 204, 311 E 312.* (BRASIL, 1969)

Assim defende Assis (2004, p. 220):

As Forças Armada, destinadas à defesa da Pátria, e as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, destinados à ampla, nobre e difícil missão da preservação da ordem pública e defesa civil, não podem ter, jamais, em seus quadros, oficiais que desvalorizem e percam o prestígio necessário para impor a disciplina e a ordem. Comanda-se principalmente, por exemplo à tropa, que deve ser o melhor possível.

A traição é um delito de lesa-pátria, por atentar contra a segurança nacional. Neves; Streifinger (2012), a chama de “*crime de homicídio contra a pátria*”, não podendo jamais ser tolerado que parta de um oficial, a quem o país confiou dignificantes missões.

A espionagem está intimamente ligada à traição.

A cobardia é inaceitável, denota fraqueza, debilidade e, no dizer preciso de Assis (2004), “o militar deve fazer respeitar a farda que veste, símbolo da grandeza e da glória de sua Pátria, que não pode fugir, pois é a covardia o mais infamante dos defeitos que o militar pode ter”.

Os demais crimes que tornam o oficial indigno são: 161 (desrespeito a símbolo nacional); 235 (pederastia ou outro ato de libidinagem); 240 (furto simples); 242 (roubo simples); 243 (extorsão simples); 244 (extorsão mediante sequestro); 245 (chantagem); 251 (estelionato); 252 (abuso de pessoa); 303 (peculato); 304 (peculato mediante aproveitamento de erro de outrem); 311 (falsificação de documento); e 312 (falsidade ideológica).

Ementa: Imposição da perda do posto e da patente a Oficial da Polícia Militar, declarado indigno por força do art. 42, §§ 7º e 8º, da CF, em face de condenação à pena de 3 anos de reclusão por coautoria em crime de peculato. Inexistência de direito adquirido em razão de transferência de representado para a reserva remunerada e inaplicabilidade, por analogia, do art. 92, I, da legislação penal comum. Preliminares desacolhidas. Na forma do art. 42, §§ 7º e 8º, da CF, o Oficial condenado, por Tribunal Civil ou Militar à pena privativa de liberdade superior a 2 anos, sujeita-se à declaração da indignidade ou da incompatibilidade para o Oficialato, segundo jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal (**in revista Lex**, vol. 121, p. 371). Tal ato não importa vulneração a direito adquirido, máxime se a transferência para a reserva em desacordo com as normas que a regulamentam. Mostra-se indigno do Oficialato, quem agindo com abuso de poder e mantendo em erro a administração Polícia Militar, pratica ação peculatória em coautoria, afrontando os princípios da moral e do pundonor militares, vindo a ser

condenado à pena reclusiva. Rejeitadas as preliminares por votação majoritária e, no mérito, também por maioria, deferida a representação para declarar a indignidade do representante, determinando-se, em consequência, a perda de seu posto e de sua patente de Oficial de Polícia Militar. (RIO GRANDE DO SUL, *apud* ASSIS, 2004)

Ainda dentro das penas acessórias, citam-se os arts. 101 e 102 do Código Penal Castrense: a Incompatibilidade com o oficialato e a exclusão das Forças Armadas.

Assis (2004) diferencia indignidade da incompatibilidade: “Incompatível é o inconciliável com o oficialato. Já o indigno é o baixo, torpe, sórdido, não merecedor da condição do oficial. (ASSIS, 2004, p. 223)

O art. 141 tipifica o entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil, enquanto o art. 142 tipifica a tentativa contra a soberania do Brasil, sendo crimes contra a segurança externa do país.

Exclusão das Forças Armadas

“Art. 102 – A Condenação da praça à pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas.”

Tal dispositivo criou polêmica entre este dispositivo e o que prevê o art. 125, §4º, pois “caberá ao tribunal competente decidir sobre a perda da graduação das praças, das Polícias e do Corpo de Bombeiros Militares”.

Não há, na Constituição Federal, dispositivo semelhante assegurando a graduação das Praças, razão pela qual o §4º do art. 125 da Carta Magna restou isolado ao prescrever que a perda da graduação das praças das polícias e dos corpos de bombeiros militares somente se dará por julgamento do Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar do Estado. (ASSIS, 2004, p. 225)

Esse mesmo autor ainda lembra que tem sido declarado pelos Tribunais Superiores de aplicação imediata, referido dispositivo fere o princípio da hierarquia, pois coloca Oficiais e Praças das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares num mesmo plano, o que fere o princípio da isonomia não estendida às praças das Forças Armadas.

Porém conforme muito bem lembra Tadeu (2011), tal celeuma evoluiu por parte do Excelso Pretório que por meio da Súmula 673 prevê que as praças das polícias e dos bombeiros militares podem ser excluídas por decisão do Comandante Geral da corporação respectiva em virtude de processo administrativo.

Ementa: Constitucional. Militar. Praça da Polícia Militar. Exclusão. CF, art. 5º, LV.

I – A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a exclusão das fileiras da Corporação, como sanção administrativa, desde que assegurada à praça o contraditório e o direito de defesa. CF, art. 5º, LV.

II – RE não conhecido. (BRASIL, 1998 *apud* ASSIS, 2004, p. 227)

O art. 107 do Código Penal Militar ainda previa a pena acessória de perda do posto (art. 99) sem necessidade de vir expresso na sentença, porém tal dispositivo foi mitigado pela Constituição Federal conforme já discutido acima.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça Militar por meio do arts. 189 ao 198 da Resolução n° 64 de 22 de outubro de 2007 (Regimento Interno) definiu o procedimento especial para julgar a perda do posto e da Representação da Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato conforme adiante se vê:

Capítulo VIII Do Conselho de Justificação, da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para o Oficialato e da Representação para Perda da Graduação”

Art. 189 - Os Processos de Justificação, de Perda do Posto e da Patente e de Perda da Graduação serão processados perante o Tribunal Pleno, mediante distribuição e conforme o disposto neste regimento.

§1º. Nos Processos de Perda do Posto e da Patente, bem como de Perda da Graduação das Praças, os prazos começam a contar da data em que houver a juntada aos autos de comprovação da citação ou intimação procedida.

§2º. Só será admitido o sobrestamento ou a suspensão do Processo de Justificação se assim o entender o Tribunal, no caso de tramitação paralela de processo criminal pelo mesmo motivo, no Tribunal de Justiça ou Tribunais Superiores.

Seção I

Do Conselho de Justificação

Art. 190 - O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) cuja conclusão indique a incapacidade do Oficial para se manter nas fileiras das instituições militares estaduais será autuado como Conselho de Justificação e distribuído a Relator e concluso a Revisor.

§1º. Em seguida, o Relator determinará a citação do justificante para que apresente defesa escrita, no prazo de dez dias, por Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§2º. Não sendo apresentada a defesa, o Relator solicitará a designação de um Defensor Público para que a apresente, no prazo de dez dias.

§3º. Em seguida, o Procurador de Justiça terá vista dos autos, pelo prazo de dez dias, para manifestação.

§4º. Após relatados e revistos, os autos irão a julgamento.

Art. 191 - Recebendo matéria nova a respeito do justificante, não incluída no libelo acusatório, poderá o Relator:

I. determinar a juntada da documentação aos autos, com vista ao defensor e ao Procurador de Justiça, por cinco dias;

II. determinar a autuação da documentação em autos apartados se, a seu critério, entender relevante a matéria, e, se for o caso, o sobrestamento do andamento do processo de justificação e a remessa dos autos apartados à Comissão do Processo Administrativo Disciplinar, com cópia do libelo e do relatório anteriores dessa Comissão, em despacho fundamentado, com publicação no Diário do Judiciário, para conhecimento dos interessados.

Art. 192 - Na sessão de julgamento, será facultado ao Procurador de Justiça e à Defesa o uso da palavra, após apresentação do relatório, pelo prazo de trinta minutos.

Parágrafo único: Será admitida réplica e tréplica pelo prazo de quinze minutos.

Art. 193 - Decidindo o Tribunal que o justificante é, nos termos da lei, incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá, conforme o caso:

I. declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda do posto e da patente ou;

II. determinar a sua reforma.

Parágrafo único – Esgotados os recursos cabíveis no Tribunal de Justiça Militar, será encaminhada cópia do acórdão ao Comandante-Geral da respectiva instituição militar estadual, para o cumprimento imediato, tão logo seja publicado o último acórdão.

Art. 194 - Da decisão proferida em Conselho de Justificação, unânime ou não, caberão embargos, no prazo de cinco dias, contados da publicação do acórdão.

§1º - Será designado novo Relator para o recurso.

§2º - Deverá ser aberta vista à parte contrária pelo prazo de cinco dias.

Seção II

Da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para o Oficialato e da Representação para Perda da Graduação

Art. 195 - O processo para Declaração da Indignidade/ Incompatibilidade para o oficialato e o de Perda da Graduação terão início com representação do Ministério Público, após condenação criminal definitiva a pena privativa de liberdade superior a dois anos.

§1º. Será admitida representação ministerial, com base em decisão condenatória ainda não definitiva, bem como concessão de tutela antecipada, com sobrestamento do feito até o trânsito em julgado.

§2º. Após a distribuição, o Relator determinará a citação do representado para que apresente defesa escrita, no prazo de dez dias, através de Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§3º. Não sendo apresentada a defesa, o Relator solicitará a designação de um Defensor Público para que a apresente no prazo de dez dias.

§4º. Após apresentação da defesa, relatados e revistos, os autos irão a julgamento.

§5º. Na sessão de julgamento, será facultado ao Procurador de Justiça e à Defesa usarem da palavra, por trinta minutos.

§6º. Será admitida réplica e tréplica pelo prazo de quinze minutos.

Art. 196 - Se o Tribunal julgar que o crime praticado pelo representado o incompatibiliza com o exercício das funções nas instituições militares estaduais, decretará a Perda do Posto e da Patente do oficial ou a Perda da Graduação da praça, com a conseqüente demissão ou exclusão da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar.

Art. 197 - Provida a representação ministerial, será encaminhada cópia do acórdão ao Comandante-Geral da respectiva instituição militar para cumprimento imediato da decisão.

Art. 198 - Da decisão proferida em Perda do Posto e da Patente e em Perda da Graduação, unânime ou não, caberão embargos, no prazo de cinco dias, contados da publicação do acórdão.

§1º. Será designado novo Relator para o recurso.

§2º. Deverá ser aberta vista à parte contrária pelo prazo de cinco dias. (MINAS GERAIS, 2007)²⁶

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo estabelece no art. 117 os procedimentos para a perda da função pública dos militares estaduais, sendo competência do pleno deste Tribunal decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Recebidos os autos, por representação do Ministério Público ou por julgamento do Conselho de Justificação, serão autuados e, após o réu se defender, o relator confeccionará o relatório encaminhando-o ao revisor que o restituirá ao revisor que, por sua vez, o encaminhará ao Presidente do TJM para colocar em pauta para julgamento. Nos casos em que o processo de perda da função se der por julgamento do Conselho de Justificação, far-se-á necessário a manifestação do Procurador-Geral de Justiça, na condição de *custos legis*.

²⁶ <http://www.tjm.mg.gov.br/images/stories/downloads/regimento-interno-2013.pdf>

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dispõe dos art. 124 a 129 sobre o processo da declaração da perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, que terá início mediante representação do Ministério Público ou nos processos oriundos dos Conselhos de Justificação. Autuada a representação e apresentada defesa, o relator distribuirá cópia do relatório colocando o processo em mesa para julgamento.

Rosa (2011, p. 223), por fim, defende a competência absoluta da Justiça Militar em declinar a perda do posto do oficial e da graduação da praça mesmo no crime de tortura:

A garantia assegurada a esta categoria já era prevista nos textos constitucionais anteriores, o que demonstra que a Constituição Federal de 1988 apenas deu continuidade a uma tradição já consagrada no ordenamento jurídico nacional, acompanhando o direito comparado, como o que vigora em Portugal. Neste sentido, se um militar, oficial, for condenado pela Justiça Comum pela prática de crime de tortura previsto na Lei Especial Federal caberá ao Tribunal de Justiça Militar, nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, ou ao Tribunal de Justiça, nos demais Estados-Membros da Federal ou no Distrito Federal, decidir sobre posto ou da graduação do infrator. O art. 142 da Constituição Federal é expresso a respeito desta matéria, não existindo lacunas quanto às disposições que se aplicam à espécie. O mesmo acontece, caso o militar venha a praticar um crime comum ou militar. Se condenado a uma pena superior a dois anos, ou caso seja considerado incompatível com o oficialato, somente o Tribunal competente é que poderá decidir sobre a perda do posto ou da patente do oficial.

6.3 Da Pena Acessória na Lei 9.455/97

A perda do cargo e a interdição de exercício de cargo, função ou emprego público são, pois, sanções acessórias decorrentes dos efeitos da condenação da prática de tortura; essas penalidades afastam o torturador da atuação como agente público evitando que ele em outra oportunidade se valha da condição funcional para a reincidência no delito; elas estão previstas no § 5º do artigo 1º da Lei de Tortura: “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Assim assevera Nucci (2010, p. 1204) assim prevê:

51. Perda Automática: a perda é automática, pois fundada diretamente em lei, logo, não precisa figurar expressamente na sentença condenatória. Basta a Administração, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, executar o ato de exclusão de servidor.

Da mesma forma caminha a jurisprudência do STF sob o relato do Ministro Eros Grau:

O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido que é permitida a decretação de perda do cargo ou função pública, no caso de condenação por crime de tortura” (BRASIL, 2009 apud NUCCI, 2010, p. 1204). Ver também STJ sob o relatório do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: “A perda do cargo público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura.” (BRASIL, 2009 apud NUCCI, 2010, p. 1204)

Confrontando, pois tal parágrafo com o art. 92 do Código Penal, verifica-se que, enquanto os efeitos específicos previstos no estatuto básico devem ser motivadamente declarados na sentença, ora analisados, são automáticos, decorrendo tão-somente da condenação, não carecendo de manifestação do juiz da sentença.

