

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70389-5 SÃO PAULO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO CELSO DE MELLO
PACIENTES : HERBERT FERNANDO DE CARVALHO E OUTRO
IMPETRANTE: TÂNIA LIS TIZZONI NOGUEIRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: 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 Nº 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.

PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE.

- O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade.

- A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX).

A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA.

A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana.



A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine).

TORTURA CONTRA MENOR PRATICADA POR POLICIAL MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO.

- O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as consequências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição.

- O crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas,



HC 70.389-5 SP

por maioria de votos, em deferir, em parte, o pedido de **habeas corpus**, para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça; em prosseguir-se no julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na Justiça Comum estadual; e, em declarar a constitucionalidade do referido dispositivo (art. 233 da Lei n. 8.069/90). **Vencidos** os Ministros Relator, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Moreira Alves e o Presidente (Ministro Octavio Gallotti), que também deferiam, em parte, o pedido de **habeas corpus**, para trancar a ação penal em curso perante a 4ª Vara Criminal de São José dos Campos-SP, ou seja, quanto à imputação da prática de ato previsto no art. 233 da Lei n. 8.069/90, devendo o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar prosseguir perante a Justiça Militar, e declaravam, ainda, a inconstitucionalidade do art. 233 da citada lei (n. 8.069/90).

Brasília, 23 de junho de 1994.

OCTAVIO GALLOTTI - PRESIDENTE



CELSO DE MELLO - RELATOR P/ O ACÓRDÃO

01/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70389-5 SÃO PAULO

RELATOR: MINISTRO SYDNEY SANCHES
PACTES.: HERBERT FERNANDO DE CARVALHO E OUTRO
IMPTE. : TANIA LIS TIZZONI NOGUEIRA
COATOR.: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

1. O ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. CLÁUDIO LEMOS FONTELES, no parecer de fls. 30/33, resumiu a hipótese e, em seguida, opinou, nos termos seguintes:

"EMENTA:

1- Fato Único: policiais militares que torturam adolescentes em delegacia de polícia.

2- Injurídica a decisão em conflito de competência que determina a dupla persecução à luz da legislação penal militar e do Estatuto da Criança e do Adolescente: Bis in idem caracterizado.

1. Em favor de HERBERT FERNANDO DE CARVALHO e ANTONIO DA SILVA, a advogada TANIA NOGUEIRA ajuíza pedido de habeas-corpus, argumentando com a existência de litispendência.

2. Procede.

3. Cuidemos de entender o fato.

4. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em exame de Conflito de Competência envolvendo a conduta dos ora pacientes, assentou que, verbis:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. Crimes de lesão corporal (art 209 do CPM) e tortura contra adolescentes (art. 233 da Lei 8.069/90), atribuídos a policiais militares, em serviço, no desempenho de policiamento civil.

Competência da Justiça Militar do estado para julgamento do crime de lesão corporal cometido por policial militar em serviço (art. 125, § 4º, da Constituição Federal, 9º, II, c, e 209 do CPM) e da Justiça comum estadual para julgamento do crime de tortura.

Precedentes jurisprudenciais." (fls. 12, grifamos)

5. Ocorre, entretanto, que um único evento foi perpetrado por HERBERT e ANTONIO.

6. A confirmar, trecho do voto do Min. Costa Lima, verbis:

"Em remate, os policiais militares são acusados de terem detido um jovem e, no posto policial, o agredido, causando-lhe lesões

corporais. Não vejo nesse fato a ocorrência de crime militar." (vide: fls. 16, grifamos)

7. O Min. ASSIS TOLEDO, em voto-vista, também aponta o fato, verbis:

"Herbert Fernando Carvalho de Campos e Antonio da Silva, ambos policiais militares, solicitados a atender uma ocorrência de furto, detiveram dois adolescentes e, segundo consta, conduziram-nos ao posto policial onde passaram a agredi-los para que confessassem o crime. (vide: fls. 17, grifamos)

8. Sem dúvida, apresenta-se a ofensa à integridade física - lesão corporal - à primeira vista, que tem definição penal típica tanto na legislação penal comum (art. 129), como militar (art. 209).

9. Ocorre, todavia, que, no caso, há circunstância que tem tratamento normativo especial, advinda com o recente Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90 - quando no Título VII, que define os crimes e infrações perpetrados contra o menor, tipifica-se em infração penal, verbis:

Art. 233: "Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda, ou vigilância a tortura." (grifamos)

10. Assim, esse tipo penal, ulterior e adequadamente restrito à preservação da integridade física da criança, ou do adolescente, torna-se norma especial ante aquela, ainda que também especial em relação à generalidade das demais ofensas à integridade física, em razão do desempenho funcional do autor: militar em atividade.

11. Por tal perspectiva, a norma do artigo 233, da Lei nº 8069/90, é especial em relação à do artigo 205 do C.P.M.

12. Somos, pois pelo deferimento do pedido, para que, cassada a decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, remanesça a pretensão punitiva unicamente à luz do artigo 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no MM. Juízo da 4ª Vara Criminal de S. José dos Campos-SP."

2. A fls. 35, determinei providenciasse a impetrante cópia das denúncias apresentadas pelo Ministério Público Estadual e Militar, o que foi feito, com a juntada das peças de fls. 40/43.

É o relatório.



V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

1. É este o inteiro teor do acórdão do Eg. Superior Tribunal de Justiça, ora impugnado (fls. 12/23):

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.532-5 - SÃO PAULO
RELATOR: O SR. MINISTRO COSTA LIMA
RELATOR P/ ACÓRDÃO: O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO
SUSCITANTE: JUIZO AUDITOR DA 4ª AUDITORIA
MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO
SUSCITADO: JUIZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL
DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
AUTORA: JUSTIÇA PÚBLICA
RÉUS : HERBERT FERNANDO DE CARVALHO e EDSON
HENRIQUE FRUTUOSO

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. Crimes de lesão corporal (art. 209 do CPM) e tortura contra adolescentes (art. 233 da Lei 8.069/90), atribuídos a policiais militares, em serviço, no desempenho de policiamento civil.

Competência da Justiça Militar do Estado para julgamento do crime de lesão corporal cometido por policial militar em serviço (art. 125, § 4º, da Constituição Federal, 9º, II, c, e 209 do CPM) e da Justiça comum estadual para julgamento do crime de tortura.

Precedentes jurisprudenciais.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Suscitante, Juízo Auditor da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, para julgar os delitos de lesões corporais, e o Suscitado, Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de São José dos Campos-SP, para julgar o crime de tortura, nos termos do voto do Ministro Assis Toledo. Vencido o Ministro-Relator. Votaram com o Ministro ASSIS TOLEDO os Ministros VICENTE CERNICCHIARO, ADHEMAR MACIEL, JOSÉ DANTAS e PEDRO ACIOLI. Ausentes, por motivo justificado, os Ministro FLAQUER SCARTEZZINI e EDSON VIDIGAL.



Brasília, 19 de novembro de 1992 (data do julgamento)

Ass.: MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO
PRESIDENTE

Ass.: MINISTRO ASSIS TOLEDO

RELATOR P/ ACÓRDÃO.

R E L A T Ó R I O

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA:

Trata-se de conflito positivo de competência em que é suscitante o MM. Juiz Auditor da 4^a Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo (fl. 02) e suscitado o MM. Juiz de Direito da 4^a Vara Criminal de São José dos Campos-SP (fls. 06/07).

Dissentem os nobres Magistrados sobre qual a Justiça competente para processar e julgar policiais militares, que agrediram adolescente sob sua guarda, autoridade e vigilância, buscando obter confissão da prática de um furto. Pesa ainda denúncia contra civil pelo crime previsto no art. 230 da Lei 8.069/90 (privação da liberdade), contra o mesmo menor.

Opina a Dr^a DELZA CURVELLO ROCHA, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, pela competência da Justiça Castrense para processar e julgar os Militares e pela competência da Justiça Comum para processar e julgar o civil (fls. 14/15),

Relatei.

Ass.: MINISTRO COSTA LIMA.

E M E N T A

COMPETÊNCIA. CRIME DE LESÕES CORPORAIS PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES CONTRA CIVIL.

1. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei.

2. Policial militar que se encontra prestando serviço de natureza civil, se pratica crime de lesões corporais contra civil no exercício dessa atividade e em local não sujeito à administração militar, não comete infração militar (art. 9^o, II, b e c, do CPM).

3. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito.

V O T O

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA (RELATOR):

A Constituição cometeu à Justiça Militar dos Estados competência para processar e julgar os policiais e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei.

2. Policial militar, que se encontra prestando serviço de natureza civil, acusado de praticar crime de lesões corporais contra civil, em local não sujeito à administração militar, embora a hipótese esteja prevista no art. 209, do CPM, não se submete à jurisdição militar, segundo os ditames do art. 9º do aludido Código.

O Ministro CARLOS THIBAU (CC nº 2.818-PR), em que dois militares eram acusados da prática de lesões corporais, assim se manifestou:

"Segundo declaração do primeiro indiciado, o Tenente Jorge Gedeão, as lesões corporais causadas nas vítimas resultaram da explosão de uma caixa de música por ele fabricada e enviada como presente para Sandra Regina, uma das vítimas, com quem mantivera relações afetivas, anteriormente. Assim relata os fatos:

"que, assim nesse intento, dirigiu-se até o Quartel onde trabalhava, Quinto Grupo de Artilharia de Campanha e no depósito de munições do quartel conseguiu."

O policial militar quando se encontra no exercício de policiamento civil, por não exercer atividade militar, deve ser julgado pela Justiça Comum dos Estados. É o que se deduz acontecer nestes autos, conforme as denúncias de fls. 03 e 08/10. Decorre daí que os milicianos não estavam prestando serviço militar, segundo a previsão da alínea c.

O Supremo Tribunal Federal decidiu:

"HABEAS CORPUS. Crime cometido por policial militar no exercício de policiamento civil. Tem natureza civil e deve ser julgado pela Justiça Comum, e não pela Justiça Militar Estadual". (HC nº 54.207-SP. Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ vol. 78/728).

A propósito, é bem explícita a súmula 297:

"Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles."

O Supremo Tribunal Federal, face ao disposto na EM nº 7/77 modificou, em parte, essa súmula, esclarecendo competir à Justiça Militar processar e julgar o policial militar quando, mesmo no exercício de função civil, pratica crime previsto no Código Penal Militar (RTJ vol. 89/92 e RTJ vol. 87/460).

As polícias militares cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º da CF).

Em remate, os policiais militares são acusados de terem detido um jovem e, no posto policial, o agredido, causando-lhe lesões corporais. Não vejo nesse fato a ocorrência de crime militar.

Conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da Quarta Vara Criminal de São José dos Campos-SP.

Ass.: MINISTRO COSTA LIMA

V O T O - V I S T A

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Herbert Fernando Carvalho de Campos e Antônio da Silva, ambos policiais militares, solicitados a atender uma ocorrência de furto, detiveram dois adolescentes e, segundo consta, conduziram-nos ao posto policial onde passaram a agredi-los para que confessassem o crime.

Por esse fato os policiais foram denunciados, na Justiça Militar, por crime do art. 209 do CPM, e, na Justiça comum, por crime do art. 233 da Lei 8.069/90.

Em razão disso, a Juíza Auditora suscitou conflito positivo de competência.

O eminente relator, Min. Costa Lima, conheceu do conflito e, não vendo no fato crime militar, declarou competente a Justiça comum estadual.

Pedi vista, para melhor exame, e, a seguir, dou o meu voto.

O art. 9º do CPM considera crimes militares, em tempo de paz, os cometidos por militar em serviço contra civil (art. 9º, II, c). E o art. 209 do mesmo Código prevê o crime de lesão corporal.

No caso os militares agiram, indevidamente, em serviço.

O Ministro Relator, todavia, discordando da orientação desta Seção, esforçou-se em reviver a antiga Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual:

"OFICIAIS E PRAÇAS DAS MILÍCIAS DOS ESTADOS, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLICIAL CIVIL, NÃO SÃO CONSIDERADOS MILITARES PARA EFEITOS PENAIIS, SENDO COMPETENTE A JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR OS CRIMES COMETIDOS POR OU CONTRA ELES."

Ocorre que essa Súmula foi considerada prejudicada ou reformulada a partir do julgamento, pelo Plenário, do RHC 56.049 (RTJ 87/47), no qual se

afirmou que, com o advento da Emenda Constitucional nº 7/77, a Justiça Militar estendeu sua competência para julgar os integrantes das polícias militares, ainda que o crime tenha sido cometido no exercício de policiamento civil.

Veja-se, a propósito, este julgado:

"Policiais Militares dos Estados. Pelos crimes militares que praticarem, ainda que no exercício de função policial civil, seus integrantes respondem, agora, perante as Justiças militares estaduais, nos termos da nova redação dada ao art. 144, § 1º, letra d, da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que prejudicou, em parte, o enunciado da Súmula 297 (RHCs 56.059 e 56.068, Plenário, 1-6-78).

Habeas corpus denegado."

(STF, RHC 55.962-SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 86/790).

Terá a Constituição atual alterado o art. 144, § 1º, d, da Constituição anterior?
Faça-se o confronto:

Art. 144, § 1º, d, da Constituição anterior

"justiça militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares."

Art. 125, § 4º, da Constituição de 1988

"Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças."

Do confronto, verifica-se que, em matéria de competência, não houve mudança substancial, pois se, antes, competia à Justiça militar estadual julgar os integrantes das polícias militares "nos crimes militares definidos em lei", hoje compete-lhe igualmente julgar os policiais militares e até os bombeiros militares "nos crimes militares definidos em lei".

Assim, a razão que levou a Suprema Corte a alterar o enunciado da Súmula 297 persiste, na vigência da atual Constituição.

Não vejo, pois, motivo para fazer, agora, ressurgir das cinzas a jurisprudência que predominava antes da Emenda 7/77.

Esse, aliás, o entendimento acolhido em acórdão de que fui relator no HC 1.040-MT.

Não vejo, pois, razão para alterar-se, nesta altura, orientação cristalizada na jurisprudência desta e da Suprema Corte.

No caso, entretanto, os policiais estão denunciados por dois crimes: lesão corporal, prevista no CPM, e tortura contra adolescente, prevista na Lei 8.069/90.

Este último delito não constitui, evidentemente, crime militar nem está previsto no CPM.

Assim, ainda segundo jurisprudência da Corte (CC 2.686 e CC 762), nessa hipótese, compete à Justiça Militar julgar o crime militar e à Justiça comum julgar o crime comum conexo.

Fiel a essa orientação, que adotei no julgamento do HC 1.040-MT, não conheço do conflito, reconhecendo, no caso, a competência da Justiça Militar para julgamento da lesão corporal e da Justiça comum para julgamento do delito de tortura, tal como, aliás, já está acontecendo.

É o meu voto.

Ass.: MINISTRO ASSIS TOLEDO

V O T O - V O G A L

O EXM^o SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, ouvi, com atenção, os doutos votos que foram proferidos. Parto do seguinte raciocínio, a fim de extrair a conclusão.

A teor do Código Penal Militar especificamente o art. 9^o, serão encaminhados para a respectiva jurisdição as infrações praticadas por militares no exercício da respectiva função.

No caso concreto, foi bem ressaltado: os militares foram chamados para a prática, o desempenho de um policiamento civil. Há de se ponderar, entretanto, que a simples atividade não descaracteriza, por si só, a natureza do respectivo policiamento. Tanto é que o militar a convocação para exercer policiamento civil, isso decorre da natureza de sua atividade. Tem-se assim serviço militar principal e serviço militar subsidiário, qual seja, socorrer, eventualmente, no policiamento civil. Quando isso ocorre, o policial não perde o seu status. Atua como militar.

