

**TORTURA - CRIME PRÓPRIO - TRATADO INTERNACIONAL - PREVALÊNCIA - LEI 9.455/97 - DEFINIÇÃO DIVERSA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - MAUS-TRATOS - FORMA QUALIFICADA - LESÃO CORPORAL GRAVE - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - ART. 136, §§ 1º E 3º, DO CÓDIGO PENAL**

**Ementa:** Apelação criminal. Tortura. Lei 9.455/97. Inaplicabilidade ao caso. Crime praticado contra menor (quatro anos) que estava sob a guarda da ré. Lesão corporal de natureza grave àquele imposta. Desclassificação para a figura do art. 136, § 1º, do Código Penal, com acréscimo na reprimenda à conta do § 3º do dispositivo em tela.

- Consoante precedentes desta Câmara, a Lei 9.455/97 - naquilo que define o delito de tortura como crime comum - não está em consonância com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem *status* de norma constitucional.

- É de ser reconhecida, na espécie, a prática do delito de maus-tratos, que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi*, aqui levado a significativo patamar, com submissão da pequena vítima, então com quatro anos, a severas agressões, motivadoras de lesões corporais de natureza grave, a clamarem pela aplicação dos §§ 1º e 3º do art. 136 do Código Penal.

**Recurso provido em parte.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.04.025492-8/001 - Comarca de Araxá - Apelante: L.R.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.<sup>a</sup> BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2006. -  
*Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

A Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> *Beatriz Pinheiro Caires* -  
Conheço do recurso interposto, porque pre-

sentes os pressupostos de admissibilidade a tanto necessários.

A apelante e dois outros réus fizeram-se destinatários da presente ação, vinda com fincas nos arts. 121, § 2º, incisos III e IV, e 14, inciso II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado) e com pedido de agravamento da pena em relação à ora recorrente (Código Penal, art. 61, inciso II, alínea *h*: delito praticado contra criança), porque, nos termos da exordial, em 21 de setembro de 2004, esta última, madrastra do menor declinado na inicial, então com quatro anos de idade, teria tentado matá-lo, utilizando-se, ao ensejo, de meio cruel e de recurso que lhe dificultara a defesa, consistente em espancamento

impiedoso e covarde, só não o conseguindo por circunstâncias alheias à sua vontade - fora socorrido por vizinhos, já quase sem vida, para atendimento de urgência.

Quanto aos demais acusados, a incriminação em tela adveio de sua condição de genitores do menor, que teriam sido omissos em relação aos cuidados que deveriam ter em relação ao filho, protegendo-o e vigiando-o, de molde a evitar o resultado havido (Código Penal, art. 13, alínea a) - f. 2/4 -, sendo certo, no entanto, que restaram impronunciados (f. 191/197), a pedido do próprio Ministério Público (f. 140/147).

No tocante à atual apelante, por solicitação do mesmo Ministério Público (f. 140/147), deu-se novo enquadramento legal ao delito em tela, para fixá-lo em conformidade com a figura descrita nos arts. 1º, inciso II, §§ 3º, 4º, inciso II, e 7º da Lei nº 9.455/97, oferecendo-se azo, na oportunidade, a que assim se defendesse (f. 191/197), vindo sua manifestação às f. 209/215.

Ato contínuo, sobreveio a sua condenação, como por último pedido pela acusação (f. 223/230), fato ensejador da oferta de apelação em seu prol, vazada em argumentos tendentes a mostrar, em suma, que o crime de tortura seria inaplicável à espécie, a ela melhor amoldando-se o de maus-tratos, previsto no art. 136 do Código Penal.

Isso porque, em síntese, a ação da acusada não se enquadraria em quaisquer das situações previstas no art. 1º, inc. I e respectivas letras, da Lei nº 9.455/97, lembrando-se que, embora presente o perigo de vida, tudo se fizera com o intuito de corrigir a criança. Mais ainda, na forma de julgado transcrito nas razões recursais, sublinhado (f. 252/253), que a infração reconhecida na instância de origem seria crime próprio, só passível de cometimento por agente público (f. 244/254).

Assim colocada a questão controvertida, verifico, de início, que a denúncia veio com fulcro no inciso II do mencionado art. 1º, ao que não caberia tecer maiores considerações em

torno das figuras expostas no inciso anterior, como o fez a apelante (f. 246/247).