Além da perda do cargo, função ou emprego público, o condenado ficará impedido de retornar ao serviço público pelo dobro da pena aplicada.

Porém a doutrina questiona a aplicação de tais efeitos conforme assevera:

Parte da doutrina entende inaplicáveis tais efeitos, no caso de condenação pela prática dos delitos previstos no parágrafo 2º. A nosso juízo, improcede a posição. Como já acentuado, a prática omissiva da conduta tem a mesma carga de ilicitude das modalidades omissivas. Concordamos, todavia, com a inaplicabilidade, no que concerne ao agente que omite a apuração do delito. (BIERRENBACH; LIMA, 2006, p. 79-81)

O citado autor faz uma ressalva com relação a não exclusão do agente em caso de omissão no que se refere ao agente que omite a apuração do delito.

Na mesma linha, caminha Teixeira (2004, p. 147):

Lembra-nos Luís Carlos Gomes da discussão acerca da desproporcionalidade desse efeito automático da condenação, tendo em vista especialmente, a hipótese do §2º - omissão em evitar ou apurar o delito. Afirma o referido autor que: “Em casos concretos particulares, efetivamente, pode ser que a perda do cargo seja exagerada, efetivamente, pode ser que a perda do cargo seja exagerada, especialmente se a conduta refere-se ao verbo ‘apurar’. Nessa hipótese, deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade para afastar a incidência da norma no ‘caso concreto’. Não se trata de algo impossível, mas exigirá do juiz uma construção fundamentada e convincente”. (GOMES, 1999 *apud* TEIXEIRA, 2004, p. 147)

Já na doutrina ao contrário do que define Nucci (2010), há quem defenda que mesmo havendo a previsão da perda automática, tal efeito acessório deve constar no corpo da sentença ao contrário do que define:

Além da pena privativa de liberdade, o juiz deverá declarar, como efeito da sentença condenatória, a perda do cargo, emprego ou função pública. A razão de tal efeito condenatório é o fato de se ter demonstrado, de forma inequívoca, que o agente público violou seus deveres funcionais de tal forma que o Estado e a sociedade não podem mais confiar em seus serviços. O efeito não é automático, devendo, pois, constar expressamente da sentença. Em caso de omissão, incumbe ao Ministério Público interpor os competentes embargos de declaração. (GOMES, 1999, *apud* RESENDE, 2006, p. 69)

Ainda, verificando o efeito automático alusivo à perda do cargo público, Monteiro (2006, *apud* Resende, 2006, p. 69) entende que:

Em boa hora esta lei prevê no seu § 5º: ‘A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada’. Como se sabe, a aplicação do art. 92 do Código Penal, no que tange a esta modalidade de efeito de condenação, não é automática. Verifica-se, portanto, um maior rigor no caso dos crimes de tortura.

Importante aduzir que os efeitos automáticos da condenação segundo Bierrenbach; Lima (2006) não se aplicam aos oficiais das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e das Forças Estaduais (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

Em relação, pois aos oficiais das Forças Estaduais, a perda do cargo dependerá de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado, ou pelo Tribunal de Justiça Militar, nos Estados da Federação que têm Justiça Militar organizada. Atualmente, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. (BIERRENBACH; LIMA 2006, p. 81)

O autor faz menção aos aludidos art. 125, § 4º e art. 142, § 3º, inc. VII da Carta Política, cerne de discussão da presente pesquisa.

Tadeu (2009) em seu artigo, defende veemente a inconstitucionalidade de tal dispositivo:

A Constituição Federal, em nenhum momento, estabeleceu que os oficiais, Forças Armadas e Forças de Segurança, poderão perder o posto ou a patente *por meio de um procedimento que não seja o decorrente de uma decisão judicial*, proferida por Tribunal Militar em tempo de paz, ou um Tribunal Especial em tempo de guerra (ROSA, 2009, p.1)²⁷

Ainda assim, o confronto dos dispositivos constitucionais supracitados conduzia a uma heterogeneidade em relação às praças (soldados, cabos, sargentos, entre outros). Isto porque, apesar de não se referir às das Forças Armadas, a Lei Maior determinava que cabia ao tribunal competente decidir sobre a perda de graduação das praças estaduais. Tal querela, conforme já descrito foi resolvida pela edição da Súmula nº 673 com relação à exclusão das praças.

Assevera Vasconcelos (2005):

A magnitude dessa garantia distingue o militar das diversas categorias de servidores do Estado, conferindo-lhe o requisito de honra para o exercício de sua profissão. Previu o constituinte a obrigatoriedade de submeter ao julgamento de indignidade ou incompatibilidade o oficial que venha a sofrer condenação criminal a pena restritiva de liberdade acima de dois anos. Ao mesmo tempo em que a Constituição garante a patente e o posto, fixou a sistemática de exceção, ou seja, o método determinante da sua retirada em hipóteses precisas. Fora desse regramento não se permite qualquer ameaça ou atentado às patentes. Isso significa que lei alguma poderá reduzir ou suprimir esse status (VASCONCELOS, 2005, p. 45)

Assim Rosa (2011, p. 223) destaca ao fazer uma correlação com o previsto no §5º da Lei de Tortura:

A natureza do ilícito, comum ou militar, previsto em Lei Especial, Código Penal Brasileiro, ou Código Penal Militar, não afasta a competência do Tribunal Militar para decidir sobre a perda do posto ou da patente do militar, federal ou estadual. [...] Neste sentido, se um militar, oficial, for condenado pela Justiça Comum pela prática do crime de tortura previsto em Lei Especial Federal caberá ao Tribunal de Justiça Militar, nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, ou o Tribunal de Justiça, nos demais Estados-membros da Federação e no Distrito Federal, decidir sobre a perda do posto ou da graduação do infrator. O art. 142, da CF de 1988, é

²⁷ <http://jus.com.br/revista/texto/7796/perda-do-posto-e-da-patente-dos-oficiais-e-da-graduacao-das-pracas>.

expresso a respeito desta matéria, não existindo lacunas quanto às disposições que se aplicam à espécie. Se condenado a uma pena superior a dois anos, [...] somente o tribunal competente é que poderá decidir sobre a perda do posto ou da graduação do oficial (ROSA, 2011, p. 233).

Da mesma forma corroboram Vasconcelos (2005, p. 46) e Assis (2005, p. 3)

Logo, como corolário de sua vitaliciedade, não pode haver imposição de pena acessória de perda do posto ou da patente, nem imposição de tal perda como mera consequência da condenação. É inafastável o devido processo legal, que, como visto, em relação ao oficial, deve passar pelo crivo do Tribunal competente (Vasconcelos 2005, p. 46)

Abre-se aqui um parêntese para destacar que por força do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a competência para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (= perda do cargo e do emprego público) é privativa dos Tribunais de Justiça Militar, onde os houver (MG, RS e SP), e dos Tribunais de Justiça nos demais Estados e no Distrito Federal (ASSIS, 2005, p. 3).

Apesar disso, tal posição não é dominante na doutrina, conforme discorda Nucci (2010, p. 1196) indo além quanto à aplicação da pena acessória prevista no crime de tortura aos policiais militares por entender que tal crime é comum mesmo se for praticado de militar para militar.

A tortura é crime comum. Logo, a competência é da justiça estadual ou federal, conforme o lugar em que for cometida, além dos outros fatores previstos no art. 109 da Constituição Federal. Assim, ilustrando, se o suspeito é torturado em uma delegacia de polícia civil, deve apurar o delito a justiça estadual. [...] Porém jamais será considerado crime militar, pouco importando ser cometido por militar contra civil ou por militar contra militar.

Verifica-se que a doutrina penal comum citada caminha no sentido de ser automático o efeito da condenação penal, com sentença transitada em julgado, alusivo a perda do cargo público.

O fato de estar o Juiz obrigado a constar na sentença à perda do cargo, por si só, pelo que parece, não faz com que o efeito seja ou não automático.

Constata-se, no entanto, à vista de condenações automáticas à perda do cargo público do policial militar, não há consideração em relação às peculiaridades e prerrogativas dos militares.

A automaticidade da pena acessória vincular-se-ia ao fato de não ter o magistrado que motivar tal decretação, visto ser efeito automático da condenação.

Percebe-se que o §5º, do artigo 1º, difere do que preceitua o inciso I, do artigo 92, do Código Penal, sendo que este dispositivo legal possui efeito extrapenal, de cunho administrativo, não automático, não bastando para que seja decretada a perda do cargo ou função pública estarem presentes os requisitos objetivos como crime funcional, *quantum* da pena, com abuso de autoridade ou violação de dever para com a administração pública,

devendo o juiz, ao aplicar a pena, dispor fundamentadamente, acerca do efeito extrapenal, conforme exige o parágrafo único do artigo 92 do Código Penal Brasileiro.

Resta conhecer, se além da posição doutrinária demonstrada, como têm decidido os tribunais brasileiros com relação ao tema, para que, em conjunto com os demais embasamentos científicos e doutrinários já expostos, possa-se formalizar uma conclusão pertinente ao tema ora proposto, ou seja, a constitucionalidade a respeito da perda automática da função de policiais militares em virtude dessa condenação.

7 Possibilidade da aplicação da Suspensão Condicional da Pena do Processo na modalidade de Tortura-omissão

Assim define Greco (2009, p. 485): “A Pena é a consequência natural imposta pelo Estado, quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”²⁸.

O juiz, ao julgar procedente um pedido de condenação, declara a violação da norma jurídica penal; ao absolver, declara a inexistência do direito estatal de punir.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (**grifo nosso**) (BRASIL, 2004)²⁹

A Constituição Federal proíbe no inciso XLVII no seu art. 5º, estabelece limites quanto à modalidades de pena no Brasil, vendando algumas tais como: de morte, exceção nos crimes militares em tempo de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, bem como no inciso XLV e no inciso XLVI, ambos do mesmo artigo define que nenhuma pena passará da pessoa do réu bem como a individualização da pena, visando-se as características pessoais do agente a fim de que se possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança. Ainda no inciso XLVI do art. 5º, elencam-se como modalidades de penas a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso Código Penal, por intermédio de seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. (GRECO, 2009, p. 489)

Da mesma forma, insere-se nessa discussão o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, no caso concreto, que somente conseguiu-se firmar durante o período iluminista, principalmente com a obra de Marquês de Beccaria, intitulada de *Dos Delitos e das Penas* de 1764.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o

²⁸ “Direito de punir – o juiz usa esse fundamento para aplicar a pena” (GUIMARÃES, 2009, p. 402)

²⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm

estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito, tem de ser proporcionadas à sua concreta gravidade. (GRECO, 2009, p. 77)

A tarefa não é fácil, pois que, em virtude do grande número de infrações penais existentes no ordenamento jurídico penal brasileiro, cada vez, fica mais complicado o raciocínio da proporcionalidade. A perfeita proporção encontra-se na verdade no Código de Hamurabi, “olho por olho”, mas tal princípio ofende a dignidade da pessoa humana e, por consequência, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da Carta Magna (inciso III do art. 1º).

Embora não tendo sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se dessume de outros que passaram a integrar o texto da Constituição Federal, a exemplo do princípio da individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com a sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que, como já o dissemos anteriormente, não seja um mecanismo de verificação tão simples. (GRECO, 2009, p. 78)

Dessa forma, o art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime fazendo assim com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa que se pautam, respectivamente pelos critérios da retribuição e da prevenção.

No caso concreto, Greco (2009) ainda lembra que esse princípio está elencado no art. 68 do Código Penal, ao implementar o sistema trifásico de aplicação da pena e assim, fornece ao julgador meios que possam individualizar a conduta do agente, encontrando dessa forma, aquela pena proporcional ao fato. Depois, ao analisar isoladamente as circunstâncias judiciais, o julgador concluir que todas são favoráveis ao réu, jamais poderá cominar a pena em quantidade máxima, pois se assim o fizer, estará aplicando uma pena desproporcional ao fato.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
 - II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
 - III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
 - IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.
- (...)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL, 1940)

Feitas as considerações iniciais, primordial é diferenciar a suspensão condicional do processo da suspensão condicional da pena, denominado este como *sursis penal* e aquele como *sursis processual*.

Eis o que define o arts. 77, 78, 79 e 80 do CP:

Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 78 – Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de frequentar determinados lugares;

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Art. 79 – A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Art. 80 – A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa. (BRASIL, 1940)

Segundo a doutrina, o *sursis* apresenta requisitos objetivos e subjetivos. Os objetivos são a condenação de pena privativa de liberdade não superior a dois anos (*sursis simples*) e ainda o *sursis* etário ou humanitário quando a condenação se dá por pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. Os subjetivos são os previstos nos incisos I e II do art. 77 do CP.

Assim assevera Greco (2009, p. 637): “Tais requisitos, se favoráveis, trazem a presunção de que o condenado está apto a merecer a suspensão condicional da pena que lhe for aplicada, uma vez que em virtude da sua análise presume-se que não voltará a delinquir”.

A suspensão condicional da pena somente será possível se não for indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (BRASIL, 1940)

Greco (2009) ainda salienta que por força da Lei 9.714/98, tal instituto previsto no art. 44 perdeu espaço e vigor, porque se passou admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa nas condenações de até quatro anos, porém em caso de crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, a pena não pode ser substituída, mas pode ser suspensa mediante condições.

Embora o art. 77 estabeleça que a pena poderá ser suspensa, aparentando, à primeira vista, que se trata de uma faculdade do magistrado, o *sursis* é um direito do sentenciado que preencha os requisitos indispensáveis a sua concessão. Por isso é que a lei dispõe o dever do magistrado de se manifestar sobre o *sursis* quando da prolação da sentença, sob pena de nulidade, nos termos do art. 157 da Lei de Execuções Penais.

