

Revisão criminal fulcrada no artigo 621, I do Código Penal, pretendendo a anulação da decisão condenatória trânsita em julgado e, subsidiariamente, a modificação da reprimenda aplicada, com fixação da pena-base no mínimo legal, o decotamento da agravante genérica do artigo 61, "g" (2ª figura) do CP, bem como da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97 - Nulidade rechaçada - Bis in idem configurado na aplicação conjunta da causa especial de aumento de pena da lei de tortura e da agravante genérica, eis que baseadas na condição pessoal de funcionário público - Procedência parcial do pleito revisional para adequar a pena, extirpando-se a agravante.

Revisão Criminal nº 0011512-29.2010.8.19.0000¹

SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA / RJ

1ª Procuradoria de Justiça

Relatora: DES. NILZA BITTAR

Requerente: JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO

Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2º GRAU

1- O ora Requerente restou condenado, pela r. sentença prolatada, às fls. 1110/1124 dos autos originais em apenso (Volume VI), pelo Dr. Carlos Elias

1. **OBS:** Julgada em 8/09/2010, o C. Órgão Julgador, por unanimidade, acolheu o parecer ministerial, integrando-o, na forma regimental, no v. acórdão.

S. Gonçalves (MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Fidélis), à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção, por infringência ao artigo 1º, §2º c/c § 4º, I da Lei nº 9455/97, afora a perda do cargo e interdição para seu exercício, pelo prazo fixado. A condenação foi confirmada, à unanimidade, por acórdão proveniente da E. 8ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (fls. 1176/1181 - Volume VII do apenso), que declarou o regime de cumprimento da pena como sendo o inicialmente aberto, transitando em julgado conforme certidão de fls. 135, dos autos em apenso referentes ao Agravo de Instrumento ao STJ, datada de 26/08/2008.

2- Súplica apresentada por advogado constituído conforme procuração de fl. 09, nos termos do petítório inicial de fls. 02/08, em que pretende, na crença de ser a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal (art. 621, I do CP), a anulação do processo por cerceamento de defesa, configurado, conforme fundamenta, na falta de oitiva das testemunhas arroladas pelo ora Requerente em sua Defesa Prévia, e ainda, pela ausência de sua intimação após a juntada do procedimento administrativo disciplinar havido em seu desfavor e vindo aos autos por requerimento do Ministério Público. Ademais, requer a redução da pena ao mínimo legal, tendo por favoráveis as circunstâncias judiciais, a desautorizar a majoração da pena-base, e ainda, buscando a extirpação do alegado *bis in idem* referente à incidência da agravante genérica do art. 61, "g" (2ª figura) do CP, e ainda, da causa de especial de aumento de pena prevista no art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97, ambas baseadas - segundo sustenta - na função pública exercida pelo ora Requerente. Em conseqüência, ressalta o Requerente que a redução do *quantum* apenatório resultará em prescrição da pretensão punitiva, requerendo, por tal razão, o reconhecimento da extinção da punibilidade. Com base em tais fundamentos, pleiteia a concessão de "liminar", a fim de que sejam suspensos os efeitos da condenação e determinado o recolhimento do mandado de prisão, enquanto pendente de julgamento a presente Revisão Criminal.

3- Cuida-se, no presente caso, de crime de tortura, praticada na modalidade omissiva, por agente público (art. 1º, § 2º e § 4º, I da Lei nº 9455/97), conforme narra a denúncia a que nos reportamos.

4- Alega o Requerente que a decisão transitada em julgado é contrária à lei penal (art. 621, I do CPP). Como se sabe, sentença condenatória contrária ao texto legal é a decisão que nega sua existência, ou seja, não foi proferida conforme o que a lei estabelece, mas a contrariedade ao direito em tese há de ser frontal e inequívoca, pois, de conformidade com o entendimento pretoriano e doutrinário específicos em sede revisional, não infringe o texto expresso a interpretação razoável, ainda que controvertida, dos tribunais ou a adoção de certa linha exegética sobre a matéria.