Em sendo assim, é evidente, eventuais infrações praticadas no desempenho dessa atividade, uma vez capituladas, tipificadas, atrai a Jurisdição Militar.

No caso concreto há uma infração, em tese, de natureza militar e outra, em tese, de natureza civil. É da jurisprudência da nossa Seção separá-las: quando o crime é Militar para julgamento na Justiça Militar e quando é civil para julgamento na Justiça Civil.

Com estas considerações, acompanho as conclusões do Eminentíssimo Ministro Assis Toledo, com a devida vênias ao eminente Ministro-Relator.

Ass.: MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO".

V O T O

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ADHEMAR MACIEL:

Senhor Presidente, sem me comprometer com a tese, porque me despertou a atenção a tese suscitada com o Ministro Costa Lima, o Ministro Assis Toledo deu uma diretiva prática, bifurcando os dois crimes. Por esta razão, sem me comprometer, digo, acompanho o Ministro Assis Toledo.

É como voto.

Ass.: MINISTRO ADHEMAR MACIEL

PRESIDENTE: O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO
RELATOR : O SR. MINISTRO COSTA LIMA

V O T O

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTA: SR. Presidente, peço vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator para permanecer fiel à assentada jurisprudência desta Seção a respeito do assunto, agora tão bem subsidiada pelo voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

Lembro, mutatis mutandis, o acórdão de minha relatoria, no Conflito de Competência nº 2.886, no qual se tratava, exatamente, de um caso dessa natureza: Um policial militar, em policiamento civil, foi acusado de lesões corporais e de abuso de autoridade. Daí a conclusão a que chegamos de que o crime militar, de lesões corporais, seria julgado pela Justiça Militar, e o de abuso de autoridade o seria pela Justiça Comum, exatamente como agora concluiu S. Exa., na espécie, em se tratando de crime de naturezas distintas.

Com estas considerações, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro Assis Toledo.

Assi.: MINISTRO JOSÉ DANTAS

V O T O

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: -

Sr. Presidente, também peço vênias ao Eminentíssimo

Ministro-Relator para sufragar o voto do Ministro Assis Toledo, por entender que é matéria já pacificada nesta Egrégia Seção.

Acompanho o Sr. Ministro Assis Toledo.

É como voto.

Ass.: MINISTRO PEDRO ACIOLI."

2. A denúncia, apresentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo à Justiça Militar, foi assim deduzida (fls. 40):

"EXMº SR. DR. JUIZ AUDITOR DA QUARTA AUDITORIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

IPM. nº 47732/91

Consta do incluso inquérito policial militar que, no dia 29 de agosto de 1991, por volta de 22,50 horas, no interior do Posto Policial do Jardim Colonial, São José dos Campos, SP, o Sd. PM RE 85141-8 HERBERTH FERNANDO CARVALHO DE CAMPOS, qualificado às fls. 46 e o Sd. PM RE 831042-4 ANTONIO DA SILVA, qualificado às fls. 48, ofenderam a integridade corporal do adolescente Alexandre Moreira Lemes, provocando-lhe as lesões corporais de natureza leve, descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 53 e estampadas nas fotografias de fls. 55 e 56.

Segundo se apurou, os denunciados foram solicitados para atender uma ocorrência de furto de bicicleta no posto de serviço da "Empresa de Segurança Patrol". O ofendido se achava "detido" por dois "vigilantes" da tal empresa acusado por Edson Henrique Frutuoso de lhe haver furtado a bicicleta. Acatando as bestuntas conclusões dos "vigilantes", os denunciados detiveram o adolescente, que não tinha qualquer bicicleta em sua posse, e conduziram-no ao posto policial do Jardim Colonial, onde passaram a agredi-lo violentamente com golpes de cassetete para que confessasse haver subtraído a bicicleta. O resultado da sessão de tortura imposta ao menor vem estampado nas fotos de fls. 55 e 56, que evidenciam toda a selvageria dos denunciados.

Ante o exposto, denuncio-os a V.Exª como incursos no artigo 209, c.c. artigo 53, ambos do Código Penal Militar, e requeiro que, atuada esta, seja recebida, instaurando-se o devido processo, citando-se-os para seus termos, ouvindo-se a vítima e as testemunhas do rol abaixo e prosseguindo-se até a final condenação dos réus.



ROL DE TESTEMUNHAS:

1. Alexandre Moreira Lemes - vítima - fls. 33
2. Edson Henrique Frutuoso - fls. 35
3. Dr. Jaime Miranda Santos - Delpol - fls. 37
4. Sydney Ribeiro - fls. 39
5. Benedito Raimundo da Silva - fls. 41
6. João Batista Santini - fls. 43

São Paulo, 13 de março de 1992.

Ass.: Fernando Sérgio Barona Nuce
8º PROMOTOR DE JUSTIÇA MILITAR"

3. E a denúncia do Ministério Público do Estado de São Paulo, ao MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, ou seja, à Justiça comum estadual, foi apresentada nos termos seguintes (fls. 41/43):

"Consta das inclusas cópias reprográficas extraídas dos autos de inquérito policial militar que, 29 de Agosto de 1991, por volta de 22:00 horas, no interior do Posto de Atendimento da Polícia Militar do Jardim Colonial, nesta Comarca, HERBERT FERNANDO CARVALHO DE CAMPOS e ANTONIO DA SILVA, policiais militares do exercício de suas funções, qualificados respectivamente a fls. 46/48, submeteram o adolescente Alexandre Moreira Lemes, que estava sob a autoridade, guarda e vigilância de ambos, a tortura, com o fito de dele obter a confissão da prática de um furto, desferindo-lhe pontapés, socos e golpes de cassetete, que lhe provocaram extensas lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 53, verificadas, também, nas fotografias juntadas a fls. 55/56.

Consta ainda que, por volta das 19:00 horas, no interior do Conjunto Residencial Dom Pedro I, Jardim Colonial, nesta Comarca, EDSON HENRIQUE FRUTUOSO, qualificado a fls. 35, privou o adolescente Alexandre de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante delito de ato infracional, e inexistindo ordem escrita da autoridade competente.

Segundo se apurou, o adolescente e outros colegas, todos menores, brincavam no interior daquele conjunto residencial, ocasião em que foi perseguido e detido ilegalmente por EDSON HENRIQUE, que o acusava de ser o autor do furto de sua bicicleta. A despeito das insistentes negativas da vítima, este último deliberou mantê-lo sob sua custódia. Para tanto, solicitou a cooperação de três vigilantes da empresa de segurança "Patrol", a saber: Sidnei Ribeiro, Benedito Raimundo da Silva e João Batista Santini, que prestavam serviços naquele condomínio,

HC 70.389-5 SP

informando-lhes que havia surpreendido o adolescente quando tentava subtrair-lhe a res. Estes, por sua vez, com base na informação recebida, mantiveram o menor detido no interior de um veículo de propriedade da citada firma, até a chegada dos policiais militares.

Apurou-se, ainda, que os milicianos conduziram o adolescente ao indigitado posto de atendimento da Polícia Militar e, no seu interior, torturaram-no, submetendo-o a espancamento para obter a confissão, bem como informações sobre a localização do bicicleta, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Diante do exposto, denunciemos: HERBERT FERNANDO CARVALHO DE CAMPOS e ANTONIO DA SILVA, como incursos nas penas do artigo 233, "caput", da Lei nº 8.069/90 e EDSON HENRIQUE FRUTUOSO como incurso nas penas do artigo 230 do mesmo diploma legal.

Requeremos que, r. e a. esta, sejam os mesmos citados, processados e condenados, seguindo-se o rito previsto nos artigos 394 e seguintes do Código de Processo Penal, com a oitiva da vítima e testemunhas a seguir arroladas.

R O L:

1. Alexandre Moreira Lemes, fls. 33 (vítima)
2. Dr. Jaime Miranda Santos, fls. 37
3. Sidnei Ribeiro, fls. 39
4. Benedito Raimundo da Silva, fls. 41
5. Valdecir de Assis, fls. 45
6. João Batista Santini, fls. 43

São José dos Campos, 11/outubro/1991

Ass.: Pedro Henrique Demercian
1º Promotor de Justiça

Ass.: Martha de Toledo Machado
4º Promotor de Justiça"

4. Como se vê, pelos mesmos fatos, os pacientes estão sendo processados, perante a Justiça comum estadual, por crime previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.06.1990), e, perante a Justiça Militar estadual, por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar.

5. O art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.06.1990, em seu inteiro enunciado, dispõe:

"Art. 233 - Submeter criança ou adolescente sob

sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Penal - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º - se resultar lesão corporal grave:

Penal - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º - Se resultar lesão corporal gravíssima:

Penal - reclusão de 4 a doze anos.

§ 3º - Se resultar morte:

Penal - reclusão de quinze a trinta anos"

6. E o art. 209 do Código Penal Militar:

"Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

Penal - detenção, de três meses a um ano."

7. Na hipótese do art. 209 do Código Penal Militar, vítima pode ser qualquer pessoa.

Na do art. 233 da Lei nº 8.039, de 13.06.90, vítima é apenas a criança ou adolescente.

Criança, para os efeitos da lei, é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º).

8. No caso, vítima, ao que consta dos autos, é adolescente (fls. 40 e 41/43).

Em princípio, pois, prepondera a norma especial do art. 233 da Lei nº 8.039/90.

9. Sucede que esta não define a tortura. E o termo não é unívoco. Como não é unívoca a expressão "maus tratos". Por isso mesmo, o Código Penal, no art. 136, define o crime de maus tratos, "in verbis": 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.

10. Aliás, seqüestro e cárcere privado não deixam de ser, num sentido amplo, uma forma de tortura, mas o Código Penal,

tratando-os como figuras típicas, ou seja como crimes autônomos, não deixou de defini-los no art. 148: privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado.

O mesmo ocorre, por exemplo, com os crimes de ameaça (art. 147) (ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico de causar-lhe mal injusto e grave), ou de extorsão mediante seqüestro (art. 159) (seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si, ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate), ou de extorsão indireta (art. 160) (exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro).

11. E nem se diga que o Código Penal usa o termo tortura, quando cuida de agravante da pena (art. 61, II, "d") ou de qualificar o homicídio (art. 121, § 2º, III).

É que em ambos os casos leva em consideração uma circunstância (agravante ou qualificadora), qual seja, a de ter sido empregado algum meio insidioso ou cruel, como, exemplificativamente, veneno, fogo, explosivo, asfixia, ou de que possa resultar perigo comum.

Aí, porém, se trata de mera circunstância a ser considerada pelo Juiz. Mas quando se trata de figura típica, de crime autônomo, a conduta do agente deve ser definida na lei, não podendo ser confiada ao critério do Juiz, sob pena de inobservância ao art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, princípio, aliás, já inserido no Código Penal de 1940 (art. 1º).

12. Alberto Silva Franco, comentando o art. 2º da Lei nº

8.072, de 25.07.1990, "in" "Crimes Hediondos", Ed. Revista dos Tribunais, 1992, 2ª edição, págs. 51/52, refere-se, também, ao art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.09.1990, ora focalizado.

Eis o que diz sobre o crime autônomo de tortura:

"1.01 - TORTURA

A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII, da CF), deixando, à evidência, para a lei ordinária a definição de sua estrutura típica. A Lei 8.072/90 referiu-se, em seu art. 2º, à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio. Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, com o delito autônomo de tortura. Deste modo, o homicídio praticado com o emprego de tortura (art. 121, § 2º, II, do CP), o abuso de autoridade que se traduza num atentado à incolumidade física do indivíduo (art. 3º, "i", da Lei 4.898/65), as lesões corporais provocadas por atos de tortura (art. 129 do CP), etc. não poderão ser incluídos na Lei nº 8.072/90. Como afirmou, com propriedade, Antônio Scarance Fernandes ("Considerações sobre a Lei 8.072/90, de 25 de julho de 1990 - Crimes hediondos", RT 660/262, 1990): "Se a Constituição impõe a criminalização da prática da tortura, não se pode, de maneira ampliativa, pretender atuar o texto a outros fatos criminosos, que, eventualmente, possam ser cometidos mediante tortura". Bem por isso - agora em flagrante discordância com o Autor antes citado - é inadmissível o entendimento de que o art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atenda, apenas por ser posterior à Constituição Federal, ao objetivo do texto constitucional. Não há, na realidade, na figura criminosa referida, descrição que comporte o nomen iuris de "tortura". A conduta incriminada está contida no verbo "submeter" que quer dizer: "tornar objeto de, subordinar, sujeitar-se". "Criança" e "adolescente" são os objetos diretos da ação referida pelo núcleo do tipo. A "tortura" constitui o objeto indireto: aquilo a que a "criança" ou o "adolescente" "é submetido". Mas, em verdade, o que é a "tortura", no que ela consiste, o que está por detrás deste conceito, quais as ações ou, até mesmo, as omissões que lhe dão corpo e realidade, qual o dado de subjetividade que deve, necessariamente, fazer-se presente nessas ações ou omissões? O art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a esse respeito totalmente silente e admiti-lo como descrição adequada do delito de "tortura", conforme exige o texto constitucional, constitui um verdadeiro absurdo. Tipos penais que se caracterizam pela indeterminação ou vacuidade de seus

termos; que não permitem captar o que realmente é proibido ou ordenado; que não estabelecem fronteiras, possuindo uma enorme capacidade de expansão; que são dotados de "cláusulas gerais"; que necessitam de uma atividade de preenchimento de seus elementos de composição, por parte do juiz ou do intérprete, lesionam, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade. Como enfatizam Hassemer e Muñoz Conde (Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, 1989, p. 118), "o Direito Penal está obrigado a dar toda a informação que seja possível e com a maior publicidade tanto sobre suas normas proibitivas ou imperativas, como sobre as sanções e o procedimento adequado para impô-las. A atuação do Direito Penal não pode nem surpreender, nem enganar quem foi por ela afetado, e tem de ser publicamente controlável, criticável e, em caso de erro, suscetível de correção. Estas metas só podem ser alcançadas na medida em que os pressupostos e modos de controle social jurídico-penal sejam "seguros": este é o sentido que tem o princípio da legalidade visto do ponto de vista da formalização".

A Lei 8.072/90 não tem, portanto, aplicação, no que tange à tortura, por carência tipológica. Há, no entanto, notícia de já ter sido apresentado, no Congresso Nacional, projeto de lei definidor do referido delito (cf. William Wanderley Jorge, "Repressão à tortura exige lei rigorosa", O Estado de S.Paulo, 8.2.91, p. 22)."

13. Na verdade, há vários projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, que procuram definir o crime de tortura.

Assim, por exemplo, os Projetos de Lei nºs 837 (de 1991), 1.035 (de 1991), 2.464 (de 1991) e 4.783 (de 1990), da Câmara dos Deputados, e os Projetos de Lei nºs 28 (de 1987) e 2423 (de 1989) do Senado Federal.

Mas nenhum deles foi transformado em lei, até agora.

E não há sequer uma coincidência entre as várias propostas de definição de crime de tortura.

13.1. O Projeto de Lei nº 837, de 1991, do Deputado SIGMARINGA SEIXAS, acrescenta Capítulo ao Título I do Código Penal, que define o crime contra a dignidade da pessoa humana, "in verbis"

"Ofender a integridade física ou mental de outrem, com o intuito de obter informação, ou

confissão, dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar o envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar, ou na execução da pena, na pessoa presa, tratamento cruel, desumano ou degradante.

