

MAUS-TRATOS - CRIME PRATICADO POR PADRASTO CONTRA ENTEADO MENOR - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA - TORTURA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 136 DO CÓDIGO PENAL - PENA-BASE - FIXAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INADMISSIBILIDADE - *SURSIS* - ART. 77 DO CÓDIGO PENAL - APLICABILIDADE

- A absolvição por insuficiência de provas não é cabível quando o conjunto probatório, notadamente a prova testemunhal, evidencia a conduta típica praticada pelo agente.
- Se o que motivou o agente a praticar o delito foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido imoderado, o crime é de maus-tratos, e não de tortura, podendo-se, assim, operar a desclassificação deste para o tipo previsto no art. 136 do Código Penal.
- A causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 136 do Código Penal é de aplicação obrigatória, 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.
- O crime de maus-tratos, praticado com emprego de violência, não admite o benefício da substituição da pena, uma vez que a redação do inciso I do art. 44 do Código Penal é expressa ao restringir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos àqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.
- Preenchendo o apelante os requisitos elencados no art. 77 do Código Penal, imperiosa é a concessão do benefício do *sursis*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0114.03.019307-1/001 - Comarca de Ibitaré - Relator: Des. ARMANDO FREIRE

Ementa oficial: Apelação criminal - Tortura praticada pelo padrasto contra enteado menor - Absolvição 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 absolvição 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*.

Relatório

Solivan Silva Costa e Élia de Oliveira Araújo, já qualificados nos autos do processo em

epígrafe, foram denunciados como incurso nas sanções do art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, imputando-se à segunda denunciada Élia também o crime do art. 13, II, a, do CPB, fundamentando a ilustre representante do Ministério Público, *in verbis*:

... Em setembro de 2003, em Ibitaré-MG, o denunciado submeteu a vítima Vítor Manoel de Oliveira, seu enteado de apenas um ano e nove meses, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico, como forma de aplicar castigo pessoal.

Conforme se apurou o denunciado constantemente espancava o pequeno Vítor de forma brutal e violenta, causando vários ferimentos na criança, inclusive chegando a lhe fraturar o braço. Na última vez que fora espancada, a criança foi surrada com uma mangueira de jardim, o que lhe causou vários hematomas por todo o corpo, conforme relatório médico de fl. 34.

Consta, ainda, que a denunciada Élia, mãe de Vítor, sabedora da tortura de que era vítima seu rebento, constantemente alertada por vizinhos e parentes, quedou-se inerte, permitindo que as agressões se repetissem, omitindo em sua obrigação de zelo e cuidado decorrente da maternidade.

Desmembrado o processo em relação à denunciada Élia de Oliveira Araújo, em razão da proposta (fl. 140-verso), da ilustre representante do Ministério Público de suspensão condicional do processo, por dois anos.

Ao final da regular instrução probatória (fls. 159/166), a MM.^a Juíza monocrática, acatando, parcialmente, a denúncia, condenou o réu Solivan Silva Costa, nas sanções do art. 1º, § 4º, II, da Lei nº 9.455/97, aplicando, ainda, a agravante prevista no art. 1º, § 4º, do mesmo diploma legal, tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo legal.

Inconformado, apela o denunciado - Solivan Silva Costa (fl. 169 e verso) - pugnando, em suas razões (fls. 171/184):

- pela sua absolvição, uma vez que não há prova concreta de sua participação no delito que lhe é imputado;

- que a MM.^a Juíza, mesmo sabendo que é primário, de bons antecedentes, domicílio certo e sabido e profissão definida "*aplicou uma pena aquém (sic) do mínimo (04 anos, em um mínimo que é de 02 anos) como ainda aumentou a pena, em face da agravante, no máximo, ou seja, em 1/3 da pena*" (fl. 79) assim requer a fixação da pena-base ao mínimo legal;

- alternativamente, pugna pela desclassificação do crime de tortura para o crime de maus-tratos (art. 136 do CPB);

- pela aplicabilidade dos benefícios da Lei nº 9.714/98.

Em contra-razões, o ilustre representante do Ministério Público bate-se pela confirmação da condenação, nos termo da sentença (fls. 186/190).

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento do recurso, mas pelo desprovimento dos apelos (fls. 194/198).

É o breve relatório.

À douta Revisão.

Armando Freire - Relator.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira 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, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2004. -
Armando Freire - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Armando Freire* - Vistos e examinados, reportando-me ao relatório constante nos

autos e inexistindo qualquer preliminar suscitada ou nulidades argüíveis de ofício, conhecimento da apelação interposta, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

A materialidade resta comprovada como se depreende das peças de fls. 48/49 da complementar de fls. 102/103.