No Direito Penal Militar, a suspensão condicional da pena está prevista nos arts. 84 e seguintes do Código Penal Militar.

Eis o que fala o art. 84 do referido Código Repressivo Castrense:

Art. 84 - A execução da pena privativa da liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, desde que:

I - o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime à pena privativa da liberdade, salvo o disposto no 1º do art. 71;

II - os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Restrições

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação de medida de segurança não detentiva. (BRASIL, 1969)

Convém assinalar algumas diferenças em relação à legislação penal comum, pois, nos termos do art. 80 do Código Penal, o benefício não será cabível face de pena de multa ou restritiva de direito (também será inviável o benefício quando couber a substituição por pena restritiva de direito – art. 77, III, do CP). No Código Penal Militar, previsão análoga está prevista no parágrafo único do art. 84, já que há expressa restrição à aplicação do benefício no caso de pena de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou de pena acessória. Ressalta-se aqui a previsão expressa da vedação da aplicação de tal benefício às penas acessórias previstas art. 98 do CPM, entre elas a perda do posto e da patente.

Outra diferença também existente quanto ao período de suspensão da pena que no Código Castrense varia de 02 (dois) a 6 (seis) anos, em contrapartida ao direito penal comum no qual o lapso temporal probatório é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

As condições judiciais estão suscitadas no art. 85 do Código Penal Militar bem como as causas de revogação obrigatória estão previstas no art. 86 e as de caráter facultativo no §1º do mesmo artigo.

Além do instituto da suspensão condicional da pena, a Constituição Federal ao dispor sobre os Juizados Especiais Criminais, a Lei 9.099/95 permitiu, por proposta do Ministério Público, aceitação do acusado e decisão do juiz, a suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a *um* ano.

Eis o art. 89 da Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995)

A suspensão condicional do processo é um instituto jurídico que tem por finalidade evitar a aplicação de pena privativa de liberdade nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

126. Suspensão condicional do processo: trata-se de um instituto de política criminal benéfico ao acusado proporcionando a suspensão do curso do processo após o recebimento da denúncia, desde que o crime imputado ao réu não tenha pena mínima superior a um ano mediante o cumprimento de determinadas condições legais com o fito de atingir a extinção da punibilidade sem necessidade do julgamento do mérito propriamente dito. É denominado também de *sursis* processual. (NUCCI, 2010, p. 860)

Diversamente do que ocorre com o *sursis* na suspensão condicional do processo não há condenação do réu. Na verdade, o processo penal somente tem início por meio da peça de acusação, que pode ser a denúncia do Ministério Público ou a queixa do ofendido.

Lembra Nucci (2010) que, quando se tratar de concurso formal ou crime continuado, toma-se a pena do mais grave dos delitos imputados ao réu acrescentando-se igualmente, o mínimo possível para que se obtenha a pena mínima. Se ultrapassar um ano, não cabe a suspensão condicional do processo.

E também - STF: “o benefício da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 1 (um) ano assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto) ultrapassar o limite de um ano.” (HC 83163-SP, Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, 16.04.2009, m.v.) (BRASIL, 2009, *apud* NUCCI, 2010, p. 860)

O art. 89 da Lei nº 9.099/95 define que o Ministério Público é o proponente da suspensão condicional do processo no momento da oferta da denúncia, desde que entenda preenchidos os requisitos legais. Se não o fizer, é incabível a sua substituição pelo magistrado e muito menos pelo próprio acusado. Porém, se o *parquet* atuar sem justificativa plausível, deve o juiz valer-se do disposto no art. 28 do CPP, por analogia, remetendo-se o feito ao Procurador Geral da Justiça para que decida qual o melhor caminho a tomar.

Nucci (2010) também lembra que o Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 337, permitiu a aplicação condicional do processo ao final deste por ocasião do advento da sentença condenatória operando a desclassificação para infração cuja pena torna admissível o benefício, ou seja, é viável que Juiz julgue parcialmente procedente a ação devendo aplicar, em tese, pena compatível com a suspensão condicional do processo.

Basicamente, conforme consta nos requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95, as condições exigidas à concessão da suspensão condicional do processo são as mesmas existentes e necessárias à aplicação do *sursis*.

Com relação à aplicação de ambos os institutos na Lei 9.455/97, que trata do crime de tortura, o *sursis*, ou seja, a suspensão condicional da pena é perfeitamente aplicável, porém não afasta a perda automática da função em caso de condenação de funcionário público conforme cita-se a jurisprudência:

EMENTA: Apelação criminal. Crime de tortura. Preliminar de cerceamento de defesa. Rejeição. Testemunhas e laudo de corpo de delito que comprovam as condutas dos recorrentes. Palavra da vítima que tem extrema relevância em situações deste jaez. Tipo penal devidamente caracterizado. Aplicação da causa especial de aumento de pena, prevista no art. 1º, § 4º, inciso I, da Lei nº 9.455/97.

"Bis in idem". Crime próprio. Agente público. Decotação. Suspensão condicional da pena. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.

Presentes os requisitos legais, de se conceder aos réus o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, em sua forma simples (art. 78, § 1º, CP), com limitação de fim de semana no primeiro ano, tal como estabelecido pelo Relator, tendo em conta as graves circunstâncias dos crimes - e sem prejuízo do cumprimento da sanção de perda dos cargos e interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, uma vez que o *sursis* é forma alternativa de cumprimento tão-só da pena privativa de liberdade. (MINAS GERAIS, 2008)

Resta saber se é possível a aplicação da suspensão condicional do processo ao crime de tortura-omissão, pois seria a única modalidade que permitiria, em tese, tal instituto, uma vez que a pena mínima prevista nesse caso é de um ano de detenção. Porém, tal aplicação apresenta controvérsia na doutrina.

O *caput* do art. 89 não faz vedação à aplicação deste instituto em crimes “não abrangidos por esta Lei”, portanto em uma análise fria de tal dispositivo, é perfeitamente aplicável a suspensão na modalidade de tortura-omissão desde que presentes os demais requisitos para a sua concessão.

A Lei 11.340/2006 em seu art. 41 veda qualquer benefício previsto da Lei 9.099/95, o que envolve, por certo, a suspensão condicional do processo aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista.

Da mesma forma, por força do art. 90-A da Lei 9.099/95, tal benefício não é aplicável aos crimes militares conforme Neves; Streifinger (2005, p. 632):

Malgrado a previsão legal de suspensão da prescrição da pretensão punitiva, entende-se que a disposição do art. 90-A da Lei veda a sua aplicação no Direito Penal Militar, donde se conclui que, partindo-se dessa premissa, não há o que se falar em suspensão do curso prescricional dos crimes militares por força do §6º do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Há quem entenda como Araújo (2011) e Nucci (2010), este último, conforme já visto, que a figura omissiva do crime de tortura (§2º do art. 1º da Lei 9.455/97) esbarra na figura desproporcional à luz do art. 5º, inc. XLIII, uma vez que tratou o omitente com pena mais branda do que aquele que o pratica em ação positiva, diferenciação esta que não se encontra presente na Carta Política.

Já no crime de tortura, alvo de especial atenção do Texto Magno, essa conduta (omissão do garantidor) recebe reprimenda leve, diferenciada, que autoriza, inclusive, a incidência de institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, incompatíveis, em linha de princípio, com o caráter hediondo do delito. (ARAÚJO, 2011, p. 14)³⁰

30

Continuando o seu artigo, Araújo (2011, p. 13) define que no caso §2º do art. 1º da Lei 9.455/97, o legislador ordinário praticou um omissão *parcial*:

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. (MENDES *apud* ARAÚJO, 2011, p. 13)³¹

E assim conclui o seu artigo:

Já o Promotor, abstraída a leitura constitucional que o dispositivo merece, estaria, por sua omissão, sujeito a pena de detenção, que varia de 1 a 4 anos, o que muito provavelmente se resolveria em sede de suspensão condicional do processo, nos exatos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, em que pese a hediondez do crime cuja consumação decorreu direta e necessariamente da omissão.

Parece não ter sido essa a ideia do constituinte originário quando pretendeu maior rigor na tutela de determinados bens jurídicos, impingindo punições mais graves a determinadas práticas delituosas, em especial a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo, crimes que, nos termos do inciso XLIII, do art. 5º, são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. (ARAÚJO, 2011, p. 21)³²

Conforme já citado na seção 7.3, Nucci (2010, p. 1202) também defende em sua obra que a omissão não poderia ter desarrazoado a pena em relação ao que propôs o Constituinte, porém admite a suspensão condicional do processo na modalidade da tortura-omissão:

39. Brandura da pena: é incompreensível a condescendência do legislador juntamente com a pessoa (normalmente autoridade) que tem poder para fazer cessar a tortura e se omite, ou que pode apurar os responsáveis pelo ato repugnante e silencia. A pena de detenção mínima de um ano comporta não somente suspensão condicional do processo, como também vários outros benefícios (substituição por restritiva de direitos, sursis etc.).

Com a devida vênia ao ilustre doutrinador e ao ilustre operador do direito ora citados, a constituição em que pese exigir apenação aos executantes bem como aos omitentes de crime de tortura, não veda uma pena diferenciada entre eles, não sendo, portanto, inconstitucional a previsão do legislador ordinário em definir pena mais branda para o cometimento de crime de tortura-omissão. A própria previsão do §7º do art. 1º da Lei 9.455/97 se constitui em exceção ao cumprimento da pena quando se tratar do cometimento do §2º do art. 1º do mesmo diploma legal.

Dessa forma, sendo aplicada a suspensão condicional do processo, por força de sua consequência legal, de suspensão do processo antes da sentença, não há o que se falar em

³¹http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/GuilhermeCorreadeAraujo.pdf

³²http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/GuilhermeCorreadeAraujo.pdf

condenação e, portanto, se for proposta eventualmente pelo Ministério Público tal benefício ao policial militar, réu por crime de tortura na modalidade de omissão, e ele aceitar, não perderá o seu posto ou graduação como efeito acessório da pena.

8 Jurisprudências

Segundo Diniz (2008), o termo jurisprudência está aqui sendo empregado como conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

São os recursos ordinários e extraordinários do Supremo Tribunal Federal que vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais. Tais recursos são atos processuais pelos quais a decisão de um juiz ou tribunal é submetida a outro tribunal de categoria superior, com competência para reforma-la ou anulá-la; em regra, a uniformização recursal compete ao Supremo Tribunal Federal, que coordena e organiza a sua jurisprudência mediante enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. As súmulas do Supremo Tribunal Federal, que periodicamente vêm sendo atualizadas, não são simples repertórios de ementas de acórdãos, mas normas jurisprudenciais a que a Corte subordina os seus arestos. O mesmo se diga das súmulas do extinto Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior do Trabalho (Lei 7.033/82 e Resolução Administrativa n. 102/82; Resolução n. 129/2005), do Superior Tribunal Militar, do Tribunal de Contas da União e dos extintos Tribunais de Alçada. (DINIZ, 2008, p. 296)

Segundo Capez (2005), em determinadas ocasiões, quando chega a surgir um consenso quase absoluto sobre o modo de se decidir uma questão, o tribunal correspondente pode sintetizar tal entendimento por meio de um enunciado objetivo, sintético e conciso, denominado "Súmula", palavra originária do latim *Summula*, que significa sumário, restrito.

Percebe-se que a fonte formal é o processo ou a atividade jurisdicional do Estado no exercício da função de aplicar o direito, que se expressa na jurisprudência. A obra dos tribunais, havendo uma série de julgamentos que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal de direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob denominação de jurisprudência.

Entretanto, Teixeira (2004) destaca que, entre doutrinadores e magistrados, não falta quem as considere mero instrumento a serviço do arbítrio do Poder Executivo, que se destinam ou têm como inevitável consequência um grande prejuízo, com o envelhecimento e congelamento do Judiciário e a limitação do poder de juízes e tribunais decidirem conforme suas convicções.

Assim, o conceito de Súmula está previsto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

Da Súmula

Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Será objeto da Súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na Súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes. (BRASIL, 2010)³³.

A jurisprudência resulta, conforme visto, no direito estabelecido pelas decisões uniformes dos juízes e tribunais. Está, portanto, como já dissemos, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática consuetudinária do Poder Judiciário, consubstanciando normas individuais, pois forma-se no meio de aos concretos.

Assim assevera Diniz (2008, p. 299):

É norma geral como lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade e maleabilidade e é obrigatória e válida não pelo seu caráter geral, mas por sua normatividade. Logo, a jurisprudência atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão, por não se excluir a possibilidade de se alterar o entendimento da maioria, embora isso ocorra, excepcionalmente, por motivos graves. É fonte não só porque influi na produção de normas jurídicas individuais (sentença, p. ex.), mas também porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel, apesar de sua maleabilidade.

A mesma autora ainda lembra que no Brasil, desde o advento da ação declaratória de constitucionalidade (EC nº 3/93), o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores editam súmulas com efeito vinculante. Atualmente, somente o STF poderá emitir súmula vinculante. Com isso, o STF passa a ter a titularidade da competência para cassação de decisão judicial contrária à súmula sem que tenha a parte, que arguiu sua violação, o dever de utilizar recursos processuais.