Pena: reclusão de 6 a 12 anos.

§ 1º - Se resulta grave lesão:

Pena: reclusão de 8 a 16 anos.

§ 2º - Se resulta morte:

Pena: reclusão de 15 a 30 anos.

§ 3º - As penas anteriormente previstas aumentam-se na metade, se o autor da tortura é servidor público, civil ou militar; ou se, nessa condição funcional, embora não a executando diretamente, todavia instigou ou coordenou ação de terceiro à sua prática."

13.2. De autoria do Deputado VIVALDO BARBOSA, o Projeto de Lei nº 1.035, de 1991, dispõe sobre a criminalização, punição e prevenção da prática e do emprego da tortura. E diz, no art. 2º:

"Considera-se tortura, nos termos da presente lei, a submissão do ser humano a procedimento destinado a causar na vítima, grave sofrimento físico ou mental."

13.3. O Projeto de Lei nº 2.464, de 1991, do Deputado HÉLIO BICUDO, institui o crime de tortura e adota outras providências. Seu art. 17 dá nova redação ao artigo 12 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940:

"Art. 129. Submeter alguém, depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a maus tratos, com o fim de causar-lhe sofrimento físico ou moral.

Pena....."

13.4. O projeto de Lei nº 4.783, de 1990 (do Poder Executivo) (Mensagem nº 145, de 1990), na Câmara dos Deputados, introduz, no Código Penal, Título relativo aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, revoga a Lei de Segurança Nacional e dá outras providências. E, no art. 374, assim define o crime de tortura:

"Torturar alguém, causando-lhe sofrimento

físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação."

Pena....."

13.5 O projeto de Lei do Senado Federal, nº 28, de 1987, de autoria do Senador JAMIL HADDAD, antes mesmo da Constituição de 1988, já procurava definir o crime de tortura, dizendo no art. 1º:

"Art. 1º - Fica acrescentado à Parte Especial do Código Penal, no Título dos crimes contra a pessoa e no Capítulo dos crimes contra a liberdade individual, um artigo com a seguinte redação:

"Art..... Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou de obtenção de confissão ou informação:

Pena"

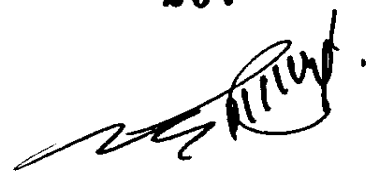
13.6 E o Projeto de Lei nº 2.423, de 1989, do Senador NELSON CARNEIRO, dispõe sobre os crimes de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, dando outras providências, e dispondo, no art. 1º:

"Art. 1º - Constitui crime torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico e moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação.

Pena"

14. Como se vê, os vários Projetos de Lei, agora referidos, procuram definir o crime de tortura, contra qualquer vítima - e não só criança ou adolescente. E, com pormenores, buscam descrever a conduta a ser considerada delituosa, não se limitando a dizer, apenas: "torturar alguém, ou "submeter alguém a tortura", sem precisar o comportamento do agente e sem definir em que esta consiste (a tortura), como acontece com o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

15. Reconhece, pois, o Congresso Nacional que há



necessidade de lei para essa descrição e definição.

Mas, até agora, não conseguiu aprovar qualquer dos projetos, ao que me conste.

16. É certo, por outro lado, que o Decreto nº 40, de 15.02.1991, publicado no D.O. de 18.02.1991, promulgou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e cujo texto é o seguinte:

"O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, adotou a 10 de dezembro de 1984, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;
Considerando que o Congresso Nacional aprovou a referida Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 04, de 23 de maio de 1989;
Considerando que a Carta de Ratificação da Convenção foi depositada em 28 de setembro de 1989;
Considerando que a Convenção entrou em vigor para o Brasil em 28 de outubro de 1989, na forma de seu artigo 27, inciso 2;

D E C R E T A:

Art. 1º A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 15 de fevereiro de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

Ass.: FERNANDO COLLOR
Francisco Rezek

17. E o art. 1º de seu Anexo estabelece em seus 2 itens:

"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."

18. E o artigo 4º do Anexo:

"Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura."

19. Vê-se, pois, que os participantes da Convenção sentiram necessidade de definir a tortura, para efeitos criminais. E precisaram apontar as condutas que a caracterizariam (art. 1º do Anexo). E no art. 4º estabeleceram que cada Estado-Parte se obriga a legislar, respeitando tal definição, já que as normas meramente convencionais, como é sabido, não se inserem, automaticamente, no direito penal interno de cada Estado participante.

Assim a Convenção obriga o Brasil a legislar sobre tortura, com observância do que nela se estabeleceu, o que está procurando fazer, com os projetos de lei, ainda em tramitação no Congresso, cada um dos quais, aliás, buscando descrever as condutas que possam configurar o crime autônomo de tortura. E não apenas contra criança ou adolescente, mas, sim, contra qualquer pessoa.

E a Constituição Federal de 1988 insere no capítulo I, dedicado aos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o princípio, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, inciso,

XXXIX). Princípio, aliás, já enunciado no art. 1º do Código Penal (de 1940).

20. Sendo assim, à falta de definição legal do crime de tortura, os pacientes não podem ser processados pela conduta prevista no art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.06.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

21. Isto posto, defiro o pedido de "habeas-corpus" para, quanto aos pacientes, trancar a ação penal em curso perante a 4ª Vara Criminal de São José dos Campos (fls. 41/43), ou seja, quanto à imputação de prática de ato previsto no art. 233 da Lei nº 8.069/90, devendo prosseguir, porém, perante a Justiça Militar, o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar (fls. 40), em face do que dispõe seu art. 9º, no inc. II, letra "c", c/c art. 124 da Constituição Federal.

22. Por meu voto, fica, ainda, declarada a inconstitucionalidade do art. 233 da Lei nº 8.069/92, por não definir o crime de tortura, ali referido, como exige o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. G. ...', is written over the text of paragraph 22.

01/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N^o 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Os ora pacientes insurgem-se contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao dirimir conflito **positivo** de competência instaurado entre o Juízo da 4^a Auditoria Militar do Estado de São Paulo e o Juízo de Direito da 4^a Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos/SP, proferiu acórdão assim ementado (fls. 12), **verbis**:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. Crimes de lesão corporal (art. 209 do CPM) e tortura contra adolescentes (art. 233 da Lei 8.069/90), atribuídos a policiais militares, em serviço, no desempenho de policiamento civil.

Competência da Justiça Militar do Estado para julgamento do crime de lesão corporal cometido por policial militar em serviço (art. 125, § 4º, da Constituição Federal, 9º, II, c, e 209 do CPM) e da Justiça comum estadual para julgamento do crime de tortura.

Precedentes Jurisprudenciais."

Os ora impetrantes, que são policiais militares, sustentam que o acórdão ora impugnado viabilizou, **de modo absolutamente ilegítimo**, a possibilidade de ambos serem



HC 70.389-5 SP

processados e julgados, perante órgãos de natureza diversa do Poder Judiciário local, pelos **mesmos** fatos, aos quais o Ministério Público atribuiu qualificações jurídicas distintas: (a) crime militar de lesões corporais (CPM, art. 209, c/c art. 9º, II, c) e (b) delito de tortura (Lei nº 8.069/90, art. 233).

Inconformados com essa decisão - que traduziria frontal desrespeito ao princípio que veda a dupla punição penal pela prática de um mesmo e só ato delituoso ("**non bis in idem**") -, os ora impetrantes postulam a concessão do writ, para que se defina, no caso presente, "... a competência da Justiça Militar ou da Justiça Comum para o julgamento do feito" (fls. 8).

Vê-se, daí, que os impetrantes não questionam a possibilidade de subsunção de seu comportamento típico ao preceito primário inscrito na norma de incriminação contida no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Buscam, tão-somente, com a utilização da via heróica do **habeas corpus**, a definição do órgão judiciário competente para processar e julgar os fatos delituosos que lhes foram imputados.

O Ministério Público Federal, após sustentar a injuridicidade da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - no ponto em que este autorizou, perante órgãos judiciários distintos, a instauração de **dupla** persecução penal contra os ora pacientes pela suposta prática do **mesmo** fato material -, manifestou-se pela configuração, **no caso**, de um **único** delito: aquele tipificado no art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.7.90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do



Adolescente (fls. 30/33).

O em. Relator, Ministro SYDNEY SANCHES, ao proferir o seu douto voto, deixou consignado que, **verbis**:

"4. Como se vê, pelos mesmos fatos, os pacientes estão sendo processados, perante a Justiça comum estadual, por crime previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), e, perante a Justiça Militar estadual, por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar.

.....
7. Na hipótese do art. 209 do Código Penal Militar, vítima pode ser qualquer pessoa.

Na do art. 233 da Lei nº 8.039, de 13.07.90, vítima é apenas a criança ou adolescente.

Criança, para os efeitos da lei, é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º).

8. No caso, vítima, ao que consta dos autos, é adolescente (fls. 40 e 41/43).

Em princípio, pois, prepondera a norma especial do art. 233 da Lei nº 8.069/90.

9. Sucede que esta não define a tortura.

.....
10. Na verdade, há vários projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, que procuram definir o crime de tortura.



.....
Mas nenhum deles foi transformado em lei, até agora.

11. É certo, por outro lado, que o Decreto nº 40, de 15.02.1991, publicado no D.O. de 18.02.1991, promulgou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (...).

.....
14. Sucede que a Convenção obriga o Brasil a legislar sobre tortura, com observância do que nela se estabeleceu, o que está procurando fazer, com os projetos de lei, ainda em tramitação no Congresso.

E a Constituição Federal de 1988 insere no capítulo I, dedicado aos 'Direitos e Deveres Individuais e Coletivos', o princípio, segundo o qual 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal' (art. 5º, inciso XXXIX). Princípio, aliás já enunciado no art. 1º do Código Penal (de 1940).

15. Sendo assim, à falta de definição legal do crime de tortura, os pacientes não podem ser processados pela conduta prevista no art. 233 da Lei nº 8.069, de 13.06.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

16. Isto posto, defiro o pedido de habeas-corpus para, quanto aos pacientes, trancar a ação penal em curso perante a 4ª Vara Criminal de São José dos Campos (fls. 41/43), ou seja, quanto à



imputação de prática de ato previsto no art. 233 da Lei nº 8.069/90, devendo prosseguir, porém, perante a Justiça Militar, o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar (fls. 40), em face do que dispõe seu art. 9º, no inc. II, letra c (...)."

Não obstante o duto pronunciamento do em. Relator, peço vênua para dissentir de Sua Excelência.

Entendo que se acha configurado na espécie, em todos os seus elementos essenciais, o delito de tortura contra criança e adolescente, tipificado no art. 233 da Lei nº 8.069/90, que assim dispõe:

"Art. 233 - Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º - se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º - Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de 4 a doze anos.

§ 3º - Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos"

A análise da peça acusatória permite acentuar que os ora pacientes, quando no exercício da função policial-militar, teriam submetido a tortura um adoléscente,

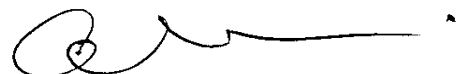


que estava - **consoante descreve a denúncia** - "sob a autoridade, guarda e vigilância de ambos (...), com o fito de dele obter a confissão da prática de um furto, desferindo-lhe pontapés, socos e golpes de cassetete, que lhe provocaram extensas lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 53, verificadas, também, nas fotografias a fls. 55/56 (...)" (fls. 41).

O Ministério Público estadual, ao oferecer essa denúncia perante a Justiça comum do Estado de São Paulo, fez consignar, também, o seguinte: "Apurou-se, ainda, que os milicianos conduziram o adolescente ao indigitado posto de atendimento da Polícia Militar e, no seu interior, torturaram-no, submetendo-o a espancamento para obter a confissão, bem como informações sobre a localização do bicicleta, causando-lhe lesões corporais de natureza leve" (fls. 42).

Esse comportamento brutal, inaceitável e criminoso, que foi imputado pelo Ministério Público aos ora pacientes, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem o pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta penal cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão **criminosa** do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal, sob a égide de uma corporação - a Polícia Militar - cuja destinação constitucional reserva-lhe o papel eminente de órgão responsável pelo cumprimento da lei e pela



HC 70.389-5 SP

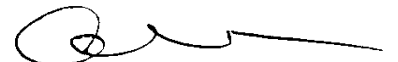
preservação da ordem pública (CF, art. 144, § 5º).

A norma inscrita no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente veicula, na objetiva descrição que nela se contém, um tipo penal cujos elementos claramente permitem qualificar a conduta incriminada como reveladora do delito de tortura.

Essa regra típica constitui, notadamente no que se refere ao crime de lesões corporais definido pelo art. 209 do Código Penal Militar, verdadeira *lex specialis*, revestindo-se, em consequência - até mesmo em função dos requisitos especializantes nela contidos - de caráter preponderante, devendo aplicar-se, por isso mesmo, na medida em que se concretize a sua hipótese de incidência, com prejuízo do preceito tipificador do delito castrense em questão.

Tenho para mim que a Lei nº 8.069/90 **criminalizou**, no sistema de direito penal positivo brasileiro, o crime de tortura, atribuindo-lhe, dentro do contexto normativo em que se delinearão os elementos presentes na estrutura do tipo descrito no art. 233 desse Estatuto, o caráter de entidade delituosa autônoma.

Trata-se, na realidade, de delito que requer sujeito passivo especial, eis que **apenas** a criança (pessoa com até doze anos de idade incompletos) e o adolescente (pessoa que se situa na faixa etária entre doze e dezoito anos de idade) podem qualificar-se como vítimas dessa modalidade criminosa, que supõe, ainda, como requisito essencial de sua configuração



típica, o estado de submissão ou de dependência em relação ao autor da prática infracional.

A violência física - ainda que geradora de meras lesões corporais leves - constitui um dos vários meios executivos de realização do delito de tortura, **não havendo que exigir**, para efeito de sua caracterização, a exaustiva referência, pelo legislador, sob **nomen juris** específico, de todas as formas concretizadoras dessa gravíssima infração penal.

O art. 233 da Lei nº 8.069/90 contém, em seu preceito primário, norma que descreve, inequivocamente, o crime de tortura. O núcleo do tipo e os demais elementos que lhe compõem a estrutura formal evidenciam que o legislador penal dispensou ao tema da tortura, **ainda que em condições especialmente delimitadas pela idade da vítima**, tratamento normativo próprio, em ordem a permitir o reconhecimento, em nosso sistema jurídico, dessa espécie delituosa.

A circunstância de o Estatuto da Criança e do Adolescente não haver discriminado, **objetivamente**, os diversos meios de execução dessa modalidade criminosa não significa que deixou de tipificar adequadamente o delito de tortura, cuja existência jurídica - inclusive em função do princípio constitucional da tipicidade penal (CF, art. 5º, XXXIX) - decorre da previsão normativa de "**Submeter criança ou adolescente (...) a tortura**".

Impõe-se ressaltar, neste ponto, que o tipo penal

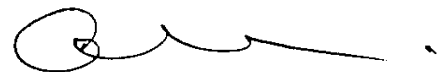


em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais **abertos**, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante utilização dos meios postos à sua disposição.

Cumprido destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes**, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984; a **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**, concluída em Cartagena em 1985, e a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, adotada no âmbito da OEA em 1969.

Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto nº 678/92) e constituem, sob esse aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, **fornecem subsídios relevantes** para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças



e aos adolescentes.