Recomenda-se a leitura, inclusive, do relatório de atendimento médico expedido pelo HPS João XXIII, quando da admissão da vítima naquele Pronto Atendimento:

hematomas recentes e antigos em tronco e membros, céfalo-hematoma extensão em região parieto-occipital. Hidratado, palidez cutâneo mucosa importante. Pulsos cheios, estabilidade hemodinâmica. MV+/RA. Abdômen livre. Foram realizados vários exames TC crânio normal, US abdominal sem alterações. RX de várias partes do corpo sem sinais de fraturas recentes, mas com fratura consolidada. (...) Presença de escoriações em membros, e hematomas difusos, principalmente em face (região frontal) céfalo-hematoma (região occipito-parietal). Hematoma ungueal (2º e 3º dedo à direita). HD: *Síndrome de criança espancada* (grifei).

Passo à análise da negativa da autoria, *permissa venia*, transcrevendo alguns trechos mais significativos dos depoimentos das testemunhas trazidos aos autos:

... o depoente presenciou seu ex-inquilino de nome Solivan agredir uma das crianças que ficavam sob seus cuidados, esclarecendo que tal feito se deu em meados de setembro; que o depoente encontrava-se debruçado na janela do seu quarto quando ouviu uma criança chorar, observando então que Solivan, batia muito n'uma criança, utilizando-se de matéria semelhante a uma mangueira de jardim; (...) (depoimento de Juarez Marques de França, fl. 43, ratificado à fl. 87).

... que a própria pessoa de Élia que confirmou ao declarante que saíra para trabalhar por volta das quatro horas, deixando o menor na companhia de Solivan e o menor não apresentava qualquer lesão; (...) que o hospital que atendeu a vítima, à vista das lesões, afastou a possibilidade de queda, dizendo se tratar de um espan-

camento (policia! Paulo Henrique Carvalho dos Santos, fl. 83).

que foi vizinho de Élia e Solivan; que é verdade que certa feita discutiu com Solivan, porque o mesmo batia em uma criança; que discutiu com Solivan porque ouviu barulho de espancamento e choque contra a parede; que ouvia gritos de criança; que chegou a dizer para Solivan que parasse com os maus-tratos e o espancamento da criança, porque o declarante já não mais suportava; que de vez em quando ouvia espancamentos na casa (Onézio Gonçalves Xisto, fl. 94).

Alega o apelante que não há prova concreta do crime que lhe é imputado ou, ainda, que não existe nenhuma testemunha dos fatos narrados. *Data venia*, refuto tal versão defensiva com fulcro em toda a prova testemunhal carreada aos autos, visto que tais declarações se demonstram sobranceiras em todo o conjunto probatório formado. Demonstram, inclusive, a reiteração das agressões sofridas pela pequenina vítima, como se colhe do depoimento da Sr.^a Maria das Graças Rosa dos Santos, reduzido a termo (fl. 95):

... que todo santo dia, dia e noite, todos os meninos, do menor aos maiores, choravam em razão de espancamento por Solivan; que chegou a ouvir um dos filhos pedir à Élia que não deixasse mais o Solivan bater, mas, por causa disso, a criança apanhou mais ainda.

Assim, impossível atender ao pleito de absolvição do apelante, por negativa de autoria ou inexistência do fato.

Da desclassificação do crime de tortura para o crime de maus-tratos (art. 136 do CPB).

No que diz respeito ao seu pedido alternativo, qual seja, de desclassificação do crime de tortura para o crime de maus-tratos previsto no art. 136 do Código Penal Brasileiro, rendendo vênias aos ilustres representantes do Ministério Público, entendo que razão assiste ao apelante nesse seu inconformismo.

Ab initio, necessário se faz distinguir os dois tipos penais aqui enfocados, perquirindo-se o elemento volitivo, conforme NILTON JOÃO DE

MACEDO MACHADO, in Tortura e maus-tratos contra criança e adolescente - distinções, Revista ESMESC, ano 6, v. 9, p. 85-101):

o crime de tortura tendo como vítima criança ou adolescente (aliás, qualquer pessoa) restará consumado se, da violência ou grave ameaça, aplicadas como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, causar sofrimento físico ou mental. Não se deve olvidar, outrossim, que o sofrimento físico está intimamente ligado ao conceito de dor, tormento, ao passo que o sofrimento mental se relaciona com angústia, o temor, a violação moral ou psicológica; se não estiverem presentes quaisquer destes elementos, a conduta será atípica pelo menos em relação à Lei 9.455/97. Citando Ana Paula Nogueira Franco ('Distinção entre maus-tratos e tortura e o art. 1º da Lei de Tortura', *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 62, p. 11, jan. de 1998), o mesmo autor reitera, em seguida, os traços diferenciadores por ela denunciados, entre a tortura e os maus-tratos: 'no delito de maus-tratos a ação é a exposição ao perigo através das modalidades: a) privando de cuidados necessários ou alimentos; b) sujeitando a trabalho excessivo; c) abusando do meio corretivo. Já no art. 1º, II, da Lei 9.455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nota-se que o elemento subjetivo do tipo do art. 136 é o dolo de perigo, o resultado se dá com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano. No crime de tortura, o resultado se dá com o efetivo dano, ou seja, o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça. Nesta última situação, o agente age com dolo de dano. Outra questão importante de se ressaltar é que no crime de maus-tratos o agente abusa de seu ius corrigendi para o fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Diferentemente no crime de tortura, no qual o agente pratica a conduta como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo' (grifei).