Da mesma forma, conforme os arts. 543-A e 543-B, Acrescentados pela Lei nº 11.418/2006, prescreve que o STF só conhecerá do recurso extraordinário se a questão constitucional oferecer repercussão geral, por não ser relevante econômica, política, social ou juridicamente, impugnando decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

Diniz (2008) em que pese acreditar ser útil a súmula vinculante para a igualdade na prestação jurisdicional e para a aplicabilidade da celeridade e economia processual, poderá inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário de demandas fadadas ao insucesso, baseada em fundamentos opostos àqueles dela constantes e cujo ajuizamento acaba por acarretar insegurança jurídica, pois dar obrigatoriedade com efeito *erga omnes*³⁴ às súmulas, seria o

³³ <http://www.stj.jus.br/publicacao-seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1489/1754>

³⁴ “(Latim) Significa: para todos, contra todos. Refere-se a lei, direito ou decisão que é oponível a todos, que tem efeito contra todos ou a todos obriga.” (GUIMARÃES, 2009)

mesmo que coloca-las no mesmo patamar das leis. “Com isso, o Supremo Tribunal Federal usurparia as funções do Poder Legislativo e retiraria dos juízes o seu livre convencimento, a liberdade de apreciação e a independência de decisão.” (DINIZ, 2008, p. 302)

Seguindo o pensamento da doutrinadora supra mencionada, o efeito vinculante fere o devido processo legal, já que o cidadão fica adstrito ao pensamento de um tribunal que não ouviu as suas razões e engessa os entendimentos. E assim sugere quanto à aplicação das súmulas vinculantes: “O ideal seria súmula bem delimitada e suscetível de revisão, com ‘eficácia vinculante relativa’, sem engessar o pensamento do magistrado. (DINIZ, 2008, p. 305)

Verifica-se que no Brasil, há uma infinidade de Súmulas que são editadas com a finalidade de solucionar ou facilitar decisões que envolvem situações semelhantes, e estão presentes em todas as esferas da Justiça Brasileira.

Em que pese a súmula e a jurisprudência serem consideradas sinônimos na vida cotidiana dos operadores do direito, Capez (2005) faz uma distinção pertinente em que conceitua a jurisprudência como uma reiteração uniforme e constante de uma decisão sempre no mesmo sentido e a Súmula, nada mais é do que um resumo de todos os casos parecidos decididos daquela mesma maneira, colocado por meio de uma proposição clara e direta.

Realizado um breve introito acerca da jurisprudência, na seção seguinte, serão apresentadas alguns julgados da Justiça Comum que tenham relação com o tema da pesquisa em discussão, quando da aplicação imediata do § 5º da Lei 9.455/97 ao condenar o policial militar pelo crime de tortura. Nesse sentido, serão demonstradas decisões dos Tribunais Comum e Militar de Minas Gerais e Tribunais Superiores.

8.1 Julgados

As decisões utilizadas e trazidas para o bojo desta pesquisa demonstram o posicionamento adotado pela Justiça Comum, quando da condenação de policiais militares pelo crime de tortura e aplicação automática do parágrafo quinto da Lei de Tortura, exemplos estes, que podem ser estendidos aos demais casos existentes no âmbito dessa Justiça de mesma natureza.

O primeiro julgado que se refere à competência da Justiça comum no julgamento de policial militar por crime de tortura surgiu antes da promulgação da Lei 9455/97 quando ainda era vigente a aplicação do art. 233 da Lei 8.069/90, quando se tratava de criança como vítima.

O Supremo Tribunal Federal por meio do *Habeas Corpus* n° 70.389-5-SP, em 23 de junho de 1994, assim posicionou quanto à competência de jurisdição de policial militar como autor de crime de Tortura:

Tortura contra criança ou adolescente – Existência jurídica desse crime no direito penal positivo brasileiro – Necessidade de sua repressão – Convenções internacionais subscritas pelo Brasil – Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90, art. 233) – Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal – Delito imputado a policiais militares – Infração penal que não se qualifica como crime militar – Competência da Justiça Comum do Estado-Membro – Pedido deferido em parte. (BRASIL, 1994)

Percebe-se por este julgado a tendência em definir o Crime de Tortura como crime comum assim como crime de Abuso de Autoridade.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR: EXCLUSÃO, art. 125, § 4º. I. A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há o que invocar o julgamento pela Justiça Militar Estadual. A este compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar Estadual, coube decidir não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. R.E. não conhecido. RE n. 199.800/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 04/05/2001. (BRASIL, 2001, *apud* NEVES; STEIFINGER, 2012, p. 522)

Ao se buscar o posicionamento desse egrégio Tribunal, verificou-se o número reduzido de julgados que tratem especificamente sobre o tema em questão. Verificou-se, todavia que existem acórdãos que demonstram o entendimento do Tribunal em relação à aspectos que permeiam o assunto.

Nesse sentido, buscar-se-á, por meio de excertos retirados dessas decisões, mostrar a percepção desse Supremo Tribunal, conforme se vê abaixo:

RE 358961 / MS - MATO GROSSO DO SUL
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
 Julgamento: 10/02/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma
 EMENTA: **Praças da Polícia Militar estadual: perda de graduação: exigência de processo específico pelo art. 125, § 4º, parte final, da Constituição**, não revogado pela Emenda Constitucional 18/98: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar. O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição, de eficácia plena e imediata, **subordina a perda de graduação dos praças das policias militares à decisão do Tribunal competente, mediante procedimento específico**, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. A EC 18/98, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), não revogou o art. 125, § 4º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças. (BRASIL, 2004)³⁵ (grifo nosso).

³⁵ <http://www.stf.gov.br>.

Apesar de não tratar de forma concisa sobre a questão da Tortura, o recurso extraordinário em tela revela o posicionamento do STF sobre o artigo 125, § 4º, parte final da Constituição Federal, o que diverge do posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao interpretar o mesmo artigo e parágrafo.

Em mesmo sentido, outro recurso extraordinário de número 217781, julgado por essa mesma corte, corrobora que para perda de graduação e consequente exclusão das fileiras da corporação, faz-se necessário à realização de processo específico, entendimento que se dá pela interpretação da parte final do artigo 125, § 4º da Constituição da República.

RE 217781 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 30/06/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: I. Praça da Polícia Militar do Estado: **perda da graduação e consequente expulsão da corporação: processo específico (CF, art. 125, § 4º, parte final)**: decisão recorrida baseada no exame da eticidade da conduta do representado: ausência de cerceamento de defesa: precedente.

1. As praças "não têm posto nem patente, mas apenas graduação" (cf. RE 121.533,1ª T., Pertence, DJ 30.11.90): assim, a "**perda da graduação**", **aqui realizada em procedimento próprio, por decisão do tribunal competente** - onde a "defesa ofereceu contrarrazões (...)". (BRASIL, 2004)³⁶ (**grifo nosso**).

Percebe, pois, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal segue em sentido de que, para que se perca o posto ou a graduação, é necessário que se tenha processo específico realizado por Tribunal competente, qual seja, o Tribunal de Justiça Militar nos estados que o tenha e o Tribunal de Justiça na ausência daquele. Porém tal entendimento foi-se invertendo ao longo dos anos e quanto o assunto é do tema desta pesquisa, o entendimento do Excelso Pretório constitui-se de maneira diversa.

Desta forma, embora não exista uma súmula vinculante sobre o tema ora discutido, o julgado abaixo do Tribunal Superior Pátrio influenciou as demais decisões sendo considerado como precedente sempre em decisões decorrentes de outros julgamentos deste Tribunal bem como de tribunais inferiores como adiante se segue:

HC 92181 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 03/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. EMENDATIO LIBELLI NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. MERA SUBSUNÇÃO DOS FATOS NARRADOS À NORMA DE INCIDÊNCIA. CRIME DE TORTURA. INCONSISTÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA

³⁶ <http://www.stf.gov.br>.

DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AOS LAUDOS PERICIAIS OFICIAIS. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REGRA DO CONCURSO MATERIAL. APLICABILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PERDA DE PATENTE E DO POSTO. CONSEQUÊNCIA DA CONDENAÇÃO. AUSENTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

Inexiste vedação à realização da emendatio libelli no segundo grau de jurisdição, pois se trata de simples redefinição jurídica dos fatos narrados na denúncia. Art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos, e não da definição jurídica a eles atribuída. Ademais, tratou-se, apenas, da incidência de circunstância agravante, que veio a ser requerida por ocasião das alegações finais do Ministério Público. 2. Embora vedado o revolvimento probatório na estreita via do habeas corpus, seria possível reconhecer, no bojo do writ, uma eventual nulidade decorrente condenação não lastreada em quaisquer provas dos autos. Não é, contudo, o caso dos autos, em que o julgamento está lastreado em prova testemunhal e documental, fartamente indicada no acórdão condenatório. 3. A condenação em segundo grau de jurisdição não pode servir de fundamento para a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa. Se, no primeiro grau, o paciente foi absolvido por falta de provas, é porque houve plena oportunidade para se defender, militando a sentença, inicialmente, a favor do seu status libertatis no julgamento pelo Tribunal ad quem. Ademais, trata-se de insurgência contra lei, em tese, pois o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de interposição de apelação pelo Ministério Público contra a sentença absolutória. 4. Os laudos periciais não foram acolhidos pelo Tribunal de Justiça por se apresentarem precários e lacônicos, sem análise substancial das lesões provocadas nas vítimas da tortura, uma das quais faleceu poucos dias depois dos fatos. Impropriedade do pedido de realização de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição. Excepcionalidade da norma do art. 616 do Código de Processo Penal, não aplicável à hipótese. 5. Não houve erro na aplicação da regra do concurso material de crimes. Ainda que se entenda ter havido uma única conduta, está clara a existência de desígnios autônomos, razão pela qual incidiria a parte final do art. 70 do Código Penal. **6. O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, §5º, da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar. 7. Ordem denegada.** (BRASIL, 2008)³⁷ (Grifo nosso)

Em seu voto, o relator entende que não há razão à defesa, quanto à alegação de inconstitucionalidade, quanto à aplicação da perda da patente e do posto do oficial da Polícia Militar pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Assim o Ministro relata: “No caso, contudo, o paciente não foi acusado de prática de crime militar, mas sim de crime de Tortura, tal qual como definido na Lei 9455/97. A justiça, portanto, competente não era a Justiça Militar, mas sim a Justiça Comum.” (BRASIL, 2008)³⁸.

Seguindo tal entendimento, no Recurso Extraordinário em Habeas Corpus nº 104.751/AC, processo em que teve como relator o Ministro Luiz Fux, novamente entendeu não ser necessária a instauração de processo específico para perda do posto e da graduação de policial militar condenado por crime de Tortura.

RHC 104751 / MG – MINAS GERAIS
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

³⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086864&base=baseAcordaos>.

³⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086864&base=baseAcordaos>.

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 18/10/2011

Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. LEI 9.455/97. POLICIAL MILITAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ADITAMENTO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE DO ADITAMENTO ANTERIOR AO INTERROGATÓRIO. TORTURA. DELITO COMUM. INAPLICABILIDADE AO ART. 125, §4º, DA CONSTITUIÇÃO. PERDA DO CARGO. PENA ACESSÓRIA. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. COGNIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A supressão de instância impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. 2. In casu: a) A inépcia da denúncia e ilegalidade de seu aditamento não restaram suscitadas nas vias de impugnação anteriores, sendo certo que, ainda que superado o referido óbice, a exordial reveste-se de legitimidade, bem como o seu aditamento, este lavrado apenas um mês após o recebimento da exordial acusatória, e anteriormente ao interrogatório do réu. Precedentes: HC 87.347-ED/MS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 21/11/2006; HC 96.235/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 2/2/2010; HC 96.700/PE, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 17/3/2009. b) o recorrente, policial militar, foi condenado às penas do art. 1º, II, combinado com o § 3º da Lei de Tortura (Lei 9.455/97), por ter, em concurso de agentes, submetido a vítima, pessoa sob sua guarda, a intenso sofrimento físico, mediante violência, em atos que culminaram com o resultado morte. c) a pena definitiva restou fixada em 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, sendo aplicada também a sanção acessória de perda do cargo, e impedimento de exercer outra função pública pelo prazo de 20 (vinte) anos, nos termos do § 5º do art. 1º da Lei de Tortura (Art. 1º (...) § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.). 3. **O crime de tortura é delito comum, sendo-lhe inaplicável o disposto no art. 125, § 4º da Constituição (Art. 125. § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.), que dispõe sobre crimes militares. No caso da Lei 9.455/97, a sanção de perda do cargo é acessória e automática. Precedente: HC 92.181/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 3/6/2008.** 4. A cognição fático-probatória, imprescindível para o acolhimento do pleito de absolvição, é inviável em sede de habeas corpus. Precedentes: AI 821.072-AgR/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 1/2/2011; HC 98.681/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 5/4/2011. 5. Recurso desprovido. (BRASIL, 2011)³⁹ (grifo nosso).

Passemos agora a um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Inicialmente foram verificadas duas súmulas que decidiram o conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Militar quando houvesse conexão numa mesma ação de crime de lesão corporal (art. 209 do CPM) com crime de Tortura ou com crime de Abuso de Autoridade. Eis o que diz a súmula 90 do STJ: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o

³⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000181464&base=baseAcordaos>

policial militar pela prática do crime militar, e à Comum, pela prática do crime comum simultâneo àquele”. (BRASIL, 1993)⁴⁰.

Da mesma forma foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a súmula 172 com relação à simultaneidade do crime militar com o crime de Abuso de Autoridade: “Compete a Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.” (BRASIL, 1996)⁴¹

Verifica-se que a Súmula em comento foi editada cinco anos após a promulgação da CR de 1988, ou seja, logo após o término do Regime Militar no Brasil. Percebe-se, também, que o início da democracia no país fez suscitar, junto aos Poderes, a responsabilização pelos excessos do antigo regime.

Nesse sentido, entende-se que a intenção dos ministros do STJ, à época, era dirimir questões referentes ao conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Militar para processar e julgar os policiais militares pela prática de crimes comuns ou militares.