5- Não vislumbramos, *data maxima venia*, a configuração, *in casu*, de qualquer contrariedade à lei penal. De imediato, devem ser repelidas as supostas nulidades, senão vejamos: a) quanto às testemunhas arroladas na Defesa Preliminar (fl. 391/

392), quedou-se o ora Requerente inerte quando, regularmente intimado, através de seu patrono, a manifestar-se acerca da oitiva ou não das testemunhas arroladas (vide despacho de fl. 657 e publicação de fl. 659), nada requereu, segundo atesta a certidão cartorária exarada à fl. 660 (volume IV dos autos originais), não podendo, agora, falar em cerceamento defensivo; b) quanto ao suposto cerceamento de defesa por ausência de intimação após a vinda aos autos de cópia do procedimento administrativo disciplinar a que respondeu, verifica-se que inexistiu qualquer surpresa ao exercício de sua defesa, já que, após a juntada dos referidos documentos, a patrona do Requerente teve vista dos autos para a formulação das Alegações Finais (fls. 1081/1108), tendo, por consequência, oportunidade de analisar o integral conteúdo do processo e manifestar-se acerca da prova documental acrescida aos autos. Em ambos os casos, há de se destacar, ainda, que não houve comprovação do suposto prejuízo havido à Defesa, o que igualmente inviabilizaria a pretendida anulação, dado a preclusão consumativa. Neste sentido, remansosa a jurisprudência, como ilustram os julgados a seguir colacionados e por nós negritos:

HC 102741/RS - Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
- STJ - 6ª Turma - Data de Julgamento 27/10/2009 - DJe 16/11/2009

HABEAS CORPUS. ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA REQUERIDA NA FASE DO ART. 499 DO CPP. SENTENÇA DEFINITIVA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO CURSO DO PROCESSO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EVIDENTE ERRO DE CÁLCULO NA DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA DE MULTA. SANÇÃO CORPORAL. PROPORCIONALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE

CONCEDIDA.

1. Não há como reconhecer a apontada nulidade, decorrente do indeferimento da oitiva de testemunha requerida na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, se a defesa não alegou em qualquer momento no curso do processo, seja nas alegações finais, nas razões da apelação ou nos embargos de declaração, operando-se a preclusão. Não se revela possível, mais de um ano depois do trânsito em julgado do decreto condenatório, examinar o apontado vício, que possui natureza relativa.

2. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão que indeferiu a produção da prova oral se a defesa conformou-se com o encerramento da instrução criminal e, na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, limitou-se a requerer a oitiva da testemunha, da qual já tinha conhecimento anteriormente, sem indicar qualquer motivo para o pedido, deixando de demonstrar a necessidade da produção da

prova naquele momento processual.

(...)

6. Habeas corpus parcialmente concedido apenas para, corrigindo erro material, estabelecer a pena do paciente em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, (...), mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

TJRJ 0000194-59.2009.8.19.0202 (2009.050.07590) - APELACAO - DES. RICARDO BUSTAMANTE - Julgamento: 11/03/2010 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL

ROUBO. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUTORIA. PROVA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO. PRESCINDIBILIDADE. PENA. REINCIDÊNCIA. Se a parte deixar de indicar as nulidades que entenda existir no processo até as alegações finais, opera-se a preclusão nos termos do artigo 571, II do CPP. No caso concreto, além de não ter arguido na audiência que o rito do artigo 222 não estava sendo respeitado, a defesa deixou de fazê-lo também nas últimas razões, e também **não provou o prejuízo que disso poderia decorrer, conforme preceitua o artigo 563 do mesmo diploma legal.** Resta comprovada a autoria se a narrativa da vítima, afirmando que fora ameaçada pelo acusado com uma faca, em depoimento seguro e consistente não foi afetado pela prova produzida pelo acusado, inclusive depoimento de testemunha, cuja narrativa não se sustenta por estar completamente divorciado da realidade dos autos. A apreensão e perícia da arma são dispensáveis para caracterizar a majorante do roubo, pois o seu uso é fato transitório que pode ser provado por outros meios idôneos. Precedentes deste tribunal, do STJ e STF. Estando a resposta penal devidamente fundamentada, nada há que reparar nesse capítulo.

6 - Prosseguindo na análise dos temas trazidos à baila nesta Revisão Criminal, observamos que o Requerente pretende também a correção da dosimetria penal, eis que sustenta ter havido "bis in idem" na aplicação da pena, em virtude da majoração pela agravante genérica esculpida no art. 61, II, alínea "g" (2ª figura) do CP, e ainda, em razão da incidência da causa especial de aumento de pena estabelecida no art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97, ou seja, ter sido o crime praticado com violação de dever inerente ao cargo e ter sido o crime praticado por agente público! Em virtude da dupla apenação, sustenta o Requerente que deveria ser extirpado do cálculo penal a causa especial de aumento de pena. Além disso, sustenta que as circunstâncias legais, previstas no art. 59 do CP, são amplamente favoráveis, desautorizando a manutenção da pena acima do mínimo legal, patamar para o qual requer seja a pena alterada.

7 - O pleito defensivo, neste ponto, tem procedência parcial. No que tange ao sopesamento da pena-base, nenhum reparo merece a decisão transitada

em julgado, tendo havido adequada avaliação das circunstâncias judiciais e fixação da pena discretamente acima do patamar mínimo. Todavia, quanto à ocorrência de *bis in idem*, assiste razão ao ora Requerente, vez que, com base na melhor Doutrina, verificamos haver incompatibilidade entre a aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, alínea “g” do CP (“ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão”) e a causa especial de aumento de pena prevista na Lei de Tortura – art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97 (“aumenta-se a pena de 1/6 até 1/3 se o crime é cometido por agente público), dado que ambas revelam-se baseadas na mesma condição: ser o agente ativo um funcionário público. É o que indica a lição abaixo reproduzida, extraída da obra de CELSO DELMANTO e outros, *in*: Código Penal Comentado. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293:

Art. 61, inciso II, g do CP - “Não se aplica essa agravante se o agente já se encontrava aposentado de seu cargo à época do delito (TRF da 2ª Região. Ap. 2967, DJU 02/08/94, PP. 40840-1, *i,n* RBCCr 8/224). A agravante de violação de dever inerente ao cargo é inaplicável quando for elementar do tipo, como no crime de concussão (TJSP, RT 555/327), ou na figura qualificada no art. 229, parágrafo único (STF, RTJ 101/1010). O reconhecimento concomitante desta agravante e da qualificadora do art. 171, § 3º, na hipótese de estelionato cometido contra entidade de direito público, configura *bis in idem* (TRF da 4ª Região. AP 22814, DJU 23/11/94, p. 67831).

8 – Não obstante reconhecermos a ocorrência de *bis in idem*, divergimos do Requerente quanto à forma de sanar tal erronia, já que, no conflito entre a incidência de uma agravante genérica e uma causa especial de aumento de pena, impõe-se preferir a esta, como prevê o *caput* do art. 61 do CP ao ressaltar a prevalência das circunstâncias que constituem ou qualificam o crime. Assim, temos que a pena aplicada, *in casu*, deverá ser minorada, nos seguintes termos:

- a) Mantém-se a pena-base aplicada: 1 ano e 6 meses;
- b) Retira-se, contudo, a incidência da majoração referente à 2ª agravante (art. 61, II, “g”), razão pela qual a pena, na 2ª fase, passa a ser de 1 ano e 9 meses (o acréscimo de 03 meses decorre da manutenção da agravante genérica prevista no art. 61, II, “c” do CP – recurso que dificultou a defesa da vítima);
- c) E por fim, mantém-se-lhe a agravação pela causa especial de aumento prevista na lei especial (art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97), no mesmo *quantum* (1/6), a totalizar 2 anos e 15 dias de detenção, como patamar definitivo e final.

9 – Ao contrário do que sustenta o Requerente, a correção da dosimetria penal não resultará em prescrição retroativa, eis que o *quantum* afinal

estabelecido para a resposta penal não altera o cálculo da prescrição, eis que, sendo superior a 02 anos, lastreia-se pelo art. 109, IV do CP. De se ver que inócurrente o transcurso de mais de 08 (oito) anos entre os marcos prescricionais previstos no art. 117 do Código Penal, dado que o recebimento da denúncia ocorreu em 02/03/2000 (fls. 305/306 dos autos originais); a publicação da sentença, em 14/09/2005 (fl. 1125, dos mesmos autos), e ainda, a publicação do acórdão, em 04/05/2006 (fl. 1175, idem), com trânsito em julgado certificado em 26/08/2008 (fl. 135 dos autos referentes ao Agravo de Instrumento ao STJ, também apenso).

10 - A procedência do pedido revisional, no que tange à modificação da pena não importa em anulação processual, mas simples alteração da decisão transitada em julgado, conforme dicção expressa do artigo 626 do CPP; sem o condão desconstitutivo dos marcos prescricionais fixados no decorrer do processo.

11- *Ex positis*, s.m.j., opina o Ministério Público, por seu Procurador de Justiça com tal atribuição, PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DESTA REVISÃO CRIMINAL, A FIM DE PROCEDER-SE À CORREÇÃO DA DOSIMETRIA PENAL, ACOMODANDO-SE A PENA EM 02 ANOS E 15 DIAS DE DETENÇÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO R. DECISÓRIO, como medida da mais sagrada, universal e salutar Justiça Social !

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2010.

JOSÉ ROBERTO PAREDES
Procurador de Justiça