

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.290.018 - MG (2018/0108252-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : NEUZA MARIA RIBEIRO
ADVOGADO : SILVANE DOS SANTOS COUTINHO NASCIMENTO -
DEFENSORA DATIVA - MG038324

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 1º, II, DA LEI Nº 9.455/1997. TORTURA. CRIME COMUM. SUJEITO ATIVO NA CONDIÇÃO DE GUARDA SOBRE A VÍTIMA. PREENCHIMENTO DOS ATRIBUTOS ESPECÍFICOS. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, contra inadmissão, na origem, de recurso especial fundamentado na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ementado *verbis* (fl. 335):

"APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 1º, INCISO II, E § 4º, INCISO II, DA LEI 9.455/97 - CRIME DE TORTURA - CRIME PRÓPRIO - DESCLASSIFICAÇÃO - CRIME DE MAUS TRATOS - FATOS COMPROVADOS - REPRIMENDA REDUZIDA. - Impõe-se a condenação quando há comprovação cabal da materialidade e autoria das agressões descritas na denúncia, através da palavra da vítima, corroborada por outros elementos de convicção. -A configuração do crime do artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97 demanda do infrator, necessariamente, a condição de agente público, caracterizando-se como crime próprio, razão pela qual a babá que agride a criança, a pretexto de repreendê-la por suposto comportamento inadequado, incorre apenas nas iras do artigo 136, § 3º, do Código Penal, e não no delito de tortura. Precedentes".

Foram, então, opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados com a seguinte ementa (fl. 370):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. - Inexistente qualquer obscuridade no acórdão combatido, resta inviável o acolhimento dos embargos declaratórios, ainda que para fins de prequestionamento".

Em seu recurso especial, às fls. 383/398, sustentou o recorrente afronta ao artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, sob o argumento de que é de rigor o restabelecimento da sentença que condenou a recorrida pelo crime de tortura, pois a

Superior Tribunal de Justiça

acusada "na qualidade de babá da vítima a tinha sob sua guarda e, naquela condição, submeteu-a a intenso sofrimento físico e mental, configurador do crime de tortura tipificado no supracitado dispositivo legal" (fl. 390).

Destacou que o crime de tortura, ao contrário do consignado no acórdão, é crime comum, podendo "ter como sujeito ativo não apenas funcionários públicos no exercício de seu *munus*" (fl. 389).

Ressaltou que "A prova reconhecida no aresto comprova a prática do delito previsto no art. 1º, II, da Lei n.º 9455/97. Ora, a conduta da acusada não se subsume ao tipo penal descrito no art. 136 do CP, vez que não se restringiu aos fins de educação e correção da criança sob guarda, mas, na verdade, causou-lhe intenso sofrimento físico e mental, como forma de lhe aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo" (fl. 392).

O Tribunal de origem, entretanto, negou seguimento ao recurso, às fls. 418/419, ante a incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu agravo, às fls. 422/438, assevera o recorrente que "Da leitura das razões recursais ministeriais infere-se que a questão em debate é exclusivamente jurídica, não havendo qualquer divergência quanto à matéria fático-probatória constante nos autos" (fl. 426).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 463/469, nos seguintes termos (fl. 463):

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR TORTURA. ARTIGO 1º, INCISO II, NA FORMA DO §4º, INCISO II DA LEI 9455/97. CONDUTA DESCLASSIFICADA PARA MAUS-TRATOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS CORRIGENDI. INTENÇÃO DE CAUSAR SOFRIMENTO FÍSICO E/OU MENTAL À VÍTIMA. QUALIDADE ESPECIAL DE AGENTE PÚBLICO NÃO EXIGIDA PELO REGRAMENTO INTERNO. MAIOR ABRANGÊNCIA QUE RESVALA EM MAIOR PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. MALFERIMENTO AO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL INVOCADO. PROVIMENTO DO RECURSO".

É o relatório.

A insurgência merece prosperar.

No que tange à aventada afronta ao artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, sob o pleito de restabelecimento da sentença que condenou a recorrida pelo crime de tortura, temos que razão assiste ao recorrente.

Com efeito colhe-se dos autos (fls. 252/265) que a recorrida foi condenada em primeira instância pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, a cumprir uma pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime fechado.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa para desclassificar o crime de tortura para o delito de maus tratos previsto no artigo 136 do Código Penal, com base no argumento de que o delito descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, só pode ser praticado por agentes públicos.

Quanto ao ponto confirmam-se o trecho do acórdão (fl. 340):

"Quanto ao enquadramento típico dos fatos, creio assistir razão à douta Defesa.

Superior Tribunal de Justiça

Tenho entendimento firmado de que o crime do artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97, sempre exige do sujeito ativo uma qualidade especial, **podendo ser praticado somente por aqueles que se encontram investidos na condição de agentes públicos** tal como definido nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que não é o caso.