Voltando ao objeto de pesquisa e seguindo entendimento do Superior Tribunal Justiça, descreve-se a seguir que tal tribunal segue o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a constitucionalidade da perda automática de função mesmo em se tratando de policiais militares. Observa-se que o relator, Ministro OG Fernandes cita como precedente o HC 92.181 cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa do STF. Destaca-se ainda que o caso a seguir trata-se de tortura omissão:

HABEAS CORPUS Nº 47.846 – MG (2005/0152337-2)
 RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES
 IMPETRANTE: MAURO JORGE DE PAULA BOMFIM
 IMPETRADO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 HABEAS CORPUS. CRIMES DE TORTURA (OMISSÃO CRIMINOSA). PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO.
 1. O pedido absolutório, calcado no fundamento de que o paciente não teria ciência da violência praticada no estabelecimento em que trabalhava, demanda inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita.
 2. Além disso, a condenação foi lastreada em farto conjunto probatório, incluindo o depoimento de testemunhas, que relataram ter ouvido, de suas casas, vários pedidos de socorro, partidos de dentro do batalhão de polícia.
 3. **O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar.** (HC 92181/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.8.2008).

⁴⁰ http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0090.htm

⁴¹ http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sUMULA+172&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO

4. **A condenação por delito previsto na Lei de Tortura acarreta, como efeito extrapenal automático da sentença condenatória, a perda do cargo, função ou emprego público** e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Precedentes do STJ e do STF.

5. No caso, a perda da função pública foi decretada na sentença como efeito da condenação e mantida pelo Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação.

6. De mais a mais, embora não se fizesse necessário (por ser efeito automático da condenação), o Magistrado apontou as razões pelas quais deveria ser aplicada também a pena de perda do cargo.

7. Ordem denegada. (BRASIL, 2009)⁴² (**grifo nosso**)

Eis o que o relator opina quanto a condenação do acusado por crime de tortura na modalidade de omissão:

Em que pese o esforço do impetrante, penso que a irresignação não merece guarida. **A uma**, porque a imputação recaída sobre o paciente – de ter-se omitido em face do cometimento de prática de tortura – encontra esteio no decidido pelas instâncias ordinárias, que se lastrearam no conjunto probatório. [...]

A duas, porque, como visto, na condição de policial militar, o paciente tinha o dever legal de evitar a prática de crime ocorrido nas dependências do estabelecimento no qual trabalhava. Acresça-se, ainda, o relato das testemunhas, apontando que os pedidos de socorro eram ouvidos de suas casas. Assim, de se afastar a alegação de que, por estar junto ao portão de entrada do prédio, não haveria meios de se ter ciência das violências perpetradas. Finalmente, **a três**, porque o pedido demanda inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita.

Já o Ministro Celso Limongi, apresentou o seguinte voto vencido que merece destaque:

D. R. S. foi condenado a um ano de detenção, pena substituída por restritiva de direitos, mais a decretação da perda de função pública e impedimento de exercer outra função pública pelo período de 2 anos, incurso nas penas do artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97. Apелou da sentença, mas o Tribunal de Justiça estadual negou provimento ao recurso. Houve embargos de declaração, também rejeitados. O recurso especial não foi admitido na origem e a sentença condenatória transitou em julgado.

Agora, foi impetrado o presente *habeas corpus* em seu benefício, sustentando que não ficou demonstrado tivesse o paciente conhecimento do fato delituoso, o delito de tortura que se perpetrava no interior do recinto policial. **Não estava ele presente às agressões praticadas contra a vítima das quais resultou a morte desta. Ademais, nos casos de pena de detenção, com regime inicial aberto, incabível a imposição de pena acessória de perda de cargo e inabilitação temporária para o exercício de quaisquer outras atividades públicas. Demais disso, o paciente nunca teve, na qualidade de policial militar qualquer conduta ou fato que o desabone, ao contrário, sempre se mostrou um servidor ativo, preocupado com o bem estar da população e o correto exercício de suas funções, sendo membro exemplar e modelo do corpo de militares do Município de Pedralva, pelo que não se mostra razoável a perda do cargo ou interdição, que não merecem prosperar, devendo o paciente permanecer no exercício de ser cargo, como de direito.** (BRASIL, 2009)⁴³ (**grifo nosso**)

Da mesma forma em outro HC, assim julgou o Superior Tribunal de Justiça:

⁴²<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28Tortura%29+E+%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>

⁴³<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28Tortura%29+E+%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>

HC 57293 / MG
 HABEAS CORPUS (PROCESSO Nº2006/0076321-0)
 RELATOR: MINISTRO OG FERANDES
 IMPETRANTE: SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR E OUTROS
 IMPETRADO: PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS. TORTURA COM RESULTADO MORTE. ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

INEXISTÊNCIA. PEÇA QUE DESCREVE SATISFATORIAMENTE AS CONDUITAS ATRIBUÍDAS AOS PACIENTES. ADITAMENTO À EXORDIAL. MANUTENÇÃO DA NARRATIVA, COM ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. DECRETAÇÃO DE PERDA DO CARGO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. CRIME COMUM.

8. "O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar." (HC 92181/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.8.2008).

9. A condenação por delito previsto na Lei de Tortura acarreta, como efeito extrapenal automático da sentença condenatória, a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Precedentes do STJ e do STF.

10. No caso, a perda da função pública foi decretada na sentença como efeito da condenação e mantida pelo Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação.

11. Ordem denegada. (BRASIL, 2009)⁴⁴ (**grifo nosso**)

Segue o entendimento de algumas decisões de tribunais estaduais de Justiça Comum.

Inicia-se com a decisão do TJMG de fato ocorrido na cidade de Buritis em Minas Gerais. A decisão que adiante é fruto de condenação de policiais-militares que tiveram em desfavor a acusação de terem agredido um cidadão que se encontrava preso da cadeia da cidade de Buritis, Minas Gerais, e que estava sob a guarda dos milicianos. Os trechos foram extraídos do acórdão do processo de número 1.0093.02.000815-2/002(1).

EMENTA: Embargos de declaração [...] Crime de **TORTURA**: Competência da Justiça Comum para processar e julgar os crimes definidos na Lei nº 9.455/97. Justiça Militar. Incompetência para o julgamento dos crimes constantes da Lei que define os crimes de **TORTURA**. Acórdão que não feriu o art. 125, § 4º, da CF. Cabe à Justiça Estadual, com a competência para julgar os delitos de **TORTURA**, a aplicação das sanções previstas na referida Lei, inclusive a perda do cargo. Embargos rejeitados. Laudo indireto prevalência sobre direto. Laudo realizado posteriormente. Provas substanciais que correspondem ao laudo pericial indireto. Depoimento de médico e enfermeira que atenderam a vítima. Testemunhos esclarecedores colhidos logo após os fatos. Embargos rejeitados. (MINAS GERAIS, 2005)⁴⁵

Não é cabível a observância quanto ao mérito do processo, o que é de interesse para a pesquisa é o conteúdo contido no acórdão que ressalta o posicionamento da Justiça Comum.

⁴⁴ https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600763210&dt_publicacao=18/12/2009

⁴⁵ <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=Crime+de+Tortura+e+Perda+da+fun% E7% E3o&numeroRegistro=1 &totalLinhas=1 &pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1 &pesquisaPalavras=Pesquisar>

O julgamento do crime de **TORTURA** definido pela Lei 9.455/97 é de Competência da Justiça Comum. Com efeito, foram respeitados os princípios norteadores do devido processo legal e do Juiz Natural (art. 5º, incisos LIII e LIV). Assim, a competência da Justiça Comum para processar e julgar os crimes definidos na Lei 9.455/97 é indubitosa, desde que não se trata de crimes militares definidos como tais no Código Penal Militar ou na legislação extravagante. A Justiça Militar é incompetente para fazê-lo por atipicidade objetiva, de acordo com art. 9º, I, do Código Penal Militar, portanto, **incompetente para aplicar qualquer uma das sanções prevista na Lei de TORTURA.** (grifo nosso)

Portanto ao ser determinada no acórdão a perda do cargo, conforme determina a Lei de **TORTURA**, não se feriu o art. 125, § 4º, da CF, vez que a Competência para julgar os delitos de **TORTURA** é da Justiça Comum, cabendo a ela a aplicação das sanções previstas na referida Lei, inclusive a perda do cargo, valendo aqui mencionar a parêmia - qui potest maius, potest et minus, ou, quem pode o mais pode o menos. (MINA GERAIS, 2005)⁴⁶

Conforme visto em capítulo anterior e no próprio acórdão, verifica-se que há considerações legais que conferem à Justiça Comum a competência para realizar o julgamento de processos que tenham policiais-militares como acusados da prática dos crimes capitulados pela Lei 9.455/97.

Os trechos retirados do acórdão demonstram um posicionamento de que se a Lei 9.455/97 não se enquadra nos casos aplicáveis à competência da Justiça Militar Estadual, esta, por “atipicidade objetiva”, e por interpretação do magistrado da Justiça Comum, é incompetente para aplicação de qualquer sanção que venha ser estabelecida pela citada lei.

Ao valer-se deste argumento é que os magistrados que julgaram o referido embargos de declaração consideram legal a aplicação da perda do cargo e, inclusive, atestam à observância do artigo 125, § 4 da Constituição da República e alegam que se são competentes para julgar o processo são também para decretar a perda do cargo, valendo-se de que “quem pode o mais pode o menos”.

Segue-se uma revisão criminal de 2007, no qual o recorrente, policial militar, condenado pelo crime de tortura na modalidade de omissão (art. 1º, § 2º da Lei 9455/97), na cidade de Cambuquira/MG, pretende revisão criminal quanto à sua condenação de perda da graduação, pois de acordo com a Constituição Federal, em seu art. 125, § § 3º, 4º e 5º, com a nova redação dada pela EC nº 45, percebe-se que o peticionário foi julgado, quanto à perda de seu cargo, por juiz flagrantemente incompetente, à luz do texto Constitucional. Eis a revisão Criminal nº 1.0000.06.440098-9/000:

Relator(a): Des.(a) Hyparco Immesi
 Data de Julgamento: 12/11/2007
 Data da publicação da súmula: 24/01/2008

⁴⁶<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=Crime+de+Tortura+e+Perda+da+fun%E7%E3o&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>

Ementa: POLICIAL MILITAR - PERPETRAÇÃO DE ILÍCITO DE TORTURA - PERDA DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA - EFEITO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA APLICÁ-LA - A Constituição Federal (art. 125, § 4º) só outorga competência à Justiça Militar estadual para processar e julgar milicianos, quando se tratar de crime militar definido em lei. A Constituição Federal, ao definir a competência penal da Justiça Militar dos Estados-Membros, delimitou o âmbito de incidência do seu exercício, impondo, para efeito de sua configuração, o concurso necessário de dois requisitos: um, de ordem objetiva (a prática de crime militar definido em lei), e outro, de natureza subjetiva (a qualificação do agente como miliciano ou como bombeiro militar). A competência constitucional da Justiça Militar Estadual, portanto, sendo de direito estrito, compreende, tão-somente, os integrantes da Polícia Militar ou de Corpo de Bombeiros Militar que hajam cometido delito de natureza militar. A Constituição Federal (art. 125, § 4º) só outorga competência à Justiça Militar Estadual para processar e julgar policiais militares, quando se tratar de crime militar definido em lei. Nessas circunstâncias, a perda da função pública e interdição para o seu exercício constituem consequência da condenação, também prevista no art. 92, inciso I, alínea "a", do Código Penal. Se há sentença penal condenatória transitada em julgado, ocorrerá, como efeito dela, a perda de cargo ou função pública nas hipóteses previstas no mencionado artigo, ou seja, de condenação à pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, ou de condenação à pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. (MINAS GERAIS, 2007)⁴⁷

Dessa forma, destaca-se o voto do eminente relator quanto ao mérito do pleito:

Analizados os autos, bem como a sentença condenatória e o v. acórdão que a confirmou, infere-se que, ao contrário do entendimento do Ministério Público de 2º grau, o § 4º do art. 125 da Constituição Federal não se aplica à espécie sub judice. Segundo os autos, não se está diante de infração militar, e sim, de um delito de tortura, ilícito de natureza não-militar, sendo competente a Justiça Comum para o seu julgamento.

O delito (tortura) pelo qual o peticionário se viu processado e condenado, indubitavelmente, evidenciou abuso de poder.

E, por ter havido abuso de poder, a perda da função pública e interdição para o seu exercício, constituem um efeito da condenação, também previsto no art. 92, inciso I, alínea "a", do Código Penal. Se há sentença penal condenatória transitada em julgado, decorre, como efeito dela, a perda do cargo ou função pública, nas hipóteses nele previstas, ou seja, de condenação à pena privativa de liberdade, por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública ou, de condenação à pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Registre-se ser inviável o reconhecimento da competência do Tribunal de Justiça Militar, e a consequente nulidade da decisão tida por prolatada por juízo incompetente, porque não se trata de crime militar, e sim de crime comum (simples), praticado por militar.

Transcreve-se, a propósito, o enunciado do art. 125, § 5º, da Constituição Federal, em decorrência da EC 45/2004: "§ 5º - Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares" (EC nº 45/04).

⁴⁷<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=12&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=Tortura%20Perda%20da%20Fun%E7%E3o%20Policia%20Militar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

O que isso significa? Simplesmente que a partir de 31 de dezembro de 2004, data em que foi publicada a EC nº 45/2004 (que já havia sido promulgada no dia 08 de dezembro do mesmo ano), todos os militares estaduais, independentemente da patente ou graduação, que tenham praticado crime militar contra civis, serão julgados singularmente por Juiz de Direito integrante dos quadros da Justiça Militar. A Justiça Militar, Estadual ou Federal, tem como característica ser um juízo colegiado, (à semelhança do que ocorre com países da União Europeia, como a Itália e a França). Todavia, o Legislador Constituinte Derivado, responsável pela EC nº 45/2004, entendeu que, nos casos de crimes militares cujas vítimas sejam civis, o autor ou autores deverão ser processados e julgados de forma singular por Juiz de Direito que integra a Justiça Militar.

Assim, sendo um efeito da condenação e não uma pena acessória, é inconteste a competência da Justiça Comum para a prolação da sentença e, subsequentemente, do julgamento do apelo contra ela.