Eis porque HEITOR COSTA JR., ao analisar em texto excelente a criminalização da tortura em nosso direito penal positivo, **ainda que na restrita perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente**, expende considerações, cuja extrema propriedade e pertinência justifica a sua transcrição **in extenso**:

"A tortura, segundo Pietro Verri, é tão antiga quanto o gênero humano. Legalmente aceita até o século XVIII, foi severamente combatida desde os iluministas (Montesquieu, Beccaria).

A Declaração dos Direitos do Homem, no art. 5º, determina: 'Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante'. A Declaração dos Direitos da Criança salienta que esta 'deve ser protegida contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração'. Diversas convenções internacionais reiteraram seu repúdio à tortura, o que repercutiu em diversas Constituições, como a brasileira de 1988: 'Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante', pois o valor originário e o fundamento da República é a dignidade da pessoa, sendo inadmissível a violação dos direitos humanos. É evidente que antes da Carta de 1988 a ordem constitucional de nosso País já repelia a tortura.



Através do Dec. 4, de 24.5.89, o Brasil aprovou o texto da Convenção da ONU contra a Tortura, e em 31 de maio do mesmo ano (Dec. Legislativo 5/89) outra Convenção foi aprovada, ou seja, a Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da XV Assembléia-Geral da OEA. 'Os textos de ambas as Convenções mantêm quase total correspondência e as diferenças estão principalmente nos instrumentos que propiciam: enquanto a Convenção da ONU criou o Comitê contra a Tortura, como órgão de coordenação e supervisão das medidas adotadas pelos Estados partes, bem como instância investigatória de nível internacional, aquela da OEA, ressaltando as competências da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), deixou aberto o acesso ao sistema interamericano de tutela de direitos humanos, notadamente a Comissão Interamericana (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direito Humanos (com sede em São José)' (Nilo Batista, 'Tortura nunca mais - ou para sempre?', in *Punidos e Mal-Pagos*, Rio, Revan, 1990, p. 108. Sobre 'Os direitos do homem e sua tutela jurídica', cf. Heleno Fragoso, 'Direito Penal e Direitos Humanos', Rio, Forense, 1977, pp. 119-142).

As exigências das convenções internacionais contra a tortura começam a repercutir em nosso País. A Carta Magna, no capítulo das garantias

individuais, determinou: 'A lei considera inafiançável e insuscetível de anistia a prática da tortura'. Por sua vez, a Lei 8.072/90 (crimes hediondos), no art. 2º, fixa para tal crime, além das restrições constitucionais, o cumprimento integral da pena em regime fechado, referindo-se, ainda, à possibilidade ou não de se apelar em liberdade e legislando sobre o prazo da prisão temporária e sua prorrogação, para tal delito.

Nesta linha de pensamento vem o Estatuto da Criança, enfático no art. 5º: 'Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais'.

A tortura, no sistema jurídico brasileiro, não era punida como tipo autônomo, salvo 'algumas figuras ridiculamente sancionadas classificadas em lei incrustada no Código Penal - Lei 4.898/65' (Ana Maria Babette Bajer Fernandes e Paulo Sérgio Leite Fernandes, 'Aspectos Jurídico-Penais da Tortura', São Paulo, Saraiva, 1982, p. 127).

Sobre a matéria já dissemos: 'A tortura no Código Penal aparece simplesmente como agravante genérica ou como qualificadora do crime de homicídio. Inclusive no crime de lesões corporais ela só funciona como agravante genérica. É oportuno lembrar que o Código Penal Militar, ao descrever o constrangimento ilegal, prevê o

aumento de pena, possibilitando a sua duplicação quando o constrangimento for exercido com a finalidade de se obter confissão de autoria de crime ou de declaração como testemunha' ('O controle da violência da Polícia pelo sistema penal', in 'Temas Atuais de Direito', Rio, Liber Juris, 1986).

.....
'Há tortura sempre que, com a finalidade de reduzir ou anular a liberdade de vontade do indivíduo para obtenção de informações retidas, a autoridade ou seus agentes utilizam força física que provoque dor ou aviltamento da dignidade do interrogado, ou ainda procedimentos outros adequados à superação da efetiva ou esperada resistência do indivíduo, nisto compreendida a intimidação por ameaças de mal grave ao próprio indivíduo ou a terceiros que com este mantêm relações familiares ou de afeto. Há tortura, igualmente, sempre que, por meio da simples persuasão sugestiva de efeito racional, se obtiver com técnicas psicológicas a cooperação do sujeito passivo, evidenciando as circunstâncias a prática disfarçada de conduta demonstradora de anterior ou concomitante cerceamento abusivo da liberdade de locomoção, seja em razão do descumprimento de formalidades exigidas por lei, seja pelo regime prisional imposto em desconformidade com os regulamentos do estabelecimento carcerário' (Ana Maria B. B.



Fernandes e Paulo S. L. Fernandes, ob. cit., p. 133).

Com a lucidez e o engajamento político que sempre o caracterizaram, salienta Hélio Pellegrino: 'O projeto da tortura implica uma negação total - e totalitária - da pessoa enquanto ser encarnado. O centro da pessoa humana é a liberdade. Esta, por sua vez, é a invenção que o sujeito faz de si mesmo, através da palavra que o exprime. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta de sua condição de sujeito livre. A tortura visa ao acesso da liberdade. A confissão que ela busca, através da intimidação e da violência, é a palavra aviltada de um sujeito que, nas mãos do torturador, se transforma em objeto. Ao quebrar-se frente à tortura, o torturado consome - e assume - uma cisão que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. A ausência de sofrimento corporal, ao preço da confissão que lhe foi extorquida, lhe custa a amargura de sentir-se traidor, traído pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada testemunha e denuncia a negação de si mesmo enquanto pessoa. A tortura, quando vitoriosa, opera no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína' ('A tortura política', in *Jornal do Brasil* de 18.4.85, 'Caderno B').

Nem sempre a tortura é usada apenas para que confissões sejam obtidas, mas esta é sua forma



mais corriqueira.

As regras de Riad, salientamos, determinam a impossibilidade da aplicação de medidas disciplinares, cruéis, desumanas ou degradantes. A privação da liberdade deverá ser efetuada em circunstâncias que garantam o respeito e a dignidade dos jovens.

A sociedade acorda para o grave problema da violação dos direitos humanos dos menores.

.....

Neste tipo, o objeto da proteção jurídica é a dignidade, a integridade física e físico-psíquica do menor. Protege-se o ataque à liberdade do menor, tenta-se evitar a violação de seus direitos humanos.

.....

Tipo objetivo: a conduta incriminada no tipo fundamental é a de sujeitar menores, sob a autoridade do sujeito ativo, à tortura. 'Tortura consiste na imposição de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer desnecessariamente' (Fragoso, Lições... cit., p. 351)."

("Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", p. 709/712, 1992, Malheiros)

Na realidade, Sr. Presidente, a simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das



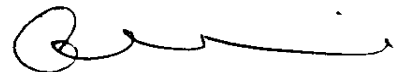
peçoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O conteúdo dessas liberdades - **verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal** - acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder.

As liberdades clássicas - cujo processo de afirmação histórica tem seu momento culminante no Século XVIII - projetaram-se, no plano político-jurídico, como **direitos de primeira geração**, objeto de formulações constitucionais que visavam, precipuamente, à limitação dos poderes do Estado.

Nesse sentido - e no contexto histórico-social em que se formaram -, as Declarações de Direitos representaram, **sempre**, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Era-lhes subjacente a idéia de conter, mediante limitações jurídicas, a onipotência do próprio Estado.



Essa visão do tema, derivada de uma perspectiva **ex parte populi**, consagrou, iniludivelmente, o postulado da liberdade e a primazia da pessoa humana, no campo delicado e complexo das relações estruturalmente desiguais entre o Estado e o indivíduo.

A problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir, em consequência, de um dado axiológico essencial: o do valor ético fundamental da pessoa humana.

Por isso mesmo, acentua CELSO LAFER (**"A Reconstrução dos Direitos Humanos"**, p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo), **verbis**:

"o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura - o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental - passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza."

Esta é uma verdade que se não pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante e condicionante, que é, da própria ordem político-jurídica do Estado.

Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgar a Constituição do Brasil, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica:

(a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III);

(b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);

(c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);

(d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);

(e) a inafiançabilidade e a inagraciabilidade do crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);

(f) a proscricção de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);

(g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);

(h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);

(i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).

PAULO LÚCIO NOGUEIRA, ao salientar que o crime de tortura foi classificado no Estatuto da Criança e do



Adolescente pelo resultado lesivo decorrente de sua prática, inclusive por autoridades e agentes do próprio Estado, observa:

"Mas, o que vem a ser tortura? Tanto o Estatuto como a Lei Especial não a conceituam, mas referem-se a ela como crime, inclusive hediondo, seguindo o preceito constitucional.

Tortura, como ensina De Plácido e Silva, 'é o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais' (Vocabulário jurídico, v. 4, p. 1571).

O Estatuto foi mais objetivo ao prever a tortura como crime, estabelecendo determinada punição, conforme o resultado, que vai de um a cinco anos de reclusão, se a lesão for leve, e de quinze a trinta anos de reclusão, se resultar morte.

A tortura não deixa de ser, assim, uma norma de definição em aberto a ser completada pelo juiz no caso concreto, pois diversas são as formas de tortura, bem como diversos podem ser os seus resultados.

A tortura na sua forma simplificada, que acarreta lesão leve, foi tratada com benignidade, pois a pena prevista de um a cinco anos de reclusão, principalmente quando o crime é praticado contra criança ou adolescente, é insuficiente, tendo em vista que tal crime foi considerado hediondo e deveria ter um tratamento mais severo.



Aliás, mesmo as formas qualificadas ou agravadas pela lesão grave ou gravíssima não foram devidamente punidas, levando-se em conta que elas são produzidas através de atos desumanos e cruéis, que caracterizam justamente a tortura.

.....

É de salientar que o Estatuto foi mais objetivo que a Lei n. 8.072/90, que define os crimes hediondos e, como tal, a tortura, sem procurar conceituá-la ou dizer em que consiste. O Estatuto a classifica pelo resultado, ao prever a pena pela gravidade da lesão causada ou pelo resultado morte, em que a pena mínima será de quinze anos de reclusão, maior do que a pena mínima prevista para o homicídio qualificado, que é de doze anos de reclusão (CP, art. 121, § 2º).

Também as lesões resultantes de tortura são punidas com mais gravidade do que as previstas na lei penal."

("Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", p. 303/304, 1991, Saraiva - grifei).

Entendo, Sr. Presidente, em face de todas estas considerações, que a norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8.069/90 constitui **regra especial** em relação àquela que emerge do art. 209 do Código Penal Militar, pois busca preservar a incolumidade física, psíquica ou moral da criança ou do



HC 70.389-5 SP

adolescente em face das próprias autoridades ou agentes estatais e deve ser entendida na perspectiva delineada pelo preceito consubstanciado no art. 227, **caput**, **in fine**, da Constituição, que, ao dispensar expressiva tutela jurídica à criança e ao adolescente, determinou que estes fossem colocados "a salvo de toda forma de (...) violência, crueldade e opressão".

Tenho para mim, desse modo, que o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor momentaneamente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a **todas** as conseqüências jurídicas que decorrem da Lei nº 8072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição.

Por essa razão, e tendo presentes os exatos limites em que foi deduzido este pedido (fls. 8), peço vênias ao em. Relator para deferir o **writ**, a fim de que, cassada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sejam os ora pacientes **unicamente** submetidos, e apenas pela prática do delito tipificado no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, à jurisdição penal da Justiça Comum estadual, eis que o ilícito criminal em análise, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos



previstos pelo Código Penal Militar, refoge, por isso mesmo, à esfera de competência da Justiça Militar do Estado-membro.

Nesse sentido é o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'O' followed by a long horizontal stroke that tapers to the right.

/csf.

01/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - Peço vênia ao Ministro relator para acompanhar o voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello.

Nossa sistemática penal não carece de experiência em situações nas quais se prevê determinado tipo, na presunção de que já se compreende aquilo que certa linguagem, aparentemente incompleta, quer dizer; ou na suposição de que a doutrina proporcionará os subsídios necessários à compreensão do tipo. Assim é que o Código Penal prevê no seu art. 137 o crime de "participar de rixa", no art. 140 o de "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro", no art. 240 o de "cometer adultério", no art. 322 o de "praticar violência no exercício de função", no art. 331 o de "desacatar funcionário público".

Portanto, nosso ordenamento jurídico não é, absolutamente, jejuno na prática de situações assim. Espera-se do intérprete que conheça o significado da linguagem da lei; espera-se da doutrina que lance luzes sobre aquilo que ainda as reclama.

Mas o caso concreto, minuciosamente exposto pelo relator e redescrito pelo Ministro Celso de Mello, diz de uma situação prisional, na qual agentes do Estado, policiais militares, entregaram-se à violência contra um menor com o



objetivo de obter confissão. Não estamos, aí, na zona cinzenta, não estamos aí diante de uma situação onde é duvidoso que se configure o quadro típico e clássico da tortura, para os fins a que ela normalmente visa. Penso naquela situação em que o menor, chegando à delegacia e interpelado pelo delegado de polícia, dirige-lhe uma ofensa e este, descontrolado, reage com uma bofetada. Eu teria dúvida em ver configurado, aí, um caso típico de tortura. Mesmo naquele quadro em que o objetivo é obter do menor determinada informação, mas fora do ambiente policial, fora do domínio submetido à autoridade repressiva do Estado, minha dúvida subsistiria. Penso na situação do menor que no meio doméstico vem a ser, pelos pais ou detentores do pátrio poder, submetido a alguma forma de privação. Tudo isso se inscreve, por ora, na zona cinzenta a respeito da qual, quem sabe, o legislador brasileiro nos dirá alguma coisa em futuro próximo.

Estamos, entretanto, diante de uma situação típica. Mais que típica, antológica. Situação perfeitamente enquadrada, à luz do senso comum, no art. 233 do Estatuto: o menor estava sob a guarda e a autoridade de agentes do Estado, policiais militares que o conduziram à delegacia por causa de uma denúncia de furto de bicicleta; e o espancamento se deu à conta do fim clássico da tortura, que é obter uma confissão em cenário policial.

Em tais circunstâncias, vejo bem caracterizado aquilo que a doutrina já proporcionou ao entendimento do tipo tortura — e não excluo aquilo que poderíamos encontrar, ainda que a título único de doutrina, nos textos internacionais de que o Brasil é parte, e que integram assim a nossa ordem jurídica.

Numa palavra, podemos divergir quanto a situações fronteiriças, mas sabemos todos muito bem o que é o núcleo do tipo tortura. E o núcleo do tipo tortura é o que me parece flagrante nesse caso. Meu voto é no sentido de acompanhar o Ministro Celso de Mello.



01/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, está em discussão um princípio muito importante no campo penal, que é o da reserva legal, garantia insculpida no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta de 1988.

Entendo esse princípio como a revelar a necessidade de se ter na lei a descrição do comportamento condenável. Essa descrição é indispensável à segurança jurídica e à preservação da liberdade. É necessário que o agente saiba, de antemão, o que é condenado penalmente.

Pretendo, Senhor Presidente, refletir um pouco mais sobre essa matéria. Por isso peço vista dos autos.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 70.389-5

ORIGEM : SAO PAULO
RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES
PACTES. : HERBERT FERNANDO E OUTRO
IMPTÉ. : TANIA LIS TIZZONI NOGUEIRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Ministros Sydney Sanches, Relator e Ilmar Galvão deferindo o pedido de habeas corpus, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Miguel Frauzino Pereira. 1a. Turma, 03.12.93.