(...)

Logo, as condutas descritas na denúncia são inquestionavelmente repugnantes, mas não se tratam de tortura.

A conduta melhor se ajusta ao artigo 136 do Código Penal, que tipifica a conduta de 'expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina'. Deve incidir, ainda, a majorante do § 3º, porque praticado contra pessoa menor de 14 anos".

Destarte, percebe-se que a linha de inteligência jurídica desenvolvida pelo Tribunal de origem está em desacordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, nos termos do entendimento desta Corte Superior, a tortura é classificada como crime comum.

Destarte, " O art. 1.º da Lei n.º 9.455/1997, ao tipificar o crime de tortura como crime comum, não ofendeu o que já determinava o art. 1.º da Convenção da ONU Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, em face da própria ressalva contida no texto ratificado pelo Brasil" (REsp 1299787/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014).

No mesmo sentido:

"(...)

PENAL. TORTURA. CRIME COMUM. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA CLASSIFICAR O DELITO. QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA. APELO APRECIADO COM BASE NA ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Averiguar a classificação jurídica do delito de tortura é questão eminentemente de direito.

2. Apesar de ausentes os requisitos de admissibilidade do dissídio jurisprudencial, o recurso especial também foi interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, tendo sido analisado sob este prisma.

3. Nos termos do artigo 1º, I, 'a', da Lei 9.455/97, da jurisprudência e da doutrina, **a tortura é classificada como crime comum.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1291631/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 13/10/2015).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TORTURA. ART. 1º, II, DA Lei n.

Superior Tribunal de Justiça

9.455/1997. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se conhece de recurso especial quando se constata que, além de o acórdão recorrido atrair a incidência da Súmula n. 7, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

2. Após a análise das circunstâncias fáticas relacionadas à conduta praticada, a Corte local entendeu estarem presentes todos os elementos caracterizadores do crime de tortura.

3. Rever tal entendimento, a fim de decidir pela desclassificação para os delitos de lesão corporal e de constrangimento ilegal, previstos nos arts. 209 e 222 do Código Penal Militar, importaria em reexame do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial por força do enunciado sumular n. 7 do STJ.

4. Configurado o crime de tortura, não há que se falar em nulidade do feito por incompetência da Justiça comum, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que "**o crime de tortura é crime comum**, sem correspondência no Código Penal Militar. Portanto, não cabe ser julgado perante a Justiça especializada, mas sim na Justiça Comum".

5. Agravo regimental não provido".

(AgRg no AREsp 17.620/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE TORTURA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. PERDA DO CARGO. PENA ACESSÓRIA. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO.

(...)

2. '**A tortura, tipificada pela Lei 9.455/1997, é considerada crime comum**, mesmo quando praticada por militar, tendo por efeito necessário e automático da condenação a perda do cargo, função ou emprego público a que o agente estiver investido'.

3. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 4. Agravo interno a que se nega provimento".

(ARE 1105783 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 11-06-2018 PUBLIC 12-06-2018).

Consoante o magistério de Guilherme Souza Nucci, o sujeitos ativo e passivo do delito descrito no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997 "são qualificados, exigindo atributos específicos. Somente comete essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 5ª edição, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010, pág. 1199).

In casu, a acusada preencheu os requisitos específicos para ser condenada pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, pois na condição de babá, tinha a vítima sob sua guarda, ocasião em que com emprego de

violência e grave ameaça, causou-lhe intenso sofrimento físico e mental, conforme colhe-se do aresto (fls. 336/339):

"A denúncia narra, em síntese, que, em meados de setembro de 2012, em Barão de Cocais/MG, N.M.R. se encarregou de cuidar da criança [VÍTIMA MENOR DE IDADE], que possuía 2 anos e 7 meses àquela época, enquanto a genitora dela trabalhava, até que, em determinada ocasião, irritou-se porque a criança teria evacuado na roupa. Nesse momento, despiu a menor e passou a agredi-la com tapas e puxões de cabelo, levando-a para o banheiro, onde bateu a cabeça dela contra a parede, causando-lhe lesões.

Consta que, naqueles dias, além de ter cortado o cabelo da criança e colocado chumaços artificiais no lugar, ao alimentá-la, a denunciada enfiava a colher com agressividade na boca e dava água para que ela engolisse rápido, xingando a criança dizendo que 'enquanto a puta da sua mãe fica dando o rabo na zona, você fica aqui, fazendo xixi e cocô nas roupas para eu lavar' (fl. 03-D).

Isso teria durado até o dia 14.09.2012, quando N.M.R. telefonou para a mãe da vítima, dizendo que a menina estava com 'a cabeça inchada, os cabelos caindo e estaria morrendo', razão pela qual a testemunha Roberta Oliveira Machado a buscou na residência, após também levar a mãe da criança ao hospital, pois ela teria desmaiado com a notícia.