Por derradeiro, citam-se os seguintes arestos provenientes do STF, que se ajustam ao caso objeto destes autos:

"Agravo Regimental em agravo de instrumento - Reexame de fatos e provas - impossibilidade - perda de graduação - competência. 1. A reforma do acórdão recorrido depende do reexame da matéria fático-probatória. Recurso extraordinário incabível ante a incidência do óbice da Súmula 279-STF. 2. A competência da Justiça Militar, prevista no art. 125, § 4º da Constituição Federal, é somente para decidir sobre a perda de graduação das praças quando esta constituir pena acessória de crime militar. 3. Procedente. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento" (STF - 2ª Turma - AGRAG - 286.636/MG - Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2000); [...]

Registra-se que a Constituição Federal, ao definir a competência penal da Justiça Militar dos Estados-Membros, delimitou o âmbito de incidência do seu exercício, impondo, para efeito de sua configuração, o concurso necessário de dois requisitos: um, de ordem objetiva (a prática de crime militar definido em lei), e outro, de natureza subjetiva (a qualificação do agente como policial militar ou como bombeiro militar). A competência constitucional da Justiça Militar Estadual, portanto, sendo de direito estrito, compreende, tão-somente, os integrantes da Polícia Militar ou de Corpo de Bombeiros Militar que hajam cometido delito de natureza militar. [...]

Assinale-se, para finalizar, que o Eg. Tribunal de Justiça Militar só tem competência para se pronunciar "sobre a perda do posto e da patente de oficial e da graduação de praça", quando se trata do julgamento de crime militar (CE, art. 111), até porque os crimes comuns praticados por policial militar são julgados, por óbvio, pela Justiça Comum. Portanto, o peticionário não tem razão, quanto à pretensa incompetência do Juízo Comum Estadual para a declaração da perda do cargo, bem como a interdição do exercício pelo dobro do período da condenação.

À luz do exposto, julga-se improcedente o pedido. (MINAS GERAIS, 2007)⁴⁸

Neste novo julgado do TJMG a seguir, trata-se de uma revisão criminal no qual o policial militar já condenado por decisão transitada em julgado como incurso nas sanções do art. 1º, §§ 2º e 5º, da Lei nº 9.455/97, quando servia na cidade de Paracatu/MG, pretendeu a revisão de sua condenação apenas no tocante à sua exclusão dos quadros da Polícia Militar Estadual, (§ 5º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97), ao argumento de que a mesma demandaria a instauração de procedimento próprio, nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, o que não foi feito, pelo que faria jus à sua reintegração. Eis a revisão Criminal nº 1.0000.08.475640-2/000:

⁴⁸<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=12&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=Tortura%20Perda%20da%20Fun%20E7%E3o%20Policia%20Militar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues

Data de Julgamento: 09/02/2009

Data da publicação da súmula: 17/04/2009

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE TORTURA. POLICIAL MILITAR. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. DISPENSABILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. PEDIDO QUE NÃO ATACA A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO PLEITO VIA REVISÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO. - A perda de função pública prevista no § 5º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97, é efeito automático da condenação, e não pena acessória, dispensando fundamentação específica ou processo autônomo. - Não possuindo o crime de tortura correspondência no Código Militar, é da competência da Justiça Comum a decretação da perda de cargo público. - Destinando-se a Revisão Criminal a atacar a condenação, e não seus efeitos, descabe o exame do pedido. (MINAS GERAIS, 2009)⁴⁹

Novamente seguindo, seguindo entendimento jurisprudencial acerca do tema, o Desembargador relator assim justifica o seu voto:

De se ver, em primeiro lugar, que o crime de tortura, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual, submetendo-se à competência da Justiça comum do Estado-membro.

Por outro lado, o processo penal pelo crime de tortura, de competência da Justiça comum, não guarda qualquer vínculo com o procedimento administrativo para declaração da perda da graduação ou do posto e patente dos militares estaduais, atribuição da Justiça militar estadual.

Consoante o disposto no artigo 1º, § 5º da Lei 9.435/97, que define o crime de tortura, "a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada".

A perda do cargo é, pois, consequência automática da condenação, posto que fundada diretamente na lei. A referida sanção não precisa, assim, vir expressa na sentença. Como assinala Guilherme de Souza Nucci, "basta a Administração, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, executar o ato de exclusão do servidor" ("Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", RT, 1ª ed., p. 743). (MINAS GERAIS, 2009)⁵⁰

Seguindo então seu embasamento jurídico, o Ilustríssimo Relator denega o pleito do recorrente, alegando ser desnecessária no caso do Crime de Tortura um processo autônomo para a decretar a perda da graduação, conforme se extrai:

Assim, sendo a perda do cargo público prevista na Lei de Tortura como efeito automático da condenação, que dispensa fundamentação específica, não há o que falar em processo autônomo, muito menos em incompetência da Justiça Comum para decretar a mesma.

E ainda, por se tratar de efeito da condenação, e não tendo o autor atacado a mesma, impossível o acatamento da pretensão, diante dos estreitos limites da revisão criminal, que não se presta para fins de declarar a inconstitucionalidade de dispositivo de lei, muito menos para mero reexame da decisão condenatória, se ausente prova nova ou erro técnico.

⁴⁹<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=16&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=Crime%20de%20Tortura%20e%20Perda%20da%20fun%20E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

⁵⁰<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=16&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=Crime%20de%20Tortura%20e%20Perda%20da%20fun%20E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

Do exposto, julgo improcedente o pedido revisional. (MINAS GERAIS, 2009)⁵¹

Por fim, dentre alguns julgados em todo o Brasil, destaca-se a seguir a apelação criminal n° 101672520008260019/TJSP no qual Humberto Alencar Ventura, entre outros, apela da decisão que o condenou à pena de um ano, onze meses e dez dias de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 1º, parágrafos 2º e 4º, da Lei n° 9.455/97, por quarenta e quatro vezes, c.c. o artigo 71 do Código Penal e como consequência a perda da sua patente de Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Eis o julgado sob o relato do Desembargador Walter da Silva:

Por seu turno, o recorrente Humberto, 1º Tenente da Polícia Militar, comandante dos policiais militares na ocasião, afirmou que os presos estavam nus, que permaneceu no pátio com sua guarnição e que o Diretor Éder estava presente em todo o momento durante o procedimento para o qual foi acionado (fls. 1599/1601). Sobre o tema, mostra-se oportuna a motivação expandida pelo culto magistrado sentenciante de primeiro grau, ao observar que as agressões foram assistidas e acobertadas pelo corréu Humberto. Este, no comando de sua tropa e com a situação já estabilizada, consentiu e deu cobertura à agressão e humilhação aos detentos, omitindo-se diante das condutas ilícitas perpetradas, quando lhe cumpria o dever legal de evitá-las. [...] Outrossim, especificamente quanto ao apelante Humberto, de rigor sua condenação pelo delito de tortura omissiva, diante da inequívoca comprovação da existência material do crime e sua omissão no dever de agir para impedir a sessão de tortura ali instalada.

Com subsídios tais, não há que se falar em desclassificação para o delito de abuso de autoridade, eis que presentes as elementares do crime de tortura, com a finalidade de aplicar castigo pessoal ou medida preventiva a indivíduos que estavam sob a guarda, poder e autoridade, submetendo-os a intenso sofrimento físico e mental. [...]

De outro lado, ao revés, a prova coligida é frágil para condenação dos policiais militares, visto que seus reconhecimentos ficaram prejudicados em virtude do fardamento utilizado, capacetes de choque com visores abaixados e por terem se postado atrás dos presos, o que impossibilitou aferir seguramente suas participações na empreitada criminoso. (SÃO PAULO, 2012)⁵²

Seguindo pois, o ilustre Desembargador assim define o seu voto quanto a perda da patente do oficial, ora recorrente:

Adequadamente fixado o regime inicial aberto ao corréu Humberto, condenado no crime omissivo do parágrafo 2º, por ser apenado com detenção, eis que em perfeita obediência aos critérios presentes nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal.

Para este corréu, devidamente concedida a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 78, parágrafos 1º e 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Repressivo. Por derradeiro, sabe-se que a Lei n. 9.455/97, em seu artigo 1º, parágrafo 5º, contém disposição expressa a respeito da perda do cargo público, representativa de efeito automático do próprio decreto condenatório.

A doutrina não destoa:

"O § 5º do art. 1º da Lei n. 9.455/97 estatui que a sentença condenatória, por tortura, desde que transitada em julgado. [...]"

⁵¹<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=16&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=Crime%20de%20Tortura%20e%20Perda%20da%20fun%20E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

⁵² <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185527/apelacao-apl-101672520008260019-sp-0010167-2520008260019-tjsp>

STF: “O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido que é permitida a decretação de perda do cargo ou função pública, no caso de condenação por crime de tortura (art. 1º, §5º, da Lei nº 9.455/97) (AI 748600 Ag R-MG, 2ª T., rel. Eros Grau, 23.06.2009, v.u.).

Incensurável, portanto, a respeitável decisão guerreada.

Ante o exposto, afastadas as preliminares arguidas, **NEGO PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS E AO APELO MINISTERIAL** para que subsista a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (SÃO PAULO, 2012)⁵³

Percebe, pois, pelos julgados acima, que o entendimento dos tribunais superiores bem como dos Tribunais de Justiça Estaduais segue em sentido de que seja desnecessário um processo autônomo ou específico de policiais militares nos Tribunais de Justiça Militar nos Estados em que os tenham e nos Tribunais de Justiça na ausência daqueles para que se perca o posto ou a graduação em virtude de condenação por crime de tortura, mesmo na modalidade omissiva, pois trata-se de um crime comum, não aplicável ao que prevê o art. 125, §4º da Constituição Federal.

⁵³ <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185527/apelacao-apl-101672520008260019-sp-0010167-2520008260019-tjsp>

9 Considerações Finais

Definir o crime apenas em seu conceito tripartite como uma conduta típica, ilícita e culpável, ao focá-lo apenas no campo jurídico, é negar a sua gênese social bem como das normas, entre elas, a Constituição Federal, assim como também é negar o direito como um produto do meio social.

A evolução histórica do tema, retratada no capítulo do 2 da presente pesquisa, revelou que o texto positivo da Lei 9455/97 foi resultado das forças e dos fatos sociais imperantes na sociedade naquela conjuntura histórica.

Cabe ao legislador, na formulação das normas, reunir nelas, de forma sistemática, esses valores sociais, pois estas leis só obterão eficácia se corresponderem de fato a tais valores.

A criminalidade violenta cresceu, de forma assustadora, nas últimas décadas, e o tema segurança pública passou a ser destaque na mídia e em reuniões sociais e políticas. Evidenciou-se, por meio de políticas de governo, uma cobrança gradual e incisiva das forças de segurança como estratégia de contenção dos índices criminais, exigindo delas um novo modelo de gestão calcado na definição de resultados a alcançar, por meio de uma gama de indicadores de desempenho e produtividade, com vista ao alcance das metas. Dessa forma, provocaram-se, nas organizações policiais, intensas transformações, pautadas na redefinição da missão que devem desempenhar, diante de um Estado Democrático de Direito, inserto na Constituição Federal de 1988.

A Polícia Militar, integrante das forças de segurança dos Estados da Federação e produto do meio social, assim como as leis, ao longo de sua trajetória, nas diversas épocas e contextos sociais, passaram por diversas transformações.

Houve tempos em que essa adequação ganhou um enfoque mais militar do que policial. Contemporânea e, especificamente, após a Constituição de 1988, a Instituição tem procurado alinhar os ensinamentos técnicos e voltá-los aos aspectos legais que envolvem o Estado Democrático de Direito, por meio de uma nova doutrina alicerçada nos princípios dos Direitos Humanos e da Polícia Comunitária.

Conforme visto no contexto histórico da Tortura, ela se constituiu, infelizmente, em uma prática social incorporada, de maneira muito sólida, na tradição cultural do país, na verdade, ela é um fenômeno que sempre existiu e, por algum tempo, foi até relevada pela sociedade.

Somente nas últimas décadas, com uma maior divulgação da mídia e dos órgãos ligados aos Direitos Humanos (Conselhos, Organizações não Governamentais, Entidades, Organizações Internacionais e Nacionais), as pessoas passaram a se preocupar mais com o assunto e a exigir, dos órgãos estatais, políticas que visassem a redução das práticas de violações dos direitos do indivíduo, dentre as principais cobranças, estão as relacionadas aos órgãos encarregados pela segurança pública.

No meio policial, a tortura já foi muito utilizada como forma corriqueira e normal de se obter a confissão dos acusados (tortura probatória), sendo considerada inclusive, um dos métodos mais eficazes para conseguir produzir provas.

O Estado, por sua vez, também tolerou condutas violentas por parte dos policiais. Em meio a esse resquício do período ditatorial e num clima de elevação da criminalidade e desrespeito aos direitos humanos, em várias áreas da sociedade, é que muitos militares foram formados e treinados (frutos que são da própria sociedade). Percebe-se que alguns desses policiais ainda possuem comportamentos que destoam aos ideais do Estado Democrático de Direito.

Mesmo após a incorporação da Lei 9455, em 7 de abril de 1997, o ordenamento jurídico brasileiro, que tipifica o crime de tortura, traz, em seu bojo, consequências danosas para os policiais militares condenados, tais como a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, não há como negar que a tortura continua a ser praticada, contudo há uma tendência das instituições públicas e organizações não-governamentais de direitos humanos nacionais e internacionais, bem como pelos veículos de imprensa de se classificar como tortura todo tipo de ação policial com emprego de uso da força.