Decisão: Apresentado o feito em mesa não foi ele julgado pelo adiantado da hora. 1a. Turma, 17.5.94.

Decisão: Por proposta do Ministro Celso de Mello foi o presente habeas corpus remetido a julgamento do Tribunal Pleno, desconstituindo, assim, o início do julgamento realizado nesta Turma. Unânime. 1a. Turma, 31.5.94.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, depois do voto do Relator deferindo, em parte, o pedido de habeas corpus, para trancar a ação penal em curso perante à 4a. Vara Criminal de São José dos Campos - SP, ou seja, quanto à imputação da prática de ato previsto no art. 233 da Lei n. 8.069, de 13.7.90, devendo o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar prosseguir perante à Justiça Militar, declarando, ainda, a inconstitucionalidade do art. 233 da citada lei (n. 8.069/90), e dos votos dos Ministros Celso de Mello e Francisco Rezek, também deferindo, em parte, o pedido de habeas corpus para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça e prosseguir no julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na Justiça Comum estadual. Não votou o Ministro Ilmar Galvão, por estar ausente ocasionalmente. Plenário, 01.6.94.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em exame está o artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que tem o seguinte teor:

"Artigo 233 - Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura.
Pena - reclusão de um a cinco anos.
§ 1º - Se resultar lesão corporal grave:
Pena - reclusão de dois a oito anos.
§ 2º - Se resultar lesão corporal gravíssima:
Pena - reclusão de quatro a doze anos.
§ 3º - Se resultar morte:
Pena - reclusão de quinze a trinta anos".

Questiona-se a observância, ou não, pelo Estatuto, do princípio da reserva legal.

O voto do ilustre Ministro-Relator foi no sentido da concessão da ordem, entendendo insubsistente o preceito do artigo 233 supra-referido, em face do princípio constitucional da reserva legal. S. Exa. aludiu ao fato de haver vários projetos em tramitação nas Casas do Legislativo, visando à exata definição do que se entende como crime de tortura. Seguiram-se os votos dos Ministros Francisco Rezek e Celso de Mello, pela denegação da ordem, citando S. Exas. exemplos de tipos abertos constantes de nossa legislação penal. Pedi vista dos autos, salientando a necessidade de uma reflexão maior

HC 70.389-5 SP

sobre a hipótese, tendo em conta o fato de a reserva legal consubstanciar a descrição do comportamento condenável, necessário à segurança jurídica e à preservação da liberdade. Apontei ser indispensável que o agente saiba, de antemão, o que é glosado penalmente. Feito este breve retrospecto, passo à análise da espécie.

No Código Penal encontramos a tortura não como um tipo autônomo, mas como qualificadora - inciso III do § 2º do artigo 121 - e agravante - alínea "d" do inciso II do artigo 61. Relativamente às citadas figuras, possível é o recurso à interpretação analógica, variando o enfoque considerada a formação profissional e humanística do julgador. A tortura, sob os ângulos versados no Código Penal, não se afigura, em si, um tipo, ou seja, não possui quer previsão, quer, muito menos, definição como crime. A Constituição de 1988 emprestou a certos crimes tratamento especial. Pelo preceito do inciso XLIII do rol das garantias constitucionais, o crime de tortura, ao lado do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, é tido como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Já a Lei nº 8.072/90 trouxe à balha a potencialização dos crimes citados, a revelá-los suficientes a desaguar em pena a ser cumprida, toda ela, no regime fechado. Acrescentou o afastamento do indulto e previu, mais, que a possibilidade de o agente recorrer em liberdade há de ser consignada, fundamentadamente, na sentença condenatória. Disciplinou a prisão temporária, elastecendo o prazo fixado na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, de cinco para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Confira-se com o que se contém no artigo 2º da Lei. Verifica-se, assim, que se deu aos

HC 70.389-5 SP

crimes mencionados tratamento dos mais severos. Tendo em vista as repercussões da prática criminosa e o texto da Constituição Federal e da Lei nº 8.072, Alberto Silva Franco, citado pelo ilustre Relator, Ministro Sydney Sanches, no voto proferido, ressaltou que:

"A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (artigo 5º, XLIII, da CF) deixando, à evidência, para a lei ordinária, a definição de sua estrutura típica. A Lei nº 8.072/90 referiu-se, em seu artigo 2º à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio".

E assinalou, com a proficiência costumeira:

"Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, com o delito autônomo de tortura. Deste modo, o homicídio praticado com emprego de tortura (artigo 121, § 2º, II, do CP), o abuso de autoridade que se traduza num atentado à incolumidade física do indivíduo (artigo 3º, i, da Lei nº 4.898/75), as lesões corporais provocadas por atos de tortura (artigo 129 do CP), etc. não poderão ser incluídos na Lei nº 8.072. Como afirmou, com propriedade, Antônio Scaranzi Fernandes (Considerações sobre a Lei nº 8.072, de 29 de julho de 1990 - Crimes Hediondos, RT 660/262, 1990): se a Constituição impõe a criminalização da prática da tortura não se pode, de maneira ampliativa, pretender atuar o texto a outros fatos criminosos que, eventualmente, possam ser cometidos mediante tortura".

Analisando o Estatuto da Criança, mais precisamente o artigo 233 submetido ao crivo desta Corte, sentenciou:

"Bem por isso - agora em flagrante discordância com o autor antes citado - inadmissível o

HC 70.389-5 SP

entendimento de que o artigo 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) atenda, apenas por ser posterior à Constituição Federal, ao objetivo do texto constitucional. Não há na realidade na figura criminosa referida, descrição que comporte o nomen iuris de tortura. A conduta incriminada está contida no verbo submeter, que quer dizer: tornar objeto de, subordinar, sujeitar-se. Criança e adolescente são os objetos diretos da ação referida pelo núcleo do tipo. A tortura constitui o objeto indireto: aquilo que a criança ou o adolescente é submetido. Mas, em verdade, o que é a tortura, no que ela consiste, o que está por detrás deste conceito, quais as ações ou, até mesmo, as omissões que lhe dão corpo e realidade, qual o dado de subjetividade que deve, necessariamente, fazer-se presente nessas ações ou omissões? O artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a esse respeito totalmente silente e admiti-lo como descrição adequada do delito de tortura, conforme exige o texto constitucional, constitui um verdadeiro absurdo. Tipos penais que se caracterizam pela indeterminação ou vacuidade de seus termos; que não permitem captar o que realmente é proibido ou ordenado; que não estabelecem fronteiras, possuindo uma enorme capacidade de expansão; que são dotados de cláusulas gerais; que necessitam de uma atividade de preenchimento de seus elementos de composição, por parte do Juiz ou do intérprete, lesionam, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade".

E cita Hansimer e Munhoz Conde (Introducción a La Criminología y al Derecho Penal - 1989, página 118), segundo os quais "o direito penal está obrigado a dar toda informação que seja possível e com a maior publicidade, tanto sobre suas normas proibitivas ou imperativas, como sobre as sanções e o procedimento adequado para impô-las. A atuação do direito penal não pode nem surpreender nem enganar quem foi por ela afetado, e tem de ser publicamente controlável, criticável e, em caso de erro, suscetível de correção. Estas metas só podem ser alcançadas na medida em que os pressupostos e modos de controle social jurídico-penal sejam seguros: este é o sentido que tem o princípio da legalidade visto do ponto de vista da formalização" (in Crimes Hediondos, Editora Revista dos

HC 70.389-5 SP

Tribunais, 1992, Segunda Edição, páginas 51 e 52).

E realmente assim o é. Colho do magistério de Heleno Cláudio Fragoso que:

"a interpretação não é atividade criadora, como alguns juristas supõem (Mezger), entendendo que através da interpretação existe uma formação de conceito que cria novos valores do material existente na lei e considerando também o aspecto emocional do processo mental em que se realiza a interpretação. Esta é apenas uma atividade cognoscitiva através da qual se indaga e se descobre a vontade da lei, aplicando-se um conjunto de regras e princípios. Tais regras e princípios não são normas jurídicas, de direito consuetudinário, como afirma Scialoja. Existem, evidentemente, verdadeiras normas jurídicas relativas à interpretação. Este é o caso do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e é também o caso da chamada interpretação autêntica. Todavia, as normas ou regras de interpretação são apenas princípios de diversa índole, inclusive lógicos e sistemáticos, não tendo o caráter de verdadeiras normas jurídicas" (Lições de Direito Penal Parte Geral, Editora Forense/RJ, 1985, página 81).

No caso dos autos, a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico-constitucional impõe conseqüências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador. Como redigido o artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama-se postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Nélson Hungria em

HC 70.389-5 SP

"Comentários ao Código Penal", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958, volume 1, tomo 1, página 86, consoante a qual "a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário". O juiz partirá para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, a posição reservada ao legislador. Talvez mesmo diante desse fato é que são encontrados os mais diversos enfoques sobre o alcance do vocábulo. Cito, como exemplo, ementa de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, alusiva à apelação nº 145.497-3/6, publicada em ADCOAS - 142.952 e reproduzida na Tribuna do Advogado nº 299:

"Crime. Tortura e maus tratos. Distinção. A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo imotivado, ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, sem se ligar a um sentimento de castigo, de reprimenda, por ato que se reputa errôneo impensado ou mal-educado, ao passo que o delito de maus tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar".

A alusão aos substantivos "flagelo", "martírio", "maldade" e a referência à prática "por puro sadismo imotivado" dão a exata medida das oscilações passíveis de ocorrência por não se ter, em preceito de lei, os parâmetros objetivos definidores da prática delituosa. O crime está compreendido dentre os formais, a revelar uma atividade comissiva a ser definida, de forma exaustiva, pela norma de regência.

O grande leque de versões do tipo, passíveis de serem adotadas, deu origem a seis projetos em tramitação. Sirvo-me do voto do Ministro-Relator para ressaltá-los, a

HC 70.389-5 SP

demonstrar, a mais não poder, a diversidade de enfoques. Faço-o pela ordem em que apresentados:

1) Projeto de Lei do Senado Federal nº 28, de 1987, de autoria do Senador Jamil Haddad:

"Artigo 1º - Fica acrescentado à parte especial do Código Penal no Título dos Crimes contra a pessoa e no capítulo dos crimes contra a liberdade individual um artigo com a seguinte redação:

Artigo.... - Torturar alguém, causando sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou de obtenção de confissão ou informação:
Pena.....";

2) Projeto de Lei do Senado Federal nº 2.423, de 1989, do Senador Néelson Carneiro:

"Artigo 1º - Constitui crime torturar alguém causando-lhe sofrimento físico, psíquico e moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação";

3) Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 837, 1991, do Deputado Sigmaringa Seixas:

"Ofender a integridade física ou moral de outrem, com intuito de obter informação, ou confissão dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar ou na execução da pena, na pessoa presa, tratamento cruel, desumano ou degradante.
Pena: reclusão de seis a doze anos.

§ 1º - Se resulta grave lesão:

Pena - reclusão de oito a dezesseis anos.

§ 2º - Se resulta morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos.

§ 3º - As penas anteriormente previstas aumentam-se na metade, se o autor da tortura for servidor público, civil ou militar, ou se, nessa condição funcional, embora não a executando diretamente, todavia instigou ou coordenou a ação

HC 70.389-5 SP

de terceiro a sua prática";

4) Projeto da Câmara dos Deputados nº 1.035, de 1991, da autoria do Deputado Vivaldo Barbosa:

"Considera-se tortura, nos termos da presente lei, a submissão do ser humano a procedimento destinado a causar na vítima grave sofrimento físico ou mental";

5) Também o Executivo encaminhou Projeto - o de nº 4.783, de 1990, visando a introduzir, no Código Penal, título relativo aos crimes contra o Estado democrático e a humanidade, revogando a Lei de Segurança Nacional e dando outras providências. O artigo 374 assim define o crime de tortura:

"Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação. Pena.....".

6) Por último, tem-se o Projeto de nº 2.464, de 1991, da autoria do experiente Deputado Federal, na matéria, Hélio Bicudo, e que, dando nova redação ao artigo 12 do Decreto-Lei nº 2.448, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), preceitua:

"Artigo 129 - Submeter alguém, depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a maus tratos, com o fim de causar-lhe sofrimento físico ou moral. Pena.....".

Forçoso é concluir que a iniciativa quanto aos projetos tem uma razão de ser, ou seja, a necessidade de descrever-se o comportamento penalmente condenável, sob o nome

HC 70.389-5 SP

jurídico "tortura", para que, com isto, tenha-se como atendido o princípio da reserva legal.

Cumprе salientar ainda que, em 14 de dezembro de 1992, foi constituída uma comissão composta pelos Ministros Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiarо; Desembargador Alberto Silva Franco; Professores René Ariel Dotti, João Marcelo de Araújo Junior, Hélio Bicudo, Doutores Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf, Wandenkolk Moreira, Juares Tavares e Jair Leonardo Lopes, para, sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva, elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, anteprojeto de lei de reforma da parte especial do Código Penal, tudo de acordo com Portaria do Ministro de Estado da Justiça, Senador Maurício Corrêa, de nº 581, publicada no Diário Oficial da data supra. Então, aqueles juristas, presentes os contornos constitucionais regedores da matéria, no particular o inciso XXXIX do rol das garantias constitucionais, que encerra a imposição de observar-se a reserva legal, incluíram no título XIV - "DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO" - mais precisamente no capítulo IV - "DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE" - o tipo relativo à tortura, fazendo-o de forma minuciosa, como é próprio, a afastar a necessidade de partir-se para a interpretação extensiva, no que contrária à índole do direito penal:

"Artigo 458 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de alguém, com intuito de obter informação, confissão, ou qualquer outra prova ou declaração, em investigação ou inquérito policial ou em procedimento judicial ou administrativo em curso ou ainda não iniciado;

Pena: reclusão de três a seis anos.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem:

I - dispensa à pessoa presa ou submetida a medida de segurança tratamento cruel, desumano ou que importe em injustificado sofrimento físico ou

HC 70.389-5 SP

mental;

II - com o mesmo objetivo do artigo, utiliza aparelho, instrumentos ou substâncias proibidos ou que impliquem sofrimento físico ou mental, ou risco acentuado à saúde da vítima.

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de cinco a dez anos; se resulta morte, a pena é de reclusão de seis a vinte anos".

No artigo 459 previu-se a condescendência com a tortura, assim dispondo-se:

"Deixar o funcionário público de responsabilizar o autor de tortura ou, faltando competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: pena - reclusão de dois a quatro anos".

Senhor Presidente, entender-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente o artigo 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, harmoniza-se com a Carta Federal é admitir que a lei possa vir a privilegiar determinadas pessoas, protegendo-as quanto à prática delituosa, muito embora esta transparça contrária a todos os seres humanos; é agasalhar-se a existência do crime de tortura de forma setorizada, considerada a pessoa da vítima, quando, na verdade, a própria Carta da República indica que se trata de crime que, na expressão feliz dos componentes da Comissão designada para elaborar anteprojeto da parte especial do Código Penal, é cometido contra a humanidade. É admitir que, em relação a um mesmo crime, possa-se ter um tipo aberto e outro fechado, conforme o bem protegido. A vingar um dos projetos sobre a matéria, ter-se-á em um mesmo cenário jurídico crime de tortura indefinido, ou melhor, a ser balizado pelo julgador - no caso, contra a criança e o adolescente - e crime de tortura revelado em tipo fechado, ou seja, contra pessoa que não seja

HC 70.389-5 SP

nem criança nem adolescente. A dualidade discrepa das mais comezinhas noções sobre direito penal. A idade da vítima serve a outras consequências, como é o aumento da pena, mas não à diversidade de tipo penal.