Inicialmente, verifico que a materialidade do crime está comprovada através de 6 anexos fotográficos (fls. 27/29), além do exame de corpo de delito (fl. 53), baseado no relatório médica VALQUÍRIA PIMENTA RUBINGER, que prestou os primeiros atendimentos à criança, assim que ela chegou ao hospital local (fls. 10/11).

Questionando a autoria, a douta defesa cogita que os ferimentos poderiam ter sido causados por alguma queda. Sem razão, data venia.

Embora crianças dessa idade realmente estejam sujeitas a determinados acidentes típicos dessa fase de desenvolvimento psicomotor, quedas não explicariam as múltiplas lesões constatadas pela perícia, apresentando contusão atrás da orelha (fl. 27), além de 'intenso edema na região da fronte e têmporas' (fl. 53).

É preciso ponderar, ainda, a observação da médica plantonista que, ao ter contato com a criança, já suspeitou da hipótese de agressão -e não uma simples queda - razão pela qual até acionou a Polícia Militar. A experiente médica foi inclusive uma das testemunhas arroladas pela acusação e, por ocasião da audiência, a douta Defesa teve ampla oportunidade de fazer as perguntas que bem entendesse, a fim de comprovar sua tese, mas não se interessou em formular perguntas, como se apura áfl. 81.

A testemunha confirmou em audiência que 'de tudo que a depoente apurou pelas lesões e pelo estado da criança, dava a entender que a criança teria sido vítima de espancamento e maus tratos' (fl. 81).

A mesma suspeita já tinha sido levantada pela testemunha ROSANA APARECIDA GONCALVES, que, em determinados períodos, também cuidava da criança, na ausência de N.M.R. Ao chegar à residência da acusada, ela se recusou a assumir os cuidados da criança, porque percebeu que havia algo errado com a criança, relatando que a acusada ainda tergiversou sobre o ocorrido, fingindo não perceber as lesões, o que, por si só, já é bem sintomático:

(...)

Logo, tudo corrobora as declarações da criança que, apesar da tenra

idade, contou para os adultos que tiveram contato com ela de que foi 'preta' (apelido da ré) quem havia lhe agredido:

(...)

A tese de que a criança já poderia ter sido entregue à acusada com aqueles ferimentos está totalmente divorciada das provas, pois foi a própria ré quem admitiu, no inquérito, que 'por volta das 16h00, M. deixou [vítima menor de idade] na casa da conduzida, sem lesões e foi embora' (fl. 06).

Também não passa de ilação infundada a tese de que, em audiência, a vítima fora manipulada pela genitora a confirmar os fatos e incriminar a ré -a quem se referiu como 'mulher presa' (fl. 132) - pois, como visto, ainda na fase policial, ela já esclarecia a autoria das agressões.

Em audiência, a vítima confirmou que 'não gostava de ficar na casa da mulher presa; que a mulher presa a agrediu com as mãos por ter feito xixi na cama dela; que a mulher presa bateu sua cabeça na parede; que lhe xingava' (fl. 132).

Vale lembrar que a filha da acusada também estava na residência, no dia dos fatos, e confirmou que a mãe teria dado tapas, puxões de cabelo na criança, por ela ter feito 'cocô na roupa' (fl. 39) e, de onde estava, ouviu a genitora batendo na criança dentro do banheiro, socando a cabeça dela contra a parede.

Sob o crivo do contraditório, a informante tentou deliberadamente proteger a genitora, narrando outra versão dos fatos, mas sua retratação se mostrou pouco convincente, ao passo que Conselheira Tutelar que presenciou a colheita daquele depoimento na fase investigatória confirmou que as primeiras declarações foram colhidas sem qualquer espécie de coação".

Nesse sentido, confirmam-se:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. LEI N. 9.455/1997. NULIDADES PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 706/STF. TORTURA. SUJEITO ATIVO NA CONDIÇÃO DE GUARDA SOBRE AS VÍTIMAS. BABÁ EM RELAÇÃO A MENORES ENTREGUES A SEUS CUIDADOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA, SEM IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. INCLUSÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF.

2. Não configura nulidade a atribuição pelo órgão julgador de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Hipótese de inclusão da causa de aumento com base nos fatos já narrados na peça acusatória.

3. A conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá.

4. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças, mediante

Superior Tribunal de Justiça

mordidas e golpe com pedaço de pau.

5. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art. 1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência da Corte.

6. Ordem denegada".

(HC 169.379/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 31/08/2011).

Dessa forma, estando o acórdão recorrido em desconformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, de rigor o conhecimento do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos da Súmula 568 deste Sodalício, que assim dispõe:

Súmula 568. O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 253, inciso II, alínea "c", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de fls. 252/265 que condenou a recorrida nas penas do artigo 1º, inciso II e § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/7997.**

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 02 de agosto de 2018.

Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
Relatora