Assim, o policial, na sua lida diária, encontra-se diante de um dilema quase ambíguo, entre cumprir com eficácia as metas estipuladas pelo comando, a pressão do governo dos estados e, principalmente, a exigência da própria sociedade, na prevenção da criminalidade, na redução dos índices criminais e proteger, assim, a sociedade; e, por outro lado, pautar a sua conduta para não incorrer às duras penas do crime de tortura. Ora, é sabido que, o policial militar, pelo simples exercício de suas atividades constitucionais de preservação da ordem pública e promoção da paz social, está sujeito a procedimentos diversos.

Exemplificando: o policial militar, em rádio patrulhamento noturno, sob condições pouco amistosas, que usar de força física para dominar indivíduo foragido, de corpo avantajado, vindo a causar-lhe, em decorrência da quebra de resistência, lesões corporais de natureza grave, pode vir a ter a perda do cargo público decretada na justiça comum (que desconhece seu *modus operandi*), via procedimento sumaríssimo, por infringência ao Art. 3º, alínea "i" (atentado à incolumidade física

do indivíduo) da Lei n.º 4.898/65 ou Art. 1º, Inc. I (constranger alguém com emprego de violência, causando-lhe sofrimento físico) da Lei n.º 9.455/97, Imagine-se a insegurança que essa possibilidade (para não citar inúmeros exemplos) causa nos militares quando do policiamento preventivo e ostensivo! (FANTACELE, 2004, p.1)⁵⁴

Como visto da definição do conceito de tortura, questiona-se se, com o advento da Lei 9455, ter-se-ia findado o problema da falta de uma definição pormenorizada e limitativa das condutas que consistem no crime de tortura, satisfazendo-se o Princípio da Legalidade e permitindo tanto aos operadores do direito, quanto à população, a tão almejada segurança jurídica⁵⁵ na esfera penal.

Essa deficiência ocorre devido ao fato da Lei de Tortura não proceder a uma descrição segura e imperativa, do que seja tortura, de modo a evitar que tal conceito fique ao subjetivismo das pessoas, mesmo, em tese, procurado defini-la por intermédio do seu art. 1º, pois nas condutas aí descritas, verifica-se a possibilidade de se enquadrar tortura em uma infinidade de ações, cuja configuração, será feita, ou não, de acordo com o critério subjetivo do julgador.

Por exemplo, submeter uma pessoa a uma sessão de espancamentos com "toalha molhada" e —afogamentos para obter uma confissão, certamente teria abrigo na moldura do art. 1º, I, "a", da Lei 9455. Quem negaria que isso se configuraria em crime de tortura? Há o constrangimento, emprego de violência e aflição física, bem como a satisfação do elemento pessoal consistente no desejo do autor em obter uma confissão da vítima. Por outro lado, quando um Policial Militar desfere um soco no estômago da vítima sem um fim específico de confissão sobre a sua participação em um furto, a conduta também apresenta conformação ao tipo penal, tanto quanto a primeira, apresentando todos os elementos necessários para tipificação como crime de tortura: *há o constrangimento, o emprego de violência, a aflição física e até o elemento pessoal de se obter a declaração da vítima*. Há adequação típica à figura do art. 1º, inciso I, alínea "a", da Lei 9455, de 1997, mas existe mesmo o crime de tortura? Ou seria mais apropriada sua tipificação como crime de Abuso de Autoridade, previsto na alínea "i" do artigo 3º, e na alínea "b" do artigo 4º, ambos da Lei 4898, de 1965? Distinguir entre um suposto ajustamento formal e outro material à lei não suprime o fato de

⁵⁴ <http://jus.com.br/artigos/6362/aplicabilidade-da-pena-de-perda-do-cargo-publico-na-justica-comum-ao-policia-militar>

⁵⁵ a segurança jurídica é composta pelos seguintes elementos formais integradores: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais etc. (MARTINS, 2011)

que a norma puramente não é capaz de distinguir ou determinar com segurança as condutas por ela abrangidas.

A doutrina, por sua vez, conforme retratado nessa revisão bibliográfica, não deixou passar em branco as lacunas e as faltas de técnica da Lei 9.455, de 1997, especialmente no que tange à deficiente demarcação da conduta típica do crime de tortura.

Com a devida vênia ao legislador ordinário, a linguagem da norma é correta, mas não possibilita ao intérprete um conhecimento seguro daquilo que se pretende abranger.

Dentro dos objetivos traçados por esta pesquisa, buscou-se verificar, sob o enfoque constitucional, acerca da perda do posto por parte dos oficiais, e da graduação das praças da Polícia Militar. Dessa forma, inicialmente, foi necessário traçar as competências das justiças Comum e Militar, estando tais competências definidas no art. 125 da Constituição Federal e complementarmente no art. 190 da Lei de Organização Judiciária (Lei Complementar nº 59, de 18/01/2001).

Conforme visto no art. 125, §3º, a Constituição Federal permite aos Estados da Federação a criação, de forma facultativa, da Justiça Militar Estadual, naqueles Estados em que o efetivo militar estadual for superior ao de vinte mil integrantes. Atualmente, somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem auditorias e tribunais de Justiça Militar. Nos demais Estados da Federação, policiais e bombeiros militares são julgados no Tribunal de Justiça Comum por cometimento de delitos militares.

Caminhando no mesmo sentido, ficou estabelecido que o conceito de crime militar ainda é o da doutrina, porém conforme já visto no capítulos 4 e 5 do presente trabalho, encontra-se tal previsão inicialmente em cinco momentos da Constituição Federal: no artigo 5º, inciso LXI, ao estabelecer uma forma especial de prisão para os crimes propriamente militares; no artigo 124, quando da definição da competência da Justiça Militar da União; no artigo 125, § 4º, quando estabelece a competência da Justiça Militar Estadual; no artigo 144, § 4º, ao excluir das atribuições de polícia judiciária da Polícia Civil a apuração das infrações penais de natureza militar e, por fim, nos arts. 9º e 10º do Código Penal Militar.

Cumprindo, segundo objetivo específico proposto dessa pesquisa de contextualizar a previsão da perda automática da função prevista no §5º do art. 1º da Lei 9455/97 em virtude do que prevê o Código Repressivo Comum no seu art. 92 acerca do efeito específico da condenação, ou seja a pena acessória, observa-se que nesta, ao contrário daquela, tal decisão, a da perda do cargo, da função pública, do mandato eletivo, do pátrio poder ou da habilitação para dirigir necessita de expressa motivação na sentença condenatória. Dessa forma, constata-se que a previsão de perda automática da função ou emprego público em virtude de

condenação por crime de tortura é única entre todas as legislações penais e processuais esparsas existentes no Brasil, o que merece cautela especial por parte dos encarregados da aplicação da lei, entre esses, mister se faz, ao policial militar.

O policial-militar, na execução da sua missão constitucional de garantidor da ordem pública, possui características peculiares, é um servidor diferenciado que possui uma Justiça especializada para processá-lo, julgá-lo e condená-lo, nos casos previstos em lei, já tratados, e, ainda, por intermédio de processo próprio de perda de posto e patente, no caso dos Oficiais e, no caso das Praças, perda da graduação, para a sua exclusão das fileiras da corporação nos casos cabíveis.

No art. 98 do Código Penal Militar, estão elencadas as penas acessórias para os militares, sendo importante frisar que os incisos I, II, III e IV podem acarretar a perda da função. Especificamente os incisos I, II, III referem-se aos oficiais e o inciso IV às praças. Mister se faz ao previsto inciso IV que embora faça previsão expressa de exclusão automática da praça em caso de condenação por pena privativa de liberdade superior a dois anos, tal previsão encontra-se mitigada pelo disposto no art. 125, §4º, mais especificamente a última parte, como também no art. 142 §3º, incisos VI e VII da Carta Magna, no qual são assegurados aos oficiais e praças a garantia do devido processo legal para a perda do posto, da patente e da graduação, não estabelecendo, por outro lado, de forma expressa que tais processos de perda da função somente sejam aplicáveis a eventuais práticas de crime militar.

Tais processos, classificados como Conselho de Justificação para perda do posto e da patente do Oficial, Declaração para Indignidade para o Oficialato bem como Declaração para Perda da Graduação da Praça, seguem rito próprio conforme preveem os Regimentos Internos do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, no qual observam não somente o crime em si cometido que resultou na condenação do militar seja por crime comum ou por crime militar, mas também é avaliada toda a carreira do condenado para se decretar a perda da função policial militar.

Da mesma forma que os demais objetivos específicos desta pesquisa, verifica-se que foi encontrado na doutrina discussão dividida quanto a possibilidade de aplicação de *sursis* processual, ou seja, suspensão condicional do processo ao processado na figura prevista no art. 1º, §2º da Lei 9455/97. Embora tanto a doutrina constitucionalista quanto a penalista critiquem severamente a brandura da pena quando do cometimento da pena prevista de tortura-omissão ao prever reprimenda de detenção de 1 a 4 anos, pois o art. 5º, inc. XLIII da

Constituição Federal não fez distinção entre aquele que age na forma comissiva, quanto aquele que age na forma omissiva e tal disposto importa em obediência a convenções internacionais, a doutrina se divide quanto à aplicação de suspensão condicional do processo especificamente à pena prevista. Conforme defendido por Nucci (2010), embora entender também tal disposto de detenção de 1 a 4 anos seja desproporcional, importa, por outro lado, em benefícios tais como suspensão condicional do processo, substituição da pena restritiva da liberdade por restritiva de direitos como também *sursis* da pena, sendo esta última já aplicada pelos tribunais pátrios conforme jurisprudência citada na seção 8.1.

Dentro do que propôs a presente pesquisa, embora o texto constitucional do art. 125, §4º, última parte, não seja muito claro ao definir qual **tribunal competente** seria para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, como muito bem observa o Juiz Militar Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, o art. 142, §3º, incs. VI e VII não delimita, por outro lado, a competência Tribunal de Justiça Militar de somente julgar a perda do posto dos oficiais e da graduação das praças, quando se referir a prática de crimes militares definidos em lei.

Seguindo esse entendimento, a doutrina se divide quanto à aplicação da pena acessória do crime de tortura a policiais militares em virtude de cometimento de crime de tortura, pois enquanto Paulo Tadeu Rosa, Jorge César de Assis e os autores Marcellus Polastri Lima e Sheila Bierrenbach vedam tal aplicação aos policiais militares, o doutrinador renomado em Direito Penal, Guilherme de Souza Nucci, entende que a sentença de condenação já é o suficiente para que a administração militar exclua tanto o oficial quanto o praça por cometimento de crime de tortura.

Apesar da clareza do texto constitucional, conforme cumprido o último objetivo específico da pesquisa, ou seja, de trazer discussões jurídicas a respeito do tema dos tribunais superiores e de tribunais de justiça estaduais comuns, verificou-se que há uma corrente de unicidade de que o previsto no art. 1º, §5º da Lei 9455/97, a perda automática da função, pode ser decretada pela Justiça Comum a policiais militares condenados por qualquer uma das modalidades da tortura, uma vez que se trata de crime comum e a previsão do art. 125, §4º só se aplica a crimes militares

Embora ainda não exista uma súmula a respeito de efeito *erga omnis*, por ter o Supremo Tribunal Federal já se pronunciado a respeito, por ser o guardião da Constituição Federal, não há como confirmar a hipótese traçada no início dessa pesquisa de que a previsão de perda automática da função para policiais militares em virtude de crime de tortura seja inconstitucional, especificamente quando o comete as modalidades de tortura trazidas no art.

1º, incs. I, II e nos §§2º e 3º da Lei 9455/97, ou seja, tortura-prova, tortura como crime-meio, tortura racial ou discriminatória, tortura-pena ou castigo.

Além do mais, embora existente o questionamento quanto ao encaminhamento dos autos do processo do policial militar condenado por crime de tortura para a Justiça Militar para análise de perda do posto e da graduação de forma específica e de forma diversa daquela do cometimento do crime comum, conforme trazido no capítulo 2 desse trabalho, tal previsão não possui guarida nas convenções internacionais a que o Brasil ratificou, entre elas, a Convenção Sobre a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, por se referir aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, tornaram-se mandamentos constitucionais pétreos. Conforme visto no texto das citadas convenções, elas consideram o Estado o principal responsável para evitar que seus agentes cometam a tortura, devendo expurgar os maus de suas funções sem fazer distinção se são agentes públicos civis ou militares.

Ora, em que pese ser árdua e complexa a atividade exercida pelo policial militar, dentro da contextualização apresentada, não se reveste, tal assertiva, como justificativa para o cometimento de crime de tortura, pois não há mais espaço, no país, tanto em âmbito jurídico quanto social, para sua prática, ainda mais por quem é responsável em cumprir a lei, proteger e promover os direitos humanos.

É válido ressaltar, ainda, que o militar, ao insistir nesses desvios, demonstra amadorismo, contribui para que a imagem institucional seja maculada, e, diante da possibilidade real de condenação, perderá o cargo ou função pública que exerce e que depende dela para o sustento próprio e, muitas das vezes, de todos os membros de sua família.

Embora esgotada a discussão constitucional do tema que, em nenhum momento desejou ser corporativista, mas, na verdade, científica, faz-se necessária uma ressalva quanto à aplicação da perda automática da função quando se tratar da figura da tortura-omissão, prevista no art. 1º, §2º da Lei 9455/97.

Verificou-se, ao longo da discussão, uma desproporcionalidade da aplicação da pena prevista no §5º da Lei 9.455/97 àqueles que se enquadrarem no §2º, ou seja, praticarem o delito através da omissão, principalmente, se a configuração se der através da não apuração, até porque a pena aplicada é de detenção. As condenações por omissão têm pena de detenção de um a quatro anos, e os militares poderão perder suas funções nas condenações com pena privativa de liberdade superior a dois anos.

Embora demonstradas diversas críticas quanto a brandura da pena na previsão de tortura-omissão, trazida pela Lei 9455/97, em contradição ao que prevê o art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal, devendo a pena não fazer distinção aos omissos, como tal modalidade prevê pena mínima de detenção abaixo de dois anos, aqueles que entendem ser a perda função, automática, também encontrarão vedação no mesmo texto constitucional, art. 142, §3º, incisos VI e VII da Constituição Federal.