Na história do direito penal, o exame dos enfoques conducentes à sua modernização revela a tendência a mitigarem-se as hipóteses de previsão de tipo penal aberto, já que gerador de insegurança jurídica, a comprometer a liberdade do indivíduo. No campo das noções relativas ao tipo, não é demais ter presente as palavras de Aníbal Bruno, contidas em "Direito Penal Parte Geral", Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967, tomo I, página 222, no que deixou consignado que tipo "é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal, ou, para dizermos com Belin, a imagem reguladora (leitbilt), a qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal". Ora, não se tem, no artigo 233, qualquer descrição. Não decorre do citado preceito a imagem reguladora; não exsurge, portanto, abstraída a carga de construção atribuída ao órgão investido do ofício judicante, com a equidistância desejável, sem o envolvimento de paixões incompatíveis com a arte de julgar, a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, na definição de Aníbal Bruno. Em "Princípios Básicos de Direito Penal", de Francisco de Assis Toledo - Segunda Edição, 1986, Saraiva, encontramos também que "o termo tipo exprime a idéia de modelo, esquema" e que não pode ser tomado como "pura criação mental, mas sim descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos".

A esta altura, indago eu: diante da singeleza do

HC 70.389-5 SP

teor do artigo 233 em comento, no que apenas se alude, como está na Constituição Federal e na Lei nº 8.072/90, ao nome jurídico do crime, onde está a idéia de modelo, esquema, alfim, a descrição dos fatos que consubstanciam a tenebrosa figura da tortura ? Também em Damásio constatamos a preocupação em situar o que se entende como fato típico. Eis um trecho suficientemente alertador:

"O crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade. O primeiro requisito é, pois, o fato típico, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos dos delitos contidos na lei penal" - Direito Penal Parte Geral, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, página 127".

O princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Nisto está a essência da norma do inciso XXXIX do rol das garantias constitucionais:

"Não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Atente-se para a utilização do verbo "definir". A definição não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio. Por isso mesmo, Mantovani em "Diritto Penale Parte Generale", Edição Cedam, Pádua, 1979, páginas 95 e seguintes, adverte que o legislador está compelido a proceder, quando elabora norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido.

Senhor Presidente, encerro este voto salientando,

HC 70.389-5 SP

de início, que ninguém é favorável à tortura. Todavia, até a edição da Carta de 1988, dela não se cuidou como tipo autônomo. O açodamento é nefasto à segurança jurídica que o princípio da reserva legal visa a proporcionar. É preciso que cada qual atue em sua área e, portanto, que o legislador torne extremo de dúvidas, mediante preceito, o que se entende como tortura. Descabe ao Judiciário pretender substituí-lo, mormente quando a hipótese exige mais do que simples interpretação e em questão a liberdade. Não se trata, aqui, de perquirir a formação conservadora ou progressista do magistrado, mas de constatar que o legislador, ao dispor como o fez, no tocante à tortura, no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, agiu distanciado da atual Carta. Cobra-se desta Corte a intangibilidade do Mandamento Maior, a preservação de princípios indispensáveis à vida gregária. Enfim, reclama-se do Supremo Tribunal Federal postura pedagógica e que em tudo esteja direcionada à supremacia da Lei Básica da República. Lanço a crença nesse norte e cito dois expoentes do Direito Penal. Um do passado, que se mostra sempre atual, e outro do presente, no que vem lutando pelo aprimoramento das letras jurídicas, especialmente no campo penal. Nélon Hungria, redator do Código Penal de 1940, deixou ressaltado em comentários a esse Código, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, volume I, tomo I, página 86 que "a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário". Ao intérprete não cabe ser rigoroso. Ao intérprete não cumpre preencher as lacunas da lei, fazendo-o ao sabor das emoções reinantes; o intérprete não pode atuar a partir do nada e é justamente o nada, sob o ângulo da reserva legal, que verificamos no teor do artigo 233, no que

HC 70.389-5 SP

encerra a apenação do crime de tortura. Nele não há nem mesmo uma alusão superficial à conduta incriminada. Valho-me do magistério de Ariel Dotti, no que, com insuperável técnica discorreu sobre o tipo, consideradas as garantias constitucionais:

"O princípio da tipicidade constitui um corolário lógico do princípio da legalidade dos delitos e das penas, constitucionalmente instituído como direito e garantia individual. Uma das exigências fundamentais de segurança para um Direito Penal sob as coordenadas do estado democrático de direito é a observância do princípio da taxatividade. A expressão é assim cunhada pelos autores italianos e tem a sua correspondente na designação "tipicidade cerrada" segundo os autores de língua espanhola. Tal princípio se opõe ao uso abusivo das normas penais em branco, bem como a interpretação extensiva e a aplicação analógica em se tratando de normas incriminadoras. Salienta Rodriguez Devesa que a opinião dominante rechaça a teoria dos tipos penais abertos "porque el tipo del injusto ha de ser siempre cerrado, en el sentido de que ha de contener todas las características determinantes del injusto" (José Maria Rodrigues Devesa - Derecho Penal, Español, Parte Geral, Editora Dickson, Madrid, 1992, páginas 422 e 423). Para a submissão da conduta humana ao tipo penal de ilícito não valem as franquias legais estabelecidas pelos artigos 126 do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal (no que admitem interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito). A exigência da tipicidade, ou seja, da adequação entre o fato humano e o modelo legal, constitui uma das missões de garantia do direito penal consagrada na fórmula romana: "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali". Esta é a enfática proclamação de segurança gravada na Constituição e no primeiro artigo do Código Penal e acolhida pela doutrina e pela jurisprudência como princípio de legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva (ou anterioridade) da lei penal. O princípio da legalidade e o seu corolário lógico, o princípio da taxatividade, são incompatíveis com a analogia e a interpretação extensiva, sempre que em função de uma ou outra se pretenda se caracterizar um ilícito penal ou impor uma sanção correspondente".

HC 70.389-5 SP

Mais uma vez relembre-se, como deixou proclamado Aníbal Bruno, que "o direito punitivo da lei escrita, circunscrito aos fatos que, dentro dos limites da interpretação, ela compreende, não pode ser integrado nas suas lacunas pelo suprimento da analogia" - Direito Penal, Parte Geral, página 222.

Ouso mesmo dizer que, como está, o artigo 233 encerra, na verdade, considerada a denúncia, a ambigüidade desta, a instrução penal, as balizas indispensáveis à boa defesa e à sentença, uma verdadeira tortura. Acompanho o Ministro-Relator, concedendo a ordem e conclamando a Corte a preservar este princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, que é o da reserva legal, consubstanciado que está no inciso XXXIX do artigo 5º da Carta da República. É como voto na espécie, escusando do tempo tomado, mas que entendo plenamente justificado pela importância que assume este caso, especialmente no campo pedagógico, considerados a atuação do legislador e o respeito que este também deve à Lei Básica a que todos estamos submetidos, independentemente da formação angariada.

É o meu voto.



23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO**V O T O****CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK:— O Ministro Marco Aurélio lembrou que há projetos de lei tramitando neste momento no Congresso, de variada autoria, que definem a tortura com minúcia e que o fazem à luz de doutrinas também variadas. Penso que devemos encarar esse fenômeno não como um obstáculo a que o Tribunal faça justiça à base do direito existente, mas como expressão do trabalho parlamentar ordinário e prenúncio de que pode haver evolução legislativa sobre a matéria.

O legislador pode vir a ser particularmente severo e qualificar como tortura atitudes que hoje lançaríamos na zona cinzenta — conforme ponderei no meu voto —, ou seja, atitudes de brutalidade para com a criança e o adolescente, visando a forçar confissões ou opções, mesmo dentro de um ambiente estritamente familiar. O legislador pode também tomar o caminho inverso e assumir essa tese fantástica, um dia posta à mesa na Justiça de São Paulo, dizendo que só é tortura a violência que se aplica contra alguém por sadismo, por "brutalidade imotivada". Neste caso, teríamos retirado do domínio da tortura tudo quanto se tem entendido como tal ao longo de séculos; e teríamos sobretudo consagrado a impunidade, porque aquele que assim procede sem motivo algum é um doente mental e, destarte, penalmente responsável.



mental e, destarte, penalmente responsável.

Qualquer que seja a evolução legislativa render-nos-emos a ela no momento oportuno. Mas o direito existente, o Estatuto, quando diz que submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância à tortura é crime, nos proporciona a norma seguida da cominação de pena, e o faz em termos tais que, neste momento do século, ninguém poderia dizer insuscetíveis de operatividade. O legislador já agiu desse modo em inúmeras ocasiões, na lei penal comum e em leis extravagantes. Assim é que ele não entra em detalhes quando diz o que seja desacato a funcionário público, adultério, injúria. Isso nunca impediu juízes e tribunais de aplicarem a norma e de proferirem condenações à base do entendimento comum apoiado na jurisprudência e na doutrina. Justo porque existem juízes para complementar seu trabalho, o legislador preferiu não ser mais explícito.

Tomo mais alguns segundos do Tribunal lendo a denúncia, já que não estamos diante da zona cinzenta, mas de um modelo clássico, de um modelo antológico de tortura.

A denúncia do Ministério Público diz:

"... os denunciados foram solicitados para atender uma ocorrência de furto de bicicleta no posto de serviço da 'Empresa de Segurança Patrol'. O ofendido se achava 'detido' por dois 'vigilantes' de tal empresa acusado por Edson Henrique Frutuoso de lhe haver furtado a bicicleta. Acatando as bestuntas conclusões dos 'vigilantes', os denunciados detiveram o adolescente, que não tinha qualquer bicicleta em sua posse, e conduziram-no ao posto policial do Jardim



colonial, onde passaram a agredi-lo violentamente com golpes de cassetete para que confessasse haver subtraído a bicicleta. O resultado da sessão de tortura imposta ao menor vem estampado nas fotos de fls. 55 e 56, que evidenciam toda a selvageria dos denunciados. "

Nestas circunstâncias, não vejo nada de abusivo em que o promotor denuncie por tortura, à base do art. 233 do Estatuto, tal como ele hoje se redige. Nada de extravagante em que o juiz condene. E não vejo, decididamente, nada de menos nobre em que o Supremo Tribunal prestigie essa decisão.

Confirmo meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'L' with a vertical stroke on the left and a horizontal stroke at the bottom.

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O (CONFIRMAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Ouvi, atentamente, Sr. Presidente, o douto voto proferido pelo em. Min. MARCO AURÉLIO. Peço vênias a S.Exa., no entanto, para dissentir de seu pronunciamento, confirmando, desse modo, o voto que anteriormente proferi e no qual sustentei a **plena validade constitucional** da norma consubstanciada no art. 233 da Lei nº 8.069/90, que define o crime de tortura contra menores de dezoito anos de idade.

O crime de tortura, **desde que praticado contra criança ou adolescente**, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade.

Devo salientar, neste ponto, Sr. Presidente, que eminentes juristas têm reconhecido a existência jurídica do crime de tortura contra crianças ou adolescentes no sistema de direito penal positivo brasileiro, extraíndo as suas



conclusões da figura típica formalmente descrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Embora esses autores sustentem a **atipicidade** penal da prática da tortura contra pessoas adultas, vale dizer, contra aquelas que não se qualifiquem, **legalmente**, como crianças ou adolescentes (Lei nº 8.069/90, **art. 2º**), coincidem, no entanto, em seu magistério doutrinário, quando asseveram que o Estatuto da Criança e do Adolescente define, **expressamente**; em seu art. 233, o crime em questão.

A simples referência normativa à tortura, Sr. Presidente, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Tenho para mim, por isso mesmo, que a norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, **com extrema fidelidade**, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX).

O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção



Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, **caput, in fine**).

Para ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "O texto constitucional disse expressamente que a 'lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura...' (art. 5º, XLIII), exigindo, assim, que a lei tipifique a tortura como crime. (...). O Estatuto da Criança e do Adolescente cria tipo penal em que há referência expressa à tortura (art. 233): 'Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância à tortura: Pena - reclusão de um a cinco anos'. Nos parágrafos, estatui penas mais graves para as hipóteses em que resultem lesão grave (dois a oito anos), gravíssima (quatro a 12 anos) ou morte (15 a 30 anos). Nestas hipóteses, terá aplicação a Lei 8.072. Falta criar um tipo semelhante ao do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente para ser punida a prática de tortura contra pessoa com mais de 18 anos" ("Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de Julho de 1990 - Crimes Hediondos", in Revista dos Tribunais, vol. 660/262-263 - grifei).

Perfilha igual orientação JULIO FABBRINI MIRABETE, para quem "A tortura não foi, ainda, definida como crime autônomo (...), a não ser quando praticada contra criança ou adolescente sob autoridade, guarda ou vigilância do agente,

delito definido no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90), pois, nesse ilícito, é a tortura elemento do tipo penal" ("Crimes Hediondos: Aplicação e Imperfeições da Lei", in Revista dos Tribunais, vol. 663/270 - grifei).

Finalmente, ANTONIO CHAVES, em sua obra "Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", p. 652-653, item nº 324, 1994, LTr, enfatiza que o legislador brasileiro, ao tipificar, no preceito legal em questão, o crime de tortura contra menores de dezoito anos de idade - observando, desse modo, o princípio da legalidade formal estrita -, nada mais fez senão atender "ao que determina a Convenção de Nova York no art. 37, al. a, de que os Estados-Partes zelarão para que nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes".

É preciso enfatizar - e enfatizar com veemência, Sr. Presidente - que este Supremo Tribunal Federal tem um compromisso histórico com a preservação dos valores fundamentais que protegem a dignidade da pessoa humana. O Estado não pode prescindir na sua atuação institucional da necessária observância de um dado axiológico cuja essencialidade se revela inafastável e que se exterioriza na preponderância do valor ético fundamental do Homem.

Esse dado axiológico essencial, que encontra a sua expressão jurídica na proclamação formal dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser ignorado pelo



HC 70.389-5 SP

Estado no desempenho das atribuições político-jurídicas que lhe competem.

A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, **de maneira indisponível**, pelo ordenamento positivo.

Tal como pude salientar na anterior sessão de julgamento, Sr. Presidente, **esta é uma verdade que se não pode desconhecer**: a emergência das sociedades totalitárias está inteiramente vinculada à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante, que é, da própria ordem político-jurídica do Estado.

Desse modo, Sr. Presidente, tenho para mim que o policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a **todas** as conseqüências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição.



Saliento, finalmente, que o crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais **leves**, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, **refoge** à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual.

Com estas considerações, Sr. Presidente, **confirmo** inteiramente o meu voto, para reconhecer a existência jurídica do crime de tortura contra crianças ou adolescentes no sistema penal brasileiro, declarando, em conseqüência, a plena validade jurídico-constitucional da norma inscrita no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É o meu voto.



/csf.

/vct.

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

CONFIRMAÇÃO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, a importância deste julgamento está revelada: dois Ministros que tinham votado na assentada anterior retomaram a palavra e o fizeram para sustentar os pontos de vista externados.