Portanto, enquanto, na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repressão a uma indisciplina, na tortura, o propósito é causar o padecimento da vítima.

Nos dizeres de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, in *Código Penal Comentado*, 4 ed., Ed. Revista dos Tribunais, ano 2003, p. 456:

O tipo penal em exame deixa claro o exercício de direito que envolve a tarefa de educar, ensinar, tratar ou custodiar alguém, valendo-se o agente de instrumentos de correção ou disciplina. O exagero, no entanto, configura o crime, uma vez que a própria excludente do art. 23, III, do Código Penal se refere apenas ao 'exercício regular de direito', e não ao mero exercício de um direito. Por outro lado, correção difere de disciplina: utiliza-se um meio de correção quando alguém errou e precisa ser endireitado; usa-se o meio de disciplina para manter a ordem, evitando-se os erros.

Se a questão dos maus-tratos e da tortura se resolve através da perquirição do elemento volitivo, tenho por mim que não restou configurada a intenção do apelante de torturar o menor Vítor, com intuito de fazê-lo sofrer por prazer, ódio, sadismo ou qualquer outro sentimento degradante, ou seja, não houve a intenção deliberada de causar o sofrimento físico ou moral, mas sim um imoderado emprego do meio disciplinar (maus-tratos).

Em julgamentos análogos, vêm decidindo os tribunais pátrios:

Tortura e maus-tratos - Elemento volitivo - Causa de diferenciação. - A questão dos maus-tratos e da tortura deve ser resolvida perquirindo-se o elemento volitivo. - Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus-tratos. - Se a conduta não tem outro móvel senão o de fazer sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura. - Recurso conhecido e provido parcialmente (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0000.00.183651-9/000, Relator: Desembargador Gudesteu Biber, 1ª Câmara Criminal, julgado aos 30.05.2000).

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 pelo 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, Apelação Criminal nº 70003592102, Relator: Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, 1ª Câmara Criminal, julgado aos 17.04.2002).

Ademais, existindo dúvida quanto à ocorrência do crime de tortura, porque não se sabe se o agente submeteu a vítima ao que o legislador tacha de “intenso sofrimento físico e moral”, é conveniente desclassificar a infração para o crime do art. 136, § 3º, do Código Penal Brasileiro.

Acolho, pois, o pleito desclassificatório.

No caso vertente, embora primário e de bons antecedentes, o acusado tem contra si outros fatores desfavoráveis elencados no art. 59 do CPB, nomeados e bem examinados na r. sentença. Adotados, pela sua pertinência.

Assim, fixo-lhe a pena-base em 06 (seis) meses de detenção, pois ausentes circunstâncias outras atenuantes.

Concretizada em 06 (seis) meses de detenção, será aumentada em 1/3 (um terço), em decorrência da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 136 do Código Penal, atingindo, assim, o *quantum* de 08 (oito) meses de detenção, que se torna definitiva, dada a inexistência de circunstâncias outras modificadoras. O regime de cumprimento da pena será o aberto, nos termos do art. 33, § 3º, do *Codex*.

Quanto ao pedido de aplicação dos benefícios da Lei nº 9.714/98, qual seja, a subs-

tituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito, entendo que razão não assiste ao apelante.

A redação do inciso I do art. 44 do Código Penal Brasileiro é expressa em restringir a substituição da pena privativa de liberdade àqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, entre outros requisitos. O crime de maus-tratos, aqui praticado pelo apelante, foi com emprego de violência, portanto não se admite o benefício da substituição de pena.

Por outro lado, entendo que o apelante preenche os requisitos necessários à concessão do benefício constante do art. 77 do CPB. Assim sendo, suspendo a execução da pena privativa de liberdade a ele imposta por 02 (dois) anos, nos termos a serem fixados em audiência admonitória pelo Juízo da Execução.

Diante de todo o exposto, rendendo vênia aos ilustres representantes do Ministério Público, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para desclassificar a imputação do crime de tortura para aquela tipificada no art. 136, § 3º, do Código Penal Brasileiro e concedo o benefício da suspensão condicional da pena.

É como voto.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - De acordo.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:-:-