De notar, porém, o tratamento que esta Câmara Julgadora vem dispensando à Lei nº 9.455/97, no ponto em que definiu o delito de tortura como crime comum - tal como está em seu art. 1º, inciso II, aqui chamado à baila -, de molde a mostrá-lo em choque com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que teriam *status* de norma constitucional, valendo, a esse ponto, transcrever parte do voto por mim proferido, por exemplo, na Apelação Criminal nº 1.0408.02.000139-7/001, Comarca de Matias Barbosa, na qualidade de Relatora:

Com efeito, tanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985 - esta, mais explícita sobre a caracterização do tipo e seus responsáveis -, definiram a prática da tortura como 'crime próprio'.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.84, e ratificada pelo Brasil em 28.09.89, em seu art. 1º, dispõe:

'Artigo 1º - Para 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 terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou 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 considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram'.

Já a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos,

em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985, e ratificada pelo Brasil em 20.07.89, dispõe:

‘Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica’.

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

Artigo 3º - Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-na diretamente ou, podendo impedir-lo, não o façam.

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices”.

Ou seja, de acordo com tais convenções internacionais, o delito autônomo de tortura é “próprio”, isto é, cometido apenas por funcionários ou empregados públicos em autoria mediata ou imediata e, ainda, por indução ou instigação a que o provoquem, prevista, também, a responsabilidade decorrente da omissão de tais agentes no impedimento da realização do fato delituoso, quando possível efetuá-lo.

Da mesma forma, atribuiu-se a responsabilidade àquelas pessoas que, não pertencendo aos quadros públicos, são instigadas pelos agentes da Administração e, assim, cometem diretamente o delito ou figuram como cúmplices dele, entendida essa cumplicidade de forma ampla (co-autoria ou participação).

A Lei nº 9.455/97, todavia, não definiu este tipo penal como “crime próprio”, mas, ao contrário, ampliou seu alcance, tornando possível que qualquer pessoa do povo o pratique.

Assim, não se observou, na lei interna específica, a restrição presente nos aludidos tratados internacionais.

Cabe ressaltar que, no que concerne à incorporação do Direito Internacional ao Direito pátrio - aquele momento em que a lei, embora de produção não-doméstica, incorpora-se ao ordenamento jurídico interno -, a Constituição Federal adota um sistema misto, distinguindo entre os tratados relativos a direitos humanos e aqueles atinentes a matérias outras. Reza a Carta Magna, no art. 5º, §§ 1º e 2º:

‘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: (...)

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

Assim, os tratados de direitos humanos, a partir de sua ratificação, são automaticamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, com aplicação imediata, e possuem *status* de norma constitucional.

Com base nisso, doutrinadores brasileiros têm apontado vício presente no texto da Lei nº 9.455/97, uma vez que a nova Lei de Prevenção e Repressão da Prática da Tortura não tipificou o delito ‘como crime próprio - aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade -, mas, sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa’ - em evidente descompasso com o teor das convenções internacionais já mencionadas, decorrendo daí a inconstitucionalidade da novel lei, fulcrada no *status* de normas constitucionais que referidos atos jurídicos internacionais assumiram ao ser incorporados no Direito Brasileiro.

Acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.455/97, Alberto Silva Franco assim se manifestou:

‘... o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal, também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de

caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura, de forma a torná-la um delito comum, e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade...” (Tortura - Breves Anotações sobre a Lei nº 9.455/97, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19 - Doutrina Nacional, p. 58).

A ementa correspondente ficou assim:

Consoante precedentes desta Câmara, a Lei nº 9.455/97 - naquilo que define o delito de tortura como crime comum - não está em consonância com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem *status* de norma constitucional.

Também:

Crime de tortura. Crime próprio. Agente público. Víctima sob a guarda, poder ou autoridade. Interpretação. Convenções internacionais de direitos humanos. Norma de *status* constitucional. Desclassificação. Crime de maus-tratos qualificado.

- Impõe-se a desclassificação do delito de tortura, capitulado na Lei nº 9.455/97, para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º, c/c § 3º do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob a sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem *status* de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, não se inserindo nesta categoria de pessoas a mãe do infante que o tenha agredido fisicamente (TJMG, Segunda Câmara Criminal, Relator Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, Apelação Criminal nº 000.268.999-9/00, Comarca de Itamonte, julgada em 7.11.02, unânime).

No mesmo sentido: TJMG, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0382.02.023735-2/001, Relator o Desembargador Célio César Paduani.

Dessarte, impõe-se o afastamento, ao caso, da Lei nº 9.455/97, havendo a matéria de ser vista à luz do art. 136, § 1º, do Código Penal - e não, puramente, do art. 136, como desejado pela recorrente (f. 253) -, tendo em vista o teor do Exame Complementar de Lesões Corporais acostado à f. 136, onde, em resposta aos quesitos oficiais, ficou consignado que a pequena e infeliz vítima ficou a padecer de “debilidade permanente, com seqüela neurológica grave, impedindo falar, deambulação ou mesmo equilíbrio corporal (não se posiciona sentado, necessitando ser carregado pela tutora)”.