Desejo registrar um aspecto: não estamos, aqui, a julgar a ação penal. O Tribunal, como disse em meu voto, foi convocado para definir se o artigo 233, tal como se contém, revela a observância dessa garantia constitucional indispensável à segurança jurídica e à liberdade, que é a reserva legal, nada mais do que isso. Daí não haver emitido, em meu voto, conceitos sobre os parâmetros da ação penal; não empolguei o teor da denúncia do Ministério Público para, a partir da gravidade de uma simples acusação - e não posso falar em policiais militares arbitrários, porque ainda estamos no âmbito de uma simples acusação - dizer da improcedência do inconformismo demonstrado na via heróica do habeas-corpus.

Senhor Presidente, repito, não podemos nos deixar envolver - neste momento em que convocados para declarar se houve, ou não, a observância da Lei Básica Federal, ao elaborar-se a norma do artigo 233 - pelos parâmetros da peça do



Supremo Tribunal Federal

HC 70.389-5 SP

262

Estado-acusador, da peça elaborada pelo Ministério Público.

3

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

(CONFIRMAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, na Primeira Turma, onde se havia iniciado esse julgamento, acompanhei o eminente Ministro-Relator no entendimento de que a norma sob apreciação é deficitária na descrição do crime de tortura, impedindo a sua correta aplicação pelo julgador. Rendi-me à vigorosa argumentação que foi então exposta por S.Exª. Sensibilizou-me, naquela oportunidade, particularmente, a ciência de que o próprio legislador, consciente da carência apontada, tomou a iniciativa de sanar a lacuna da lei, havendo, como foi dito e repetido, seis projetos em andamento, um do Poder Executivo, redigido, se não me engano, por uma plêiade de renomados juristas especializados na ciência penal.

Agora, ao ouvir o brilhante voto do eminente Ministro Marco Aurélio, aquela posição que havia adotado sai fortalecida, não havendo razão para modificar o meu posicionamento. Pedindo vênias àqueles que entenderam de modo diverso, reitero o meu pronunciamento na Turma e acompanho o eminente Relator.

* * * * *



23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela competência da Justiça Militar para julgar o crime de lesão corporal (art. 209 do Código Penal Militar) e da Justiça comum para o julgamento do delito de tortura contra adolescente, inscrito no art. 233 da Lei nº 8.069/90.

Nesta Corte, o eminente Ministro-Relator, decidindo pedido de habeas corpus, deferiu-o para o fim de trancar a ação penal no que diz respeito ao crime de tortura previsto no art. 233 da Lei nº 8.069/90, devendo prosseguir a ação, porém, perante a Justiça Militar, pelo crime do art. 209 do Código Penal Militar. S. Exa. entende que o art. 233 da citada lei não define a tortura. Traz ao debate a doutrina de Alberto Silva Franco, contida no seu livro "Crimes Hediondos" (Editora Revista dos Tribunais, p. 51 a 52).

Em princípio, estou plenamente de acordo com o raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro-Relator, e que contou com o apoio do Sr. Ministro Marco Aurélio. Na verdade, é de sabença comum que a lei deve definir a conduta criminosa, vale dizer, deve definir o fato delituoso (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX). Assim é, em princípio. *Veloso*

Acontece, entretanto, que, no caso sob julgamento, o Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984. Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 4, de 1989), tendo sido incorporada ao Direito Positivo brasileiro pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Ou seja, temos, no direito positivo brasileiro, a definição do fato delituoso que faz nascer o crime de tortura.

Leio primeiro a definição de tortura posta no art. 1º da Convenção mencionada, incorporada ao direito positivo brasileiro:

"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."

Agora, passo à leitura do art. 4º, reclamada pelo Sr. Ministro Marco Aurélio:

"1. Cada Estado-Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura."

O Brasil, na linha da Convenção e do compromisso internacional que firmou, fazendo-a incorporar ao seu direito interno, editou o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde tipificou o crime de tortura contra a criança ou adolescente.

Está no direito positivo brasileiro a definição de tortura. Não sei como seria possível, em nome de um formalismo excessivo, ou um apego excessivo à letra fria da

lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno.

Leio um trecho da denúncia para que os eminentes Colegas verifiquem se os fatos que tipificariam o crime de tortura se ajustam ou não à definição posta no direito interno brasileiro:

"Segundo se apurou, os denunciados foram solicitados para atender uma ocorrência de furto de bicicleta no posto de serviço da "Empresa de Segurança Patrol". O ofendido se achava "detido" por dois "vigilantes" da tal empresa acusado por Edson Henrique Frutuoso de lhe haver furtado a bicicleta. Acatando as bestuntas conclusões dos "vigilantes", os denunciados detiveram o adolescente, que não tinha qualquer bicicleta em sua posse, e conduziram-no ao posto policial do Jardim Colonial, onde passaram a agredí-lo violentamente com golpes de cassetete para que confessasse haver subtraído a bicicleta. O resultado da sessão de tortura imposta ao menor vem estampado nas fotos de fls. 55 a 56, que evidenciam toda a selvageria dos denunciados."

(fl. 40)

Sr. Presidente, se isto não está contido no conceito posto na Convenção que é direito interno, não sei mais

o que seria tipificar fatos!

Gostaria apenas de trazer um fato, como exemplo, ao Tribunal, para mostrar que nem sempre o jungir-se à literalidade da lei presta obséquio à Justiça ou ao Direito.

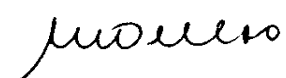
A lei que tipifica como contravenção penal, aquilo que se convencionou de denominar "jogo do bicho", simplesmente, no art. 58, dispõe assim:

"Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo a sua realização e exploração".

Se levarem às últimas conseqüências o entendimento que se vem sustentando aqui, não haverá condenação pela prática da contravenção denominada "jogo do bicho". É que a lei não descreve ou não define o que seja "loteria denominada jogo do bicho".

Sr. Presidente, devo terminar, dado que ofereci aos meus eminentes Colegas as razões do meu convencimento. Concluo: tem-se que o delito de lesões corporais, tipificado no art. 209 do Código Penal Militar, subsume-se no tipo do art. 233 da Lei 8.069 de 1990, mesmo porque a lesão corporal grave e a lesão corporal gravíssima constituem agravantes do crime de tortura (§§ 1º e 2º do art. 233 da Lei 8.069 de 1990).

Defiro o pedido para o fim de cassar a decisão do



Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao delito do art. 209 do Código Penal Militar, remanescendo, entretanto, a pretensão punitiva quanto ao art. 233 da Lei 8.069, de 1990, perante a Justiça Comum, dado que este delito não está tipificado no Código Penal Militar. Se estivesse, a competência seria da Justiça Militar, mas como não está, é da Justiça Comum.

Assim, peço vênias ao Sr. Ministro-Relator e ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar os votos dos Srs. Ministros Celso de Mello e Francisco Rezek. *Mello*

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Senhor Presidente, o caso é relevantíssimo, no que diz com a aplicação da garantia constitucional da legalidade estrita dos crimes e das penas, mas o que já se disse aqui, de um lado e de outro, bastou, praticamente, a firmar a minha convicção.

2. Ontem, recordando Story, acentuava o eminente Ministro Paulo Brossard que uma lei pode ser idiota, sem ser inconstitucional. Uma lei, sem ser idiota, pode também não ser exemplar, nem por isso será inconstitucional. É o caso do preceito cuja constitucionalidade aqui se discute.

3. Há numerosos tipos no Direito Penal positivo, daqui e dali, que, sem que se lhe pretenda imputar violação ao princípio **nullum crimen sine lege**, se valem, na definição da ação incriminada e de suas circunstâncias típicas, de conceitos culturais, que permanecem compatíveis com a exigência de definição legal, se o seu núcleo significativo é suficientemente unívoco.

4. Isto não afasta que, como todo conceito cultural, esses, utilizados na definição de figuras criminais, possam ter sua zona cinzenta; possam dar margem a intermináveis discussões sobre se determinado fato se inclui, ou não, na compreensão do



conceito utilizado.

5. Nem recorro, Senhor Presidente, à hedionda Lei de Segurança Nacional, de 1969, onde se vê o art. 28 - que este Tribunal nunca cogitou de declarar inconstitucional - no qual se tipificam, de cambulhada, ações de significado assaz impreciso, como as de devastar, saquear, assaltar, roubar, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo. Há, por exemplo, poucos conceitos que expõem à discussão uma zona cinzenta tão ampla quanto o conceito de terrorismo (cf. H. C. Fragoso, **Terrorismo e Criminalidade Política**, Forense, 1981, **passim**).

6. Mas, fiquemos no Código Penal e, aqui, já se falou no crime de injúria, no delito de redução à condição análoga de escravo. E vilipendiar cadáver? E raptar? E praticar ato obsceno? E praticar adultério? A prova de que não são conceitos matematicamente inequívocos é que vários deles têm uma compreensão típica atemporal, mas variam o seu âmbito de significação no correr do tempo. Nesse sentido, o delito de ato obsceno parece exemplar.

7. Mas, Senhor Presidente, o conceito de tortura está em nosso Código Penal há cinquenta e quatro anos. Não como núcleo de um tipo, mas chegarei lá.

8. Senhor Presidente, lá está, no art. 121, § 2º, III, não só a utilização do conceito de tortura, mas de outros evidentemente mais amplos, menos inequívocos, a meu ver, que são outros meios insidiosos e cruéis, que não constituem



tortura.

9. E, aí, se fala: "**Mas aí não é tipo**". Meu Deus do céu, o que é um delito qualificado senão uma figura típica que, além dos elementos do tipo simples, tem outro elemento típico que a qualifica e tem, neste caso, a consequência de elevar a pena da escala de seis a vinte anos para a escala de doze a trinta anos? Óbvio que pouco importa se a circunstância elementar é de um tipo simples ou de um tipo qualificado: no caso, qualifica o homicídio.

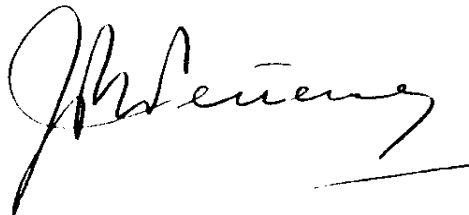
10. No Estatuto da Infância e da Adolescência, ao contrário, o resultado morte qualifica a tortura. Vê-se que o elemento material nos dois casos há de ser o mesmo. A circunstância elementar "**tortura**" está presente no crime de tortura qualificada do art. 233, § 3º, do Estatuto da Infância, assim como está presente no tipo qualificado de homicídio. A única diferença entre essas duas figuras não está nos seus elementos materiais, não está no tipo objetivo, mas no dolo; num, há dolo de homicídio, noutro não há dolo de homicídio, mas, sim, de tortura.

11. Por isso, Senhor Presidente, entendo que, assim como temos convivido com esses tipos tradicionais, sem que a ninguém tenha acudido a idéia de entendê-los inconstitucional por violação ao princípio da tipicidade, não há como inquirar de inconstitucional a definição que se vale da noção de tortura, universalmente inequívoca em seu núcleo significativo básico e que, ademais, como mostraram os eminentes Ministros Relator Celso de Mello e agora o Ministro Carlos Velloso, tem,



hoje, um conceito internacional incorporado ao direito positivo brasileiro. Pouco importa que, nos tratados, não se trate de norma penal: a remissão da lei interna a um conceito, definido no tratado, cominando-se-lhe pena, é, evidentemente, forma de instituir uma norma penal.

Com esses fundamentos, peço vênia ao eminente Ministro-Relator e aos que o acompanharam, para seguir o voto do Sr. Ministro Celso de Mello.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Celso de Mello', written in a cursive style. The signature is positioned centrally on the page, below the main text.

ibc/

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

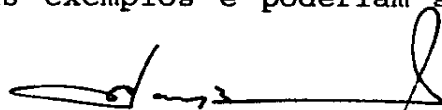
O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Senhor Presidente, os votos até aqui emitidos e brilhantemente fundamentados mostram a relevância e a complexidade da tese. A divergência registrada demonstra, outrossim, como enseja investigações profundas.

Fundamentalmente, indaga-se: o art. 233 da Lei nº 8.069, "submeter criança ou adolescente, sob sua autoridade, guarda ou vigilância, a tortura" - estabelecendo a seguir a pena conforme a lesão corporal grave, gravíssima ou a morte - define o delito de tortura? Alegou-se que não o faz, tanto que há projetos de lei de vários autores que tramitam no Congresso.

Para mim isto mostra que, enquanto a Lei nº 8.069 cuidou da tortura relativamente à criança ou adolescente, os projetos em tela cuidam da tortura em geral e indiscriminadamente, qualquer que seja a sua forma e modalidade, ou seu sujeito passivo. O preceito nada mais fez que dar seqüência a normas da Constituição destinadas à proteção do menor, arts. 227, e seguintes.

Toda questão está em saber se a expressão "submeter à tortura" define ou não determinada conduta. Parece-me que sim. Dir-se-á que a lei não entra em pormenores - e realmente não o faz -, mas as leis penais estão cheias de tipos em que enunciam determinado conceito sem especificação.

Já foram dados alguns exemplos e poderiam ser dados



outros. Assim diz o Código Penal, no art. 122:

"Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ... ou prestar-lhe auxílio pra que o faça;"

De que maneira? Não há especificação alguma! Nada mais diz a lei e essa é uma figura penal historicamente consagrada em nossa legislação.

O art. 227 do mesmo Código, por sua vez, dispõe:

"Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:"

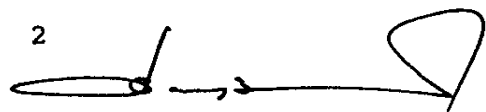
Nada mais. O art. 233 do Estatuto. pode ser bom ou mau, mas não está solitário no corpo das nossas leis penais.

Alguém ignora o que seja tortura? Acredito que não. Também não tenho dúvidas em afirmar que jamais o legislador seria capaz de descrever todos os tipos possíveis de tortura, porque a capacidade humana de torturar é maior do que a do legislador em formular a regra. Há mil e uma variantes de procedimento que caracterizam tortura. O caso histórico recente mais notório é o de Jean Moulin, da resistência francesa, torturado até a morte sem revelar os planos da libertação.

No meu Município, no Rio Grande do Sul, há tempos, pessoas de outros lugares invadiram uma propriedade rural, dela tomaram conta, prenderam o seu proprietário, encheram um vaso de fezes e colocaram em sua cabeça, deixando-a não sei por quanto tempo sob armas engatilhadas.

Passará pela cabeça de um legislador conceber uma hipótese dessas para dizer que ela caracteriza crime de tortura? E não será, de outro lado, autêntica tortura pela imposição de dor física e moral? Será que isso não caracteriza tortura?

Há torturas que não deixam sinal, como a coação

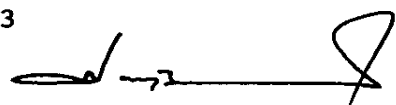
2 

psíquica, o choque elétrico, que, especialmente em determinadas partes do corpo humano, os órgãos genitais, por exemplo. A crônica não muito remota registra coisas horrorosas a esse respeito. Outras vezes a tortura deixa vestígios permanentes e irresgatáveis. Tudo isso cai sob o mesmo terrível universo que se chama "tortura". Tão terrível e impressionante que tem sido objeto de providências de caráter internacional no sentido de coibí-la.

Durante o período nazista as violências cometidas contra a pessoa humana são mais ou menos conhecidas dada sua brutalidade. Também na França, durante a ocupação. O mais grave é que, depois da libertação, primeiro na Argélia e depois no próprio território continental, a tortura chegou a ser praticada quase que sistematicamente - senão, sistematicamente-, sob a motivação de detectar perigos iminentes à sociedade e às pessoas; houve quem defendesse a tortura para evitar males altamente significativos. Quando foi feita a denúncia desta prática, no Senado, o primeiro Ministro Debré declarou que o livro, que tinha veiculado a notícia destas práticas, chamado "A gangrena", era pura e simplesmente um conjunto de mentiras, mas com o tempo o fato se tornou incontestado e terminou confessado, e mais ainda, até defendido.