Há de se ressaltar que, dentro de um ambiente totalmente hierarquizado, é difícil para um subordinado, presente no local do crime, evitar o cometimento de tortura praticado por um superior hierárquico, bem como é difícil a um superior, por sua vez, chegar ao local do fato, logo após, e ser ver compelido a tomar providências sem possuir, naquele primeiro momento, evidências se de fato foi cometido crime de tortura, o que pode incorrer aquele em crime de Abuso de Autoridade, levando ao cárcere, de forma injusta, alguém, que por ventura, não tenha cometido o delito, apesar de uma falsa impressão de flagrante.

Além do mais, a pena de detenção de mínimo de um ano importa em condições de o promotor oferecer ao réu, no curso da ação penal, a substituição condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 e, sendo aplicado tal benefício, não há o que se falar em pena e, se não houve pena, não se pode tirar do réu a sua função pública como efeito acessório automático.

Conclui-se, então, que esta pesquisa atingiu todos os objetivos inicialmente propostos, ao estudar a constitucionalidade da aplicação da perda da função pública dos policiais militares condenados pela Lei 9.455/97 (lei de tortura), confirmando-se ser constitucional a previsão da perda automática da função nessa condição, sem necessidade de novo julgamento por parte da Justiça Militar, ressalvadas quanto o cometimento da tortura por omissão por ser desproporcional e desarrazoada a aplicação pena acessória frente ao *quantum* de pena previsto nesta modalidade.

Referências

- ARAÚJO, Guilherme Corrêa de. **O tipo penal do § 2º, do art. 1º, da Lei. 9.455/97 (Tortura)**. 2011. 31 f. Artigo Científico. (Curso de Pós Graduação) Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- ASSIS, Jorge de. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2004. 340 p. v. 1
- _____. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Especial**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2004. 462 p. v.2
- _____. **A condenação pelo crime de tortura e a perda da função pública do militar estadual**. 7p. São Paulo: 2005 Disponível em:<
<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/condena%C3%A7%C3%A3o-pelo-crime-de-tortura-e-perda-da-fun%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-do-militar-estadual> > Acesso: em 12 ago. 2012.
- AZEVEDO, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista JUS navigandi**, p. 1-4, dez 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/6479/o-direito-real-de-superficie-e-o-seu-reingresso-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 11 nov. 2012.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Tortura. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. São Paulo: Editora Bauru, n. 18, p. 235-246, ago./nov. 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/20398>> Acesso em: 05 maio 2013.
- BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. **Comentários à Lei de Tortura: Aspectos Penais e Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.006. 232 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 05 de outubro de 1988. In:_____. **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 3-119.
- _____. **Constituição do Império**. Rio de Janeiro: 22 de abril de 1824 *apud* ASSIS, Jorge de. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2004. 340 p. v. 1.
- _____. **Lei 9.455/97**. Institui a Lei de Tortura. Brasília: 07 de abril de 1.997. In:_____. **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 1198-1199.
- _____. **Decreto-lei nº 40/90**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília: 15 de fevereiro de 1991. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>Acesso em: 15 maio 2013.
- _____. **Decreto-lei nº 2.848/40**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro: 7 de dezembro de 1940. In:_____. **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 331-377.
- _____. **Decreto-lei nº 1.001/69**. Institui o Código Penal Militar. Brasília: 21 de outubro de 1969. In:_____. **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 437-474.

_____. **Decreto-lei nº 1.001/69**. Institui o Código de Processo Penal Militar. Brasília: 21 de outubro de 1969. In:_____. **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 477-535.

_____. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: 23 de maio de 1991. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1489/1754>> Acesso em: 20 ago.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 70.389-5 – São Paulo**. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 11 de janeiro de 1995. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas70389.htm>> Acesso em: 15 maio 13.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 358961/Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 20 ago. 13.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 217781/Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, Brasília, DF, 30 de junho de 2004. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 20 ago. 13.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92181-7 - Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa**. Brasília, DF, 03 de junho de 2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086864&base=baseAcordaos>> Acesso em: 12 ago.12.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas-Corpus nº 104751 – Minas Gerais**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Brasília, DF, 18 de outubro de 2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086864&base=baseAcordaos>> Acesso em: 09 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 47846- Minas Gerais**. Relator: Ministro Ogg Fernandes. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2009. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28Tortura%29+E+%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>> Acesso em: 12 ago.12.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 57293- Minas Gerais**. Relator: Ministro Ogg Fernandes. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2009. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28Tortura%29+E+%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>> Acesso em: 12 ago.12

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sumula 90. S3 Terceira Seção. Brasília: **DJ de 26 de outubro de 1993**. Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0090.htm> Acesso em: 12 ago. 12.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 172. S 3 Terceira Seção. Brasília: DJ de 31 de junho de 1996. p. 42124. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sUMULA+172&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 12 ago. 12.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista JUS navigandi**, p. 1-4, Teresina: n. 1789, 25 mai 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11304/a-definicao-do-crime-de-tortura-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>>. Acesso em: 23 abril 2013.

CARNEIRO, Daniela. **Crime de Tortura Praticado por Policial Militar no Exercício da Função Pública**. 2010. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Ciências Jurídicas) Universidade Tuiuti do Paraná – Curitiba/PR, 2010. Disponível em:
<<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/CRIME-DE-TORTURA-PRATICADO-POR-POLICIAL-MILITAR-NO-EXERCICIO-DA-FUNCAO-PUBLICA.pdf>> Acesso em: 30 jan. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 252 p. *apud* TEIXEIRA, Flávio Camelo. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2.004. 193 p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica**. Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2.008. 591 p.

FERES, Josan Mendes. **Comentários ao Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais – EMEMG (Lei n. 5.301 de 1969)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 284p.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 592 p.

GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 12.ed. São Paulo: Rideel, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Org). Constituição federal, código penal, código de processo penal: mini códigos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999. *apud* RESENDE, Moisés da Fonseca. **A Competência para a Decretação da Perda do Posto ou da Graduação do Militar Estadual de Minas Gerais condenado pelo Crime de Tortura**. 2006. 2006. 206f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/MG, 2006.

_____. Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 259p. *apud* TEIXEIRA, Flávio Camelo. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2.004. 193 p.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 592 p. v. 5.

LAZZARINI, Álvaro. Abuso de poder x poder de Polícia. **O Alferes**, Academia de Polícia Militar, vol. 13, nº 45, Belo Horizonte, abril/junho de 1997 *apud* RESENDE, Moisés da Fonseca. **A Competência para a Decretação da Perda do Posto ou da Graduação do Militar Estadual de Minas Gerais condenado pelo Crime de Tortura**. 2006. 206f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/MG, 2006.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar**. Aspectos atuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3852>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008 *apud* ARAÚJO, Guilherme Corrêa de. **O tipo penal do § 2º, do art. 1º, da Lei. 9.455/97 (Tortura)**. 2011. 31 f. Artigo Científico. (Curso de Pós Graduação) Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989**. 14. ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2012. 276 p. Disponível em:< <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Lei nº 5.301**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: 16 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=5301&comp=&ano=1969&texto=consolidado#texto>> Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Lei Complementar nº 59**. Lei da Organização e Divisão Judiciárias. Belo Horizonte: 18 de Janeiro de 2001. Disponível em:< <http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/lei-de-organizacao-judiciaria/#.UknY6j9CNZQ>> Acesso em: 28 ago. 2013.

_____. **Resolução nº 64**. Regimento Interno da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: 25 de outubro de 2007. Disponível em:< <http://www.tjm.mg.gov.br/images/stories/downloads/regimento-interno-2013.pdf>> Acesso em: 23jul.2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Embargos de declaração. Crime de Tortura. Processo n. 1.0093.02.000815-2/002(1)**. Relator: Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, acórdão de 15 de dezembro 2005. Disponível em:<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=Crime+de+Tortura+e+Perda+da+fun%E7%E3o&numeroRegistro=1&totalLinha=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>> Acesso em: 09 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Revisão Criminal n. 1.0000.06.440098-9/000 - Comarca De Cambuquira/Minas Gerais**. Relator: Exmo. Sr. Des. Hyarco Immesi. Belo

Horizonte: 12 de novembro de 2007. Disponível em:<
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=12&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=Tortura%20Perda%20da%20Fun%E7%E3o%20Policial%20Militar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 ago. 12.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Revisão Criminal n. 1.0000.08.475640-2/000 - Comarca De Paracatu/Minas Gerais**. Relator: Exmo. Sr. Des. Herculano Rodrigues. Belo Horizonte: 09 de fevereiro de 2009. Disponível em:<
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=12&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=Tortura%20Perda%20da%20Fun%E7%E3o%20Policial%20Militar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 12 ago. 12.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Crimes Hediondos (Breve análise crítica). **Revista Jurídica do Ministério Público**. Belo Horizonte: n. 13, p. 48, 1992, v.13.

_____. Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2005, 510 p., v. 2.

_____. Júlio Fabbrini. Tortura: notas sobre a Lei n. 9455-97. **Revista Jurídica dos Tribunais**. São Paulo: v.746, p. 476-782, dez.1997.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2002. *apud* RESENDE, Moisés da Fonseca. **A Competência para a Decretação da Perda do Posto ou da Graduação do Militar Estadual de Minas Gerais condenado pelo Crime de Tortura**. 2006. 206f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/MG, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Kiko. Matador criado. **Revista Veja**, São Paulo, v. 1490, n. 14, ano 30, p. 22-27, abr. 1997. Disponível em:< <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>> Acesso em: 25 maio. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.010. 1323 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.010. 1312 p.

OLIVEIRA, Rosy Mara. **Manual para Apresentação de Trabalhos Científicos: Tcc's, Monografias, Dissertações e Teses**. Barbacena: Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2013. Disponível em:

<http://www.unipac.br/bb/guias/manual_de_normalizacao2013.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. **Roteiro para elaboração de projeto de pesquisa.** Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2013. Disponível em: <http://www.unipac.br/bb/guias/roteiro_elaboracao_pesquisa2013.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 5.ed., revisada e atualizada. São Paulo: Editora Método, 2010, 1053p.

RAMOS, Elizângela Aldrin Cota. **Reflexos Da Lei 9455/97 (Lei De Tortura) na Atuação Operacional Dos Policiais Militares Lotados Na Primeira Região De Polícia Militar.** 2011. 207f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/MG, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Tipificação da Tortura. **Informe TRF – 1ª Região, Brasília, Enfoque Jurídico**, p. 17, abr./maio. 1997 *apud* TEIXEIRA, Flávio Camelo. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2.004. 193 p.

RESENDE, Moisés da Fonseca. **A Competência para a Decretação da Perda do Posto ou da Graduação do Militar Estadual de Minas Gerais condenado pelo Crime de Tortura.** 2006. 206f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/MG, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: 01 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tjmrs.jus.br/consultas/outros/riTJMRS.pdf>> Acesso em: 23jul. 2013.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Código Penal Militar Comentado: Artigo por Artigo – Parte Geral.** 2.ed. Belo Horizonte: Líder, 2011. 320 p. v.1.

_____. **Código Penal Militar Comentado: Artigo por Artigo – Parte Especial.** Belo Horizonte: Líder, 2011. 480 p. v.2.

_____. Perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. **Revista JUS navigandi**, jul 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7796/perda-do-posto-e-da-patente-dos-oficiais-e-da-graduacao-das-pracas>> Acesso em: 12 ago. 2012.

SÃO PAULO. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.** São Paulo: 01 de janeiro de 2010. Disponível em:< http://www.tjm-sp.jus.br/tjmreg/regtjm_a.pdf> Acesso em: 23jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação criminal n. 101672520008260019 e 0010167-25.2000.8.26.0019. Relator: Walter da Silva. São Paulo, SP, 14ª Câmara de Direito Criminal, 02 de fevereiro de 2012. Disponível em:< <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21185527/apelacao-apl-101672520008260019-sp-0010167-2520008260019-tjsp>> Acesso em: 04 abr. 2013.

SOARES, Gilmar Cap. **Denúncias contra policiais militares registradas na ouvidoria da polícia por prática de tortura: análise crítica.** 2004. 70f. Monografia. (Curso de Especialização em Segurança Pública) Centro de Pesquisa e Pós Graduação – Academia de Polícia Militar e Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues; **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Editora *JusPodivm*, 2010. 1136p.

TAVARES, Juarez. A delimitação da autoria do no crime de tortura. **Informe TRF – 1ª** Região Enfoque Jurídico, n. 6, p. 7-9, abr./maio 1997 *apud* TEIXEIRA, Flávio Camelo. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2.004. 193 p.

TEIXEIRA, Flávio Camelo. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2.004. 193 p.

TEIXEIRA, Sílvio Martins. **Código Penal Militar.** São Paulo: Freitas Bastos, 1946 *apud* ASSIS, Jorge de. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral.** 4.ed. Curitiba: Juruá, 2004. 340 p. v. 1.

TOLEDO, Francisco Assis. Sobre o Crime de Tortura na recente Lei 9.455/97. **Justiça Penal 5: Tortura, Crime Militar, Habeas Corpus.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5, n. 1, p. 9-17, 1997.

VASCONCELOS, Renato Nunes de. **Condenação criminal na Justiça Comum e seus reflexos na esfera administrativa da Polícia Militar de Alagoas: “Perda do cargo e da função publica”.** 2005. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Ciências Jurídicas) Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió/Al, 2005. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/index.php?s=procura>> Acesso em: 11 nov. 2012.

VIDAL, Fredson da Silva. **A segurança jurídica do policial militar face à Aplicação da súmula 90 do STJ: análise crítica.** 2011. 114f. Monografia (Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais) Centro de Ensino e Graduação - Academia de Polícia Militar, Belo Horizonte, 2011.