A propósito da indescritível brutalidade empregada contra a desditosa criança (f. 26), bem falam ainda os expedientes ofertados às f. 22, 27, 49 e 51, sendo certo que, na peça recursal ora sob exame, admite-se que “a criança estava sob a guarda da recorrente e esta abusou dos meios de correção” (f. 249).

Da jurisprudência, colhe-se, *mutatis mutandis*:

Apelação criminal. Tortura praticada pelo padraço contra enteado menor. Absolvção afastada. Desclassificação para o crime de maus-tratos. Possibilidade. Fixação da pena-base. Substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito. Impossibilidade. Aplicabilidade do art. 77 do CPB. Recurso conhecido e provido parcialmente.

- Não é cabível a absolvção por insuficiência de provas quando o conjunto probatório, notadamente a prova testemunhal, evidencia a conduta típica praticada pelo agente.

- Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido imoderado, o crime é de maus-tratos, podendo-se, assim, operar a desclassificação para o tipo previsto no art. 136 do CPB.

- É de aplicação obrigatória a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 136 do CPB, quando a vítima for menor de 14 anos.

- O Juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade) para a fixação da pena-base.

- A redação do inciso I do art. 44 do Código Penal Brasileiro é expressa ao restringir a substituição da pena privativa de liberdade

àqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

- Preenchendo o apelante os requisitos elencados no art. 77 do CPB, imperiosa é a concessão do benefício do *sursis* (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Armando Freire, Apelação Criminal nº 1.0114.03.019307-1/001, julgada em 7.12.04, publicada em 14.12.04).

Tortura. Crime próprio. Funcionário público como sujeito ativo. Desclassificação para maus-tratos. Necessidade. Acusado que intencionava 'corrigir' a vítima, que se encontrava sob sua custódia. Pena. Modificação. Caracterização de crime continuado. - Se o guardião da vítima impunha-lhe atroz sofrimento por não aceitar o comportamento da criança, que costumeiramente fazia necessidades fisiológicas nas próprias vestes, o comportamento anormal não caracteriza, certamente, o crime de tortura, que é praticado por puro sadismo imotivado, e sim o de maus-tratos, que diz respeito ao propósito de punir para corrigir (TJMG, Segunda Câmara Criminal, Relator Desembargador Herculano Rodrigues, Apelação Criminal nº 000.254138-1/00, Comarca de Aimorés, julgada em 14.3.02, unânime).

Tortura. Não-caracterização. Desclassificação para o crime de maus-tratos, descrito no art. 136 do Código Penal.

- A responsável por dois menores e uma doente mental que abusa ou se excede nos castigos corporais, chegando a praticar lesões em suas vítimas, pratica o crime de maus-tratos, que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi*.

- O crime de tortura caracteriza-se por causar, desnecessária e intencionalmente, sofrimento profundo, praticado por puro sadismo imotivado, inadequado à espécie em discussão.

- Deram provimento ao apelo da defesa e declararam extinta a punibilidade pela prescrição (TJRS, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, Apelação Criminal n. 70003592102, julgada em 17.4.02).

Por conseguinte, devendo a condenação da ré cingir-se ao cometimento do crime coibido pelo art. 136, § 1º, do Código Penal - maus-tratos, sob forma qualificada -, passo a dosar-lhe a pena correspondente, com aproveitamento da análise procedida pelo culto Julgador *a quo*, em torno das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (f. 228-229).

Basicamente, fixo-a em três anos de reclusão - dois a mais que o mínimo previsto em lei -, diante das terríveis conseqüências do delito em relação ao menor (f. 136), aumentando-a em um terço, sob a égide do § 3º do dispositivo tratado, tudo se concretizando em reclusão ao longo de quarenta e oito meses (quatro anos), à míngua de outros motivos que pudessem minorá-lo ou exasperá-lo.

Isso, sob inicial regime fechado, pela insensibilidade da ré, ao impingir à pequena vítima severas agressões que quase a levaram à morte, causando-lhe, por certo, no decorrer do tempo, injustificáveis sofrimentos, não podendo vir, a seu favor, de outro lado, a benesse do art. 44 do Código Penal, em virtude de o crime ter sido praticado com violência a pessoa.

Razões pelas quais dou provimento em parte ao recurso interposto, com o fito de desclassificar o crime considerado na instância de origem para a figura inscrita no art. 136, § 1º, com aplicação, ainda, do disposto no § 3º, todos do Código Penal, havendo de levar-se em conta, então, a reprimenda antes assinalada.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Reynaldo Ximenes Carneiro* e *Hyparco Immesi*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

---:-