O Presidente da Câmara Criminal da Corte de Cassação, Maurice Roland, que foi companheiro do General Massus na fase da libertação, ao responder em artigo o que General tinha sustentado, asseverou:

"Lembro os meus pobres camaradas, em número reduzido, retornados dos campos da morte, e que conosco haviam feito juramento de que isto não



voltaria a ocorrer, de que este crime ficaria fora da lei. E escuto o que me dizem agora que essa tortura, por vezes eficaz, pode ser oficialmente autorizada. Evoco a lembrança daqueles que, como eu, conhecem o General Massus, companheiro da libertação. Penso naqueles que, esquartejados, e vós conheceis seus nomes, mataram-se para não ceder à tortura, para não falar.

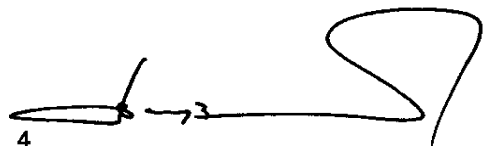
Lembro Jean Moulin, que ficou firme com o corpo desconjuntado, e que fizeram desaparecer, após tanto sofrimento, para que isto não fosse conhecido. AH! Esse desaparecimento em mim evoca outros. Então, perdoem-me. Lendo o que escreve o General Massus, não só o deploro, mas tenho vergonha".

Outro General, o General Borlardiere - respondendo ao General Massus, asseverou que

"Se um novo tribunal de Nürenberg viesse a existir, todos nós seríamos condenados".

Senhor Presidente, penso que a condenação desta conduta, retratada pela palavra, "tortura", é suficientemente clara, suficientemente determinada, suficientemente positiva no sentido de enquadrar uma situação, de caracterizar um quadro; terá variantes, haverá torturas. A própria lei reconhece isto, ao distinguir a tortura que pode gerar ferimentos leves, graves e até à morte. Mas ninguém deixa de saber, ninguém ignora, ninguém desconhece o que seja o horror da tortura.

Nego a ordem na linha dos votos que a indeferem em parte, ou seja, para não somar os dois delitos.



4

23/6/94

TRIBUNAL PLENO

278

HABEAS CORPUS

Nº 00703895/130

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA : - Sr. Presidente. A matéria está amplamente debatida, neste Plenário; a rigor, poderia eu limitar-me à opção entre as duas teses que se põem em confronto. Certo é que, apenas, V. Exa. e eu, ainda, não fizemos manifestação a respeito do caso em julgamento.

A Constituição no art. 227 estipula:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

O Estatuto da Criança e do Adolescente, posterior à Constituição, procurou, na atualização do antigo Código do Menor, dar definições no plano legal a esse ideário, que o constituinte escreveu na Constituição, sobre o tratamento à criança e ao adolescente. Nesse documento legislativo em que se definem normas de proteção, prevêm-se, também, figuras delituosas e disciplinares em relação ao adolescente e à criança, inovando-se, amplamente, nosso sistema dentro dessa visão protetiva da criança e do adolescente, inclusive com a criação de conselhos comunitários, cujo funcionamento já vem sucedendo, em todo o território nacional, com o objetivo, precisamente, de dar cumprimento a esse amplo programa constitucional, relativamente à criança e ao adolescente.

Dessa maneira, entendo o Estatuto da Criança e do Adolescente como lei que colima, especificamente, atualizar, no ponto, todo o sistema normativo, em conformidade com as explícitas preocupações do constituinte. Não se cuida, destarte, de normas isoladas dentro da ordem jurídica infraconstitucional, mas, sim, de complexo normativo novo, na

J. Néri

HABEAS CORPUS

Nº 00703895/130

linha da Constituição de 1988, o qual, de resto, vem sendo cumprido.

Inseriu-se, na conformidade desse sistema novo, no art. 233 da Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, preceito de natureza penal, pois essa Lei, como anotei acima, tem normas administrativas, penais e disciplinares, entre estas existindo regras que modificam, sem dúvida, o sistema do Código Civil também no relacionamento entre pais e filhos.

Pois bem, estabelece o art. 233, "verbis":

"Art. 233 - Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Penal - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º - Se resultar lesão corporal grave:

Penal - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º - Se resultar lesão corporal gravíssima:

Penal - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º - Se resultar morte:

Penal - reclusão de quinze a trinta anos."

Por primeiro, entendo que na espécie só existe um tipo penal; não há distinguir entre dois crimes autônomos: o delito de tortura e o crime contra a integridade física do menor. A Lei definiu, a meu ver, o crime de tortura, no art. 233, e cominou-lhe penas exacerbadas, se da tortura resultarem lesão corporal grave, gravíssima ou até a morte, estipulando-se para o delito de tortura pena de reclusão de um a cinco anos.

Compreendo que, efetivamente, o legislador aqui previu um tipo penal. Todos os elementos relativos à figura delituosa se fazem presentes. Dir-se-á que o conceito de tortura não está explicitado, porque o legislador não definiu, expressamente, o que constituiria tortura, aos efeitos da regra penal do art. 233 do Estatuto em apreço.

Diversos votos destacaram, -a começar pelo do ilustre Ministro Francisco Rezek, seguido depois pelo pronunciamento minucioso do Sr. Ministro Celso de Mello, -que não existe, no caso, deficiência na descrição do tipo penal. Não

D. Neri

se trata de tipo deficitário, como afirmou o eminente Ministro Ilmar Galvão, pelo que ouvi de seu brilhante voto. O próprio sistema de nosso Direito Penal vem abonar a conclusão desses votos.

Com efeito, o termo "tortura" já está no Código Penal, no art. 121, § 2º, inciso III, ao cuidar do homicídio qualificado; explicitamente, faz-se, aí, referência à tortura como elemento qualificador do crime:

"§ 2º - Se o homicídio é cometido:

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, "tortura" ou outro meio insidioso e cruel, ou de que possa resultar perigo comum:

Pena - reclusão de doze a trinta anos."

Também, na Parte Geral vigente, o Código Penal prevê, entre as circunstâncias agravantes, no art. 61, inciso II, letra "d":

"Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, "tortura" ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que pode resultar perigo comum."

De outra parte, votos aqui proferidos registraram diversos crimes em que também o núcleo depende de conceito que não está definido legislativamente, e nem por isso se tem como deficiente o tipo penal. Poder-se-ia, no particular, referir, como fez o ilustre Ministro Paulo Brossard, o art. 122 do Código Penal. Mas, se se visualizar o capítulo dos crimes contra os costumes, em quase todas as figuras penais, há conceitos que, em realidade, não estão descritos legislativamente, pois a Lei não estipula, de referência a eles, o que se considera, como tal, para a incidência da regra indicada. A conceituação depende, em consequência, da definição da doutrina e da jurisprudência, que

J. Neri

HABEAS CORPUS

Nº 00703895/130

disso se encarregam, emprestando ao dispositivo condições de ser aplicado.

Compreendo as preocupações, relativamente ao art. 233 em foco, pela abrangência que esse dispositivo tem dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo alcançar até a intimidade da família, ou seja, virem a ser acusados inclusive parentes que tenham sob sua guarda crianças, por condutas que constituiriam tortura. É evidente que aí, - e é o descrime que estabeleço, - existe um outro complexo de normas que há de ser posto em consideração. Qual é esse complexo de normas? São todas as que regulam as relações entre pais e filhos, as de pátrio poder e tutela, as concernentes ao poder disciplinar nas relações de pais e filhos, na educação no lar, dentre outras.

Esses aspectos de fato, entretanto, "data venia", não afastam a compreensão do art. 233 do Estatuto. Nele, há de reconhecer-se núcleo mínimo a definir o tipo "tortura", com certa univocidade, e incumbirá à jurisprudência, desde logo, entretanto, precisar esse conceito, sem prejuízo, à evidência, de normas legislativas que venham a discipliná-lo. Nelson Hungria, referindo-se à tortura, descreve-a como sendo "o meio supliciante, a inflição de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade" (Comentários ao Código Penal, vol. V, pág. 162).

Dessa maneira, Sr. Presidente, entendo que o art. 233 tipifica o crime de tortura, limitado, todavia, ao âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, vale dizer, tendo como sujeito passivo, tão-só, a criança e o adolescente, que são conceitos definidos pelas respectivas faixas etárias, na Lei em exame.

O eminente Ministro Celso de Mello, na reiteração de seu voto, nesta assentada, aludiu a diversos autores que se têm preocupado com o estudo do art. 233, do Estatuto, todos acentuando que a tortura não existe no direito brasileiro como entidade delituosa autônoma, exceto no que se refere ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No particular, há um tipo penal aberto, à semelhança de tantas outras figuras penais, com a mesma natureza, que se ajustam,

J. Mári

HABEAS CORPUS

Nº 00703895/130

entretanto, ao princípio constitucional da tipicidade dos crimes.

Não entendo, assim, que, na ação penal pelo crime do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exista ofensa ao dispositivo constitucional da reserva legal, "ut" art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988.

Com essas rapidíssimas considerações, peço vênua ao Sr. Ministro-Relator e aos que o acompanharam, para subscrever o voto do Sr. Ministro Francisco Rezek e dos que o seguiram, não vendo, na espécie, constrangimento ilegal. Indefiro, também, o "habeas corpus".

J. Yáin

23/06/1994

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 70.389-5 SÃO PAULO



V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, o que se está discutindo é a questão de saber se foi, ou não, observado o princípio de que não há crime nem pena sem lei.

Ora, já está evidenciado nesta discussão neste Plenário que a tortura admite uma pluralidade de conceitos, alguns mais restritos, outros mais amplos. Por isso, no tratado internacional a que aderiu o Brasil, decorrente da convenção firmada na Assembléia Geral das Nações Unidas, se diz: "*Para os fins da presente convenção, o termo tortura...*", o que demonstra que esse termo foi tomado num dos vários significados que ele admite.

Ademais, Sr. Presidente, a só circunstância de, no Brasil, haver seis projetos de leis definindo, diferentemente um do outro, o que vem a ser tortura - e a ela se pode acrescer o fato de que, no direito penal internacional, há um tipo fechado de tortura para adultos e um tipo aberto de tortura para criança - demonstra que há necessidade de, no direito penal brasileiro, se tipificar, por lei, o crime de tortura, justificando a controvérsia que, a respeito, há na doutrina.

O problema, a meu ver, é ainda mais grave, porque essa tipificação, para mim, está de certa forma, contida no estatuto da criança, abarcando, inclusive, o relacionamento entre pais e filhos. Aliás o eminente Ministro Néri da Silveira salientou - se bem entendi seu pensamento - que, nesse caso, seria conveniente que o juiz tivesse atitudes diversas, conforme se trate de pais, terceiros ou autoridades.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Não foi bem isso o que disse. O que observei é que o art. 233 em exame não é norma dirigida apenas à autoridade policial, mas, por sua generalidade, podem-se compreender, em seu âmbito, outros sujeitos ativos eventuais desse crime, inclusive na intimidade da família, parentes e até mesmo os pais.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - De outra parte, não me parece que, com relação à tortura, se possa argumentar que, em direito penal, se admitem expressões de conteúdo elástico, para circunstâncias agravantes ou para qualificadoras, como, por exemplo, "meios cruéis", em que a enumeração deles, feita pela lei, é exemplificativa e não exauriente. No caso da tortura, trata-se de tipificação de crime, e, para isso, é preciso que a lei estabeleça

esse tipo, inclusive no que diz respeito ao sujeito ativo, até porque, pela convenção internacional já aludida, só há crime de tortura quando seu sujeito ativo seja autoridade, e não qualquer pessoa.

Ademais, é de atentar-se que, em direito penal, não se admite aplicação analógica.

Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia dos que votaram em sentido contrário, acompanho o eminente Ministro-Relator.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long vertical stroke, positioned to the right of the text.

23/06/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70.389-5 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI(PRESIDENTE): -
O debate até aqui desenvolvido foi brilhante e exaustivo. Limito-me, portanto, em primeiro lugar, a deixar de novo registrado que o Supremo Tribunal Federal não está convocado ao exame, à avaliação, de uma conduta individual, mas a estabelecer se determinado dispositivo legal está conforme a Constituição da República; e, em segundo lugar, a considerar carente de tipificação o dispositivo constante do art. 233 da Lei nº 8.069/90, de sorte a infringir, essa norma repressiva, o princípio da reserva legal, tão caro à Constituição do Brasil, especialmente, em relação às normas penais.

Por isso, estou acompanhando, com a devida vênica da maioria que se formou, o voto do eminente Relator e dos quatro eminentes Colegas que o seguiram. *O GalloTTi*

/amn/

PLENARIO

EXTRATO DE ATA

23-6-94

HABEAS CORPUS N. 70.389-5
ORIGEM : SAO PAULO
RELATOR : PARA O ACORDAO MIN. CELSO DE MELLO
PACTES. : HERBERT FERNANDO E OUTRO
IMPTE. : TANIA LIS TIZZONI NOGUEIRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Ministros Sydney Sanches, Relator, e Ilmar Galvão deferindo o pedido de habeas corpus, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Miguel Frauzino Pereira. 1a. Turma, 03.12.93.

Decisão: Apresentado o feito em mesa não foi ele julgado pelo adiantado da hora. 1a. Turma, 17.05.94.

Decisão: Por proposta do Ministro Celso de Mello foi o presente habeas corpus remetido a julgamento do Tribunal Pleno, desconstituindo, assim, o início do julgamento realizado nesta Turma. Unânime. 1a. Turma, 31.05.94.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, depois do voto do Relator deferindo, em parte, o pedido de habeas corpus, para trancar a ação penal em curso perante a 4a. Vara Criminal de São José dos Campos - SP, ou seja, quanto à imputação da prática de ato previsto no art. 233 da Lei n. 8.069, de 13.7.90, devendo o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar prosseguir perante a Justiça Militar, declarando, ainda, a inconstitucionalidade do art. 233 da citada lei (n. 8.069/90), e dos votos dos Ministros Celso de Mello e Francisco Rezek, também deferindo, em parte, o pedido de habeas corpus para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça e prosseguir o julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na Justiça Comum estadual. Não votou o Ministro Ilmar Galvão, por estar ausente, ocasionalmente. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 01.06.94.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 22.06.94.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu, em parte, o pedido de habeas corpus, para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça; prosseguir-se no julgamento quanto ao art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na Justiça Comum estadual; e declarar a constitucionalidade do referido dispositivo (art. 233 da Lei n. 8.069/90). Vencidos os Ministros Relator (Ministro Sydney Sanches), Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Moreira Alves e o Presidente (Ministro Octavio Gallotti), que também deferiam, em parte, o pedido de habeas corpus, para trancar a ação penal em curso perante a 4a. Vara Criminal de São José dos Campos - SP, ou seja, quanto à imputação da prática de ato previsto no art. 233 da Lei n. 8.069/90, devendo o processo por crime previsto no art. 209 do Código Penal Militar prosseguir perante a Justiça Militar, e declaravam, ainda, a inconstitucionalidade do art. 233 da citada lei (n. 8.069/90). Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello. Plenário, 23.06.94.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da
Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso
de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio; Ilmar Galvão e Francisco
Rezek.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio
Machado da Silva.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário