

TORTURA: BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A LEI Nº 9.455/97

ALBERTO SILVA FRANCO

Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais IBCCrim

1 - A Constituição Federal de 1988 estabeleceu para o legislador infraconstitucional, entre outros encargos, o de dar tutela penal a determinados bens jurídicos. Não se satisfaz, contudo, em indicar esses bens jurídicos. Foi além. Em alguns casos, especificou os destinatários das normas penais, a espécie de pena a ser cominada, a exclusão de uma ou de mais causas de extinção de punibilidade, a supressão de alguns direitos processuais. O que teria movido o legislador constitucional a invadir, de maneira tão explícita, a área de atuação reservada normalmente ao legislador ordinário? De um lado, a consideração de que certos bens jurídicos, pela importância que lhes era ínsita, deveriam ficar resguardados, mesmo em nível constitucional, através de uma adequada proteção penal. Para esse entendimento, os meios de comunicação de massa contribuíram, de modo destacado, conduzindo o legislador constitucional a uma precipitada avaliação do merecimento penal desses bens jurídicos. De outro lado, a consideração de que o Direito Penal seria o único instrumento de controle formal adequado à eficaz garantia dos mencionados bens jurídicos, sendo certo, assim, que a incriminação não representava apenas um juízo de merecimento de pena, mas, sim, e sobretudo, um juízo de necessidade dessa pena. Deste modo, o legislador constitucional chamou para si os critérios aferidores que seriam próprios do legislador infraconstitucional para efeito

de incriminar, ou não, determinadas ofensas a bens jurídicos relevantes.

A prática de tortura está expressamente referida na Constituição Federal - art. 5º, inc. XLIII - como sendo um fato criminoso equiparável aos crimes hediondos e que não poderia, como o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ser afiançável, nem suscetível de graça ou de anistia. Apesar da explícita menção constitucional ao crime de tortura e de ter o Brasil ratificado, respectivamente, em 28/09/89 e em 20/07/89, a Convenção contra tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, assumindo o compromisso internacional de considerar delitos “em seu direito penal”, todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza, nenhuma providência foi seriamente adotada até março de 1997 para atender quer ao texto constitucional, quer aos compromissos internacionais.

É exato que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “Habeas-Corpus” nº 70.389-5, por estreita maioria de votos (um único voto a mais), e com composição diversa da atual, sustentou a aplicabilidade do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando, assim, existir, no Direito Penal Brasileiro, o tipo de tortura no caso em que a vítima for menor de dezoito anos de idade. A questão foi longamente examinada, na anterior edição do livro “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Constitucional”, na parte relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente (item 4.02 “F”) e mereceu um estudo, em profundidade, de Sylvia Helena Steiner Malheiros, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais (“O princípio da Reserva Legal e o Crime de Tortura na Legislação Brasileira”, vol. 13, p. 163, 1996). A matéria tornou-se, no entanto, superada em face da Lei 9.455/97, que revogou, de forma expressa, o art. 233 do ECA.

Em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo internacional. O que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia, com frequência, na ação de policiais militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram ainda devidamente

esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham desprezado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, através das emissoras de televisão e de rádio e, também da imprensa escrita, despertaram a opinião pública que se mobilizou, de modo incisivo, no sentido de pôr paradeiro aos atos de tortura, que eram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação. Essa tardia e densa manifestação da sociedade permitiu - embora não se saiba durante quanto tempo os meios de comunicação de massa serão direcionados para tal objetivo - um processo de revalorização dos direitos fundamentais da pessoa humana e serviu de poderosa alavanca para a movimentação do Congresso Nacional. Com isso, apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 8 de abril de 1997. O Brasil foi, sem dúvida, um dos últimos países do mundo ocidental a incluir, em sua tipologia oficial, o delito de tortura. É inquestionável que a lei configuradora desse crime poderia ter sido melhor formulada - sob essa ótica, as deficiências do texto legal são notórias, gritantes mesmo - mas será sempre preferível, em matéria de tortura, uma figura típica que possa ser melhorada, do que a carência tipológica. A simples existência do tipo de tortura já constitui, em si mesma, um progresso enorme na área de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana e representa um fator psicológico capaz de reduzir, ou mesmo, de inerciar a atividade delitiva dos torturadores que agiam até bem pouco tempo sob o manto protetor e seguro da impunidade. Vem sempre a pêlo, quando se fala de tortura, as observações feitas por Joan Queralt Jimenez (“Derecho Penal Español - Parte Especial”, pp. 794/795, Bosch Editor - Barcelona - 1992) a partir do quadro sócio-político espanhol, mas também pertinentes em relação à realidade brasileira: “suele argumentarse que ante la brutalidad de los hechos terroristas, el empleo de métodos expeditivos, aunque prohibidos por la Ley, pueden justificarse. Ello es un craso error por varios motivos. El

primeiro de ellos es que no existe razón que mueva a comportarse como un caballero a quien tortura al presunto terrorista cuando se halla en presencia de otro tipo de delincuente; o dicho de otro modo: la tortura es una práctica progresiva que no conoce límites; hoy puede ser el terrorismo y mañana el tráfico de drogas o siempre el oponente político o el ratero. La segunda razón estriba en la más crasa de las incompetencias profesionales por parte de las autoridades y funcionarios policiales, apoyada por ciertas connivencias en otros sectores; cuanto más violenta y organizada es la delincuencia, tal como ocurre con el terrorismo y otras modalidades de bandolerismo moderno, la respuesta policial tiene que ser más sofisticada y mucho menos visceral. Esperar un comportamiento gentil y cooperativo por parte de un (presunto) delincuente es un soberano dislate. Lo difícil no es saltar la Ley a la torera - máxime cuando se sabe de básicas complicidades, apoyos y aplausos - lo difícil es cumplir con la función de prevención y de averiguación de los hechos punibles siguiendo las pautas de la Ley; y, para eso, en primer lugar, hay que conocer la Ley”.

2 - A tortura, de acordo com a Lei 9.455/97, está centrada nas condutas humanas representadas pelos verbos “constranger”, “submeter” e “omitir”. As duas primeiras modalidades de expressão do delito de tortura apresentam uma estrutura gramatical comum: verbos transitivos que exigem, como dados essenciais da própria ação, complementos verbais, ou seja, objeto direto e objeto indireto e, além desses complementos, um adjunto adverbial de modo. A última exibe uma estrutura gramatical mais simples: verbo transitivo direto e um complemento adverbial de tempo.

“Constranger”, nessa composição tipológica, tem o sentido de “forçar”, “coagir”, “violentar” (Aurélio Buarque de Holanda, “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, 2ª ed., p. 461, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986) ao passo que “submeter” tem o significado de “dominar”, “vencer”, “subordinar”. (Aurélio Buarque de Holanda, op. cit. p. 1623). Ambos os verbos denunciam ações dotadas de uma perceptível carga de ilicitude. Não obstante, os dois verbos necessitam ser complementados. O objeto direto de um e de outro é designado pelo vocábulo “alguém”. Destarte, o constrangimento ou a submissão devem ser exercidos sobre “alguém”, isto é, sobre uma certa pessoa. A determinação do objeto direto não se revela, contudo, suficiente para expressar os contornos dos comportamentos delituosos. É mister que se efetue a

complementação das ações tipificadas com a referência ao objeto indireto. Não basta, portanto, “constranger” ou “submeter” “alguém”. É necessário que essa pessoa seja constrangida ou submetida a alguma coisa. Ora, o “sofrimento físico ou mental” constitui o elemento necessário de complementação das ações enunciadas. “Submeter” ou “constranger” “alguém” a um “sofrimento físico ou mental” não representam, contudo, o esgotamento da estrutura típica comum às duas formas de tortura. Há ainda um adjunto adverbial de modo que deve, necessariamente, acompanhar os procedimentos executados, ou seja, o emprego de violência ou grave ameaça. Assim, as duas modalidades de tortura se acomodam, de início, numa armação tipológica comum.

A partir daí, no entanto, são detectáveis diferenças bastante significativas entre uma e outra dessas modalidades.

Assim, na hipótese de constrangimento, é exigível que o agente, ao realizar a conduta incriminada, deva ser movido por uma de duas finalidades, expressamente, indicadas ou por um motivo devidamente explicitado; a) o propósito de obter “informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”, b) o objetivo de “provocar ação ou omissão de natureza criminosa” e c) por motivo de “discriminação racial ou religiosa”. Sem a existência de qualquer desses dados anímicos, a figura da tortura não se completa, do ponto de vista típico, embora possa dar origem a fato criminoso de diversa qualificação jurídica.

Por outro lado, na hipótese de submissão, a ação do torturador deve estar dirigida à aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. Nessa situação, o sofrimento físico ou mental exigível tem uma qualidade diversa daquela que é própria da ação de “constranger”: possui um nível superior; em resumo, deve ser “intenso”. Mas não é só. O “alguém” que é submetido à tortura não é o “alguém” indefinido do inciso I, do art. 1º, mas um “alguém”, com características próprias, ou seja, aquele que esteja “sob a guarda, poder ou autoridade” do agente.

A modalidade de submissão não se esgota, contudo, no caso do inciso II do art. 1º da Lei 9.455/97. O § 1º utiliza-se também do verbo “submeter” para retratar um desdobramento daquela atividade criminosa. Cuida-se, então, da hipótese em que a submissão se refere a “alguém” com qualificação diversa da mencionada no inciso II, ou seja a “pessoa presa ou sujeita a medida de segurança”. Nessa situação, submete-se tal pessoa a sofrimento

físico ou mental - que já não exige intensidade - por meio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Resta explicitar a derradeira forma de realização do delito de tortura, ou seja, a comissiva por omissão. Omitir não é o simples “deixar de fazer”, a mera “inércia”, a “não-ação”. Omitir, em verdade, é o não fazer aquilo que se devia fazer. No caso do § 2º, do art. 1º da Lei 9.455/97, a omissão consiste, exatamente, em face das condutas de constrangimento e de submissão postas em prática pelo torturador, não fazer o que o omitente, no momento - portanto, complemento adverbial de tempo - tinha o dever de fazer, ou seja, ou evitar que aquelas condutas fossem executadas ou apurar devidamente quem as executou. O “evitar” pressupõe um procedimento positivo com a finalidade de impedir que se consuma a tortura. Já, o “apurar” retrata um comportamento negativo consistente em não averiguar, em não investigar, em sumar, em não responsabilizar, o autor ou autores de torturas. Em qualquer dessas duas situações, o agente tem o dever de atuar como garantidor da integridade física e mental do torturado.

3 - A montagem tipológica da tortura, a partir das condutas enunciadas na Lei 9.455/97, deve ser submetida, no entanto, a uma rigorosa análise crítica.

A) O mais grave defeito do novo diploma legal reside na circunstância de que o tipo da tortura não foi estruturado como crime próprio - aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade -, mas sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa. A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ao definir o termo “tortura”, além de referir-se à prática de “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa”, com finalidade bem explicitadas, deixou claramente consignado que “tais dores e 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 (Flávia Piovesan in “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 375/376, Max Limonad - São Paulo, 1996). A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985, foi de uma explicitude maior, ao estabelecer, no art. 3º, que “serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem

ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam, b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou nele sejam cúmplices” (Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 462). Em ambas as convenções internacionais, como já ficou anteriormente consignado, o Brasil, como País signatário, se comprometeu a punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Cuida-se, aqui, de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e as normas neles estabelecidas, por força dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, têm o “status” de norma constitucional. Como enfatiza Antônio Augusto Cansado Trindade, citado por Flávia Piovesan (*op. cit.* p. 103/104), “se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. Há, por assim dizer, uma integração automática, no direito interno, e em nível constitucional, das normas internacionais que digam respeito aos direitos humanos, dispensada, deste modo, qualquer intermediação legislativa. Ora, a partir dessa interpretação, é evidente que o tipo de tortura, na legislação penal brasileira, não poderia destoar flagrantemente da definição contida nas convenções internacionais já referidas. Destarte, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leva em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados,

civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático constituiria fato criminoso prescritível ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia.

Além disso, na doutrina, a qualificação do crime de tortura, como crime próprio, constitui posição predominante. Manuel de Rivacoba y Rivacoba (“Crisis y Pervivencia de la Tortura, in “Estudios Penales - Libro homenaje ao Professor J. Antón Oneca, p. 802 - Ediciones Universidad de Salamanca, 1982) assevera que a tortura consiste “en el dolo o sufrimiento físico, infligido por funcionario público o por orden o instigación de él, para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que haya perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito”. Não é diverso o entendimento de Joan Queralt Jiménez (op. cit. pp. 795/796) ao enfatizar que sujeito ativo do delito será “qualquer funcionário judicial ou do governo” acrescentando que “se trata de um delito especial próprio: os particulares não podem torturar no sentido deste tipo”. No mesmo sentido, T.S. Vives Antón et alii (in “Derecho Penal” - Parte Especial - p. 113 - Tirant lo Blanch - Valencia - 1990) e Francisco Muñoz Conde (“Derecho Penal” - Parte Especial - 8ª ed. p. 667 - Tirant lo Blanch - Valência - 1991).

Alejandro del Toro Marzal (“El nuevo delito de tortura” in “La Reforma del Derecho Penal”, 271, Universidade Autònoma de Barcelona, 1980) critica, no entanto, o tipo de tortura como crime próprio. “A tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à liberdade e dignidade”. Destarte, não considerar que “particularidades ou extremistas de qualquer tendência possam também empregar a tortura, tanto em relação a outros indivíduos, como aos próprios funcionários públicos, é limitação demagógica e contraproducente, pois tal conclusão carece de lógica jurídica, se se consideram crimes internacionais, fatos cometidos por particulares, como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas, e se ainda, como parece óbvio, nem todos os funcionários públicos de todos os países foram ou serão torturadores. O monopólio do tipo, pelos funcionários públicos, não contribui para melhorar suas atuações, nem para incrementar seu apreço pelos direitos humanos”. A argumentação expendida não pode, contudo, ser acolhida. Como acentuou Vives Antón (op. cit. p. 114), Toro del Marzal

se apegou a um conceito vulgar de tortura quando, na realidade, “o que dá substantivação do delito é o abuso de poder vinculado ao atentado contra as garantias, penal e processual. Os fatos realizados por particulares não podem reunir esses dados característicos e, em qualquer caso, para seu castigo há uma larga série de figuras genéricas”.

A posição predominante na doutrina espanhola encontrou abrigo no recente Código Penal Espanhol (art. 174) ao estatuir que “comete tortura a autoridade ou funcionário público que, abusando de seu cargo e com o fim de obter uma confissão ou informação de qualquer pessoa ou de castigá-la por qualquer fato que haja cometido ou se suspeite que tenha cometido, submete-a a condições ou procedimentos que por sua natureza, duração ou outras circunstâncias, lhe inflijam sofrimentos físicos ou mentais, a supressão ou diminuição de suas faculdades de conhecimento, discernimento ou decisão, ou que de qualquer outro modo atentem contra sua integridade”. Igual postura é acolhida no Código Penal Português que sanciona com pena de prisão de um a cinco anos, “se pena mais grave não lhe couber, por força de outra disposição legal” quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infrações criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a proteção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação, b) a castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou c) a intimidar ou para intimidar outra pessoa” (art. 243).

No Brasil, em data relativamente próxima, no Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, elaborado para a Comissão de Reforma Penal, dirigida pelo Min. Evandro Lins e Silva, foi proposta a criação da figura típica da tortura, entre os delitos contra a dignidade da pessoa humana. O texto do art. 186, que se fundamentou na “Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”, teve a seguinte redação: “Infligir, direta e intencionalmente, o funcionário público ou outrem, por sua ordem, solicitação ou instigação, para fins de investigação criminal ou com qualquer outra finalidade, ou como castigo pessoal, como medida preventiva, ou como penal, ato doloroso ou sofrimento físico ou psíquico, contra alguém para obter informação, testemunho ou confissão sobre fato praticado, ou que se suspeita que tenha praticado, ou para provocar sua intimidação ou

de terceiros”. Após a Lei 9.455/97, na mesma linha de entendimento, manifestou-se Rui Stoco (“A tortura como Figura Típica Autônoma”, in “Enfoque Jurídico”, TRF, da 1ª Região, março-abril de 1997) ressaltando que a “opção da lei em estabelecer a tortura como crime comum, por alargar seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao conflito de normas”. De igual teor, foi a opinião de Sérgio Salomão Shecaira (“Algumas Notas sobre a Nova Lei de Tortura” in “Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, nº 54, p. 2): “melhor seria, ainda, para a delimitação do objeto e alcance da lei, que o crime de tortura viesse classificado como crime próprio - aquele que pode ser cometido por determinada categoria de pessoas - e não como crime comum, cujo autor pode vir a ser qualquer pessoa. É que, neste contexto, inúmeras dúvidas poderão surgir, “data a abrangência de sua definição”.

Diante de todas essas considerações, não se pode fugir à conclusão de que a Lei 9.455/97, ao conceituar a tortura como crime comum, isto é, executável por qualquer pessoa, além de lesionar, de modo flagrante, norma constitucional que tem embasamento em tratados internacionais relativos a Direitos Humanos Fundamentais, está na contramarcha da doutrina atual sobre a matéria.

B) O sujeito passivo, na modalidade de conduta consiste em “constranger” é representado pelo vocábulo “alguém” que tem o significado de “qualquer pessoa”.

Já, no que tange à ação física representada pelo verbo “submeter”, o sujeito passivo não é mais “qualquer pessoa”, mas sim, uma pessoa adjetivada, isto é, que possua algum tipo de qualificação.

Na hipótese do inciso II do art. 1º, é mister que essa pessoa esteja sob a guarda, poder ou autoridade do sujeito ativo. Já, na modalidade do § 1º do art. 1º, é necessário que esse “alguém” seja uma pessoa “presa ou sujeita a medida de segurança”.

O texto legal, ao referir-se à “guarda”, “poder” e “autoridade”, remeteu-se logicamente à conceituação que tais expressões gozam em nível penal. O conceito de “guarda” possui inquestionável flexibilidade no campo penal e não se circunscreve apenas às hipóteses em que o sujeito passivo, em razão de lei ou de ato judicial, tenha sido entregue ao sujeito ativo para efeito de ser protegido ou amparado, incluindo, também, as hipóteses em

que essa “guarda” provenha de qualquer situação fática devidamente demonstrada. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (Lei 9.455/97. Primeiras Notas Interpretativas, in “Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 55). Já, a idéia de “poder” faz presumir uma relação de sujeição, fundada em direito público ou privado, do sujeito passivo em relação ao autor da tortura. Por fim, o conceito de “autoridade” pode ser buscado em texto penal que guarda parentesco próximo com o delito de tortura. O art. 5º da Lei 4.898/65, Lei de Abuso de Autoridade, define como “autoridade quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração”. Essa será, por certo, uma hipótese destoante da figura básica da tortura já que, para sua caracterização típica, exige que o sujeito ativo seja agente público. Em qualquer das hipóteses referidas acima, no entanto, é mister que a tortura seja aplicada como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

No caso do § 1º da Lei nº 9.455/97, o sujeito passivo deve ser uma pessoa que esteja presa ou submetida à medida de segurança. A locução “pessoa presa” deve ser interpretada da forma mais abrangente possível. É “pessoa presa” tanto a que estiver em prisão temporária ou em qualquer outra forma de prisão cautelar, como também quem estiver preso em razão de sentença condenatória, submetida a recurso ou com trânsito em julgamento. Em qualquer dessas situações, o preso não pode ser submetido a sofrimento físico ou psíquico que mereça a qualificação de intenso. Colocar o preso em cela forte, lesioná-lo, em sua integridade física, como medida de disciplina, privá-lo do banho de sol, impedi-lo de receber visitas de familiares, obrigá-lo à realização de trabalhos perigosos ou superiores às suas condições físicas são alguns exemplos de tortura imposta a “pessoa presa”. A lei prevê, ainda, a possibilidade da tortura de pessoa sujeita à medida de segurança, isto é, de pessoa ininputável que esteja recolhida a estabelecimento psiquiátrico. Nesse caso, submeter tal pessoa a choques elétricos, sem que tal terapia seja, de algum modo justificada para o caso concreto, constitui também um exemplo de tortura. A submissão a sofrimento físico ou mental de pessoa presa ou de pessoa submetido à medida de segurança, para caracterizar hipótese do § 1º, não tem fundamento em ato legalmente previsto ou resultante de medida legal.

C) Admitida a tortura, como crime comum, nos termos da Lei nº 9.455/97, é inquestionável que suas duas modalidades de concretização (o

“constranger” e o “submeter”) estão na dependência, para sua compreensão típica integral, de uma valoração judicial de largo espectro. Com efeito, o novo diploma legal omitiu uma definição indispensável, ou seja, os limites conceituais do “sofrimento físico” ou do “sofrimento mental” provocados, um ou outro, pela conduta de constrangimento ou de submissão. Ainda que se admita, para argumentar, que é possível, através de perícia médico-legal, detectar o sofrimento físico de alguém, não se pode ignorar que vários sofrimentos físicos podem ser infligidos sem que deles decorram vestígios. Por outro lado, o “sofrimento mental” de uma pessoa constitui um conceito extremamente poroso, que, por isso, flutua no ar, sem nenhum ponto de engate na realidade. O sofrimento mental, dimensionado em termos não concretos, mostra-se de extrema variabilidade, podendo ser diverso conforme a maior ou menor sensibilidade ou capacidade reativa de cada pessoa. Uma ação criminosa é, no entanto, um acontecimento cujo preenchimento decorra de uma avaliação pessoal do juiz. A locução “sofrimento mental” constitui, portanto, uma cláusula típica de caráter tão genérico que põe em risco o princípio da legalidade. Nessa linha de consideração, Sérgio Salomão Shecaira (op. cit. p. 2) chama a atenção para o caráter indeterminado do tipo de tortura “que pode conduzir a uma negação do próprio princípio da legalidade, pelo emprego de elementos do tipo sem precisão semântica”. O que dizer-se, então, quando se exige que esse “sofrimento mental” seja “intenso” (§ 1º, do art. 1º da Lei 9.455/97)? Com que parâmetros poderá o julgador aferir a intensidade desse sofrimento? Não foi, por outro motivo, que o legislador português procurou restringir a área de significado do conceito de tortura, para nela incluir apenas o “acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas, ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima (art. 243 nº 4). E indo além, na letra “b” do nº 1 do art. 244, indicou “meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, electrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias”. Foi também com o objetivo de dar concreção aos conceitos de “sofrimento físico” e de “sofrimento mental” que os autores do Esboço de Projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, utilizando-se da técnica do “exemplo-padrão”, no § 1º art. 186, consideraram

constituir “atos de tortura, para fins penais, todo ato doloroso ou produtor de sofrimentos físicos, como golpes com o emprego ou não de instrumentos, choques elétricos, queimaduras, posições forçadas, violação ou agressão sexual, exposição a frio, submersão em água para produção de asfixia parcial, ataques para rompimento do tímpano ou qualquer outro ato equivalente que produza dor ou sofrimento físico. São também atos de tortura os que produzem sofrimento psíquico tais como o simulacro de execução, privação do sono, exposição contínua a ruídos ou a luzes intensas, confinamento, ameaças, observação da tortura alheia, submissão de parentes a violências ou agressões sexuais ou outros atos equivalentes idôneos a produzir seqüelas mentais”.

D) A violência e a grave ameaça estão presentes apenas nos incisos I e II do art. 1º da Lei 9.455/97, como modos de execução dessas duas modalidades de tortura. Ambas, consoante Heleno Cláudio Fragoso, “são formas de conduta que apresentam intenso desvalor social e que condicionam ou agravam em muitos casos a ofensa ao bem jurídico tutelado” (“Aspectos da Teoria do Tipo” in “Revista de Direito Penal”, nº 2, p. 74/75, 1971). A violência traduz-se no emprego de força física para efeito de vencer a resistência do ofendido e a grave ameaça “consiste na revelação do propósito de causar um mal futuro cuja superveniência dependerá da vontade do agente” (Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 80).

Meios de execução estão retratados ainda na Lei 9.455/95. No inciso II, do art. 1º, faz-se inequívoca referência à tortura como meio para aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. E, no § 1º do art. 1º, alude-se à tortura por meio de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

E) Todas as modalidades típicas de tortura (constrangimento, submissão e omissão) estão informadas de um lado de subjetividade comum: o dolo. Em qualquer desses procedimentos, o agente empreende a ação típica com a consciência e vontade endereçadas à realização da tortura.

F) Para que a tortura, na modalidade de constrangimento, se concretize, é necessário, além do dolo, que o agente atue com a finalidade de “obter informação, declaração ou confissão da vítima (?) ou de terceira pessoa” ou com o fito de provocar ação ou omissão de natureza criminosa. Pode, ainda, o autor ter, por motivo, a discriminação racial ou religiosa. Trata-se, no caso, da presença, na estrutura do tipo, de elementos subjetivos

que devem acompanhar a ação física posta em movimento pelo agente. Assim, o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causadoras uma e outra, de sofrimento físico ou mental, só terá condições de viabilizar-se tipicamente quando o agente atua com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa. Aqui tanto faz que o sujeito ativo seja um agente público ou uma pessoa sem essa qualificação. Estarão incluídas no delito de tortura, tanto a conduta do policial que pratica violência contra uma pessoa para dela obter uma informação, como a do particular que se utilize da violência ou grave ameaça para obter de alguém uma confissão de dívida. A alínea “a”, do inciso I do art. 1º da Lei 9.455/97 contém evidente equívoco ao referir-se à “confissão da vítima” e, não, a do acusado. A vítima, em verdade, nada tem a confessar... Por outro lado, o constrangimento, nas circunstâncias descritas no inc. I, do art. 1º da Lei 9.455/95, pode ser exercido com o propósito de conduzir o ofendido a uma ação ou a uma omissão criminosa. Nessa hipótese, também, o sujeito ativo pode ser indiferentemente o agente público ou o particular. Servem, a título de exemplo, o caso em que um integrante de quadrilha constranja, com violência, o companheiro arrependido a tomar parte numa extorsão mediante seqüestro e o caso em que um policial obrigue, mediante grave ameaça, uma pessoa, com passagens policiais, a executar, em seu proveito, um roubo. Por fim, pode o agente constranger alguém por motivo de discriminação racial ou religiosa. E, aqui, como nas anteriores hipóteses, o sujeito ativo pode ou não ser agente público. Seja como for, deve ficar demonstrado que a atividade física, ou seja, o constrangimento, nos termos do art. 1º da Lei 9.455/97, foi realizado ou porque determinada raça não é do agrado do torturador ou porque ele não aceita certa religião. Vale acentuar que a Lei n. 7.716/89 incrimina várias condutas de discriminação racial e que a recentíssima Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, incluiu a discriminação religiosa entre os tipos discriminatórios.

Se o constrangimento objetivar finalidade diversa ou se o agente for movido por motivo que não seja o de discriminação racial ou religiosa, não há cuidar de tortura. Aliás, só a finalidade e o motivo permitem distinguir a tortura, como crime comum, de outras tantas figuras típicas já constantes do ordenamento penal. No inciso II e no § 1º da Lei nº 9.455/97, não há nenhuma expressa referência à finalidade ou ao motivo com que agiu o torturador, mas apenas ao modo e meio de execução dessas modalidades

de tortura, modo e meio já referidos em item anterior.

G) A pena prevista para as duas formas básicas de tortura, constrangimento e submissão - é a mesma, ou seja, a pena reclusiva variável entre dois e oito anos. Merece crítica a alargada margem punitiva já que o máximo da pena cominada constitui o quádruplo do mínimo legal. Os marcos excessivamente amplos convertem em verdade o juiz em legislador. Na medida em que este se omite de sua missão de determinar, com adequação razoável um mínimo e um máximo de pena, em função do desvalor do fato, e estabelece, por comodismo ou irresponsabilidade, balizas punitivas largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois ao invés do desejável e discreto arbítrio judicial, instaura-se o regime da arbitrariedade do juiz, onde um quadro de inúmeras opções despropositadas encontra forma de expressão.

No que tange à modalidade comissiva, por omissão, a pena cominada é a detentiva, variável entre um e quatro anos, merecendo essa previsão legal a mesma restrição feita no tópico anterior.

H) A Lei n. 9.455/97 previu hipóteses de tortura qualificada. Assim, se a vítima, em virtude da ação de tortura contra ela executada, vier a sofrer lesão corporal, de natureza grave ou gravíssima, a pena reclusiva prevista será variável entre quatro e dez anos; no entanto, se sobrevier a morte do torturado, a pena reclusiva terá o mínimo de oito anos e o máximo de dezesseis anos. É evidente que, nessas situações típicas, o torturador não quis nem assumiu o risco de provocar as lesões graves ou gravíssimas ou, até, a morte do torturado. Tais resultados decorreram da ação de torturar esta, sim, dolosamente, querida pelo agente - e só lhe devem ser debitados, se os houver causado ao menos culposamente.

I - A criação do tipo de tortura traz à colação a questão do concurso de normas.

Absorveria a figura típica da tortura os delitos de constrangimento ilegal, de ameaça, e de lesão corporal leve, descritos no Código Penal ou todas essas figuras típicas poderiam conviver sem atrito? A simples leitura dos arts. 129, 146 e 147 do Código Penal é suficiente para que se afirme que o concurso de normas invocado é apenas aparente, visto que, por uma relação consuntiva, todos esses delitos foram absorvidos pelo crime de tortura que não lhes deu assim condições de sobrevivência autônoma. A tortura abrange, em resumo, o constrangimento ilegal, a ameaça e a lesão

corporal.

Mas qual seria o tipo de relacionamento entre a tortura e o homicídio? Aqui, a questão apresenta um enfoque diverso. Se o resultado “morte” não foi querido pelo torturador, mas advém como consequência da ação torturadora, a solução da matéria já se acha na própria Lei 9.455/97 que prevê a hipótese de tortura qualificada e lhe comina pena reclusiva de oito a dezesseis anos. Mas, se o agente está praticando a tortura e, num dado momento, decide eliminar a vida do torturado, é evidente que, nessa situação concreta, houve duas volições, representando a segunda um desvio em relação à primeira: o agente quis torturar e depois, quis matar. Em verdade, são duas ações completas e bem definidas a configurar dois delitos, em concurso material: a tortura e o homicídio. Quid inde se o agente desde o início de sua atividade delitativa tivesse o intento de matar a vítima e tivesse empregado a tortura para atingir esse objetivo? Haveria a figura do homicídio qualificado e a tortura seria considerada mero meio de execução daquele delito? Ou, na realidade, continuaria a existir o concurso material entre a tortura e o homicídio? A Lei nº 9.455/97 não teve, na matéria a explicitude desejável de que é exemplo o Projeto de Lei do Senado nº 190/95 que, no seu art. 20, reza, de forma a espantar toda e qualquer dúvida: “o crime de tortura constitui delito autônomo, punível independentemente da pena prevista em lei para o crime de que seja meio, elemento ou circunstância”. No entanto, convém ressaltar, no caso em tela, que não é propriamente a tortura, com uma determinada configuração típica, que se alça à condição de meio de execução do homicídio, de forma a qualificá-lo. O legislador adotou, em diversos incisos do art. 121 do Código Penal, uma técnica legislativa denominada “exemplo-padrão”. O que, em verdade, qualifica o homicídio não é a tortura em si, mas, sim, o emprego de meio cruel do qual “a tortura” e a “asfixia” são meros exemplos. Outros meios, além desses, podem ocorrer na realidade desde que guardem similitude, na sua crueldade, com os exemplos propostos. Destarte, a expressão “tortura”, na hipótese de homicídio qualificado, não encontra preenchimento no delito agora criado pela Lei 9.455/97: tem um significado vulgar, não jurídico-penal. Tortura, nessa acepção, é qualquer suplício violento infligido a alguém que se traduz em meio cruel para a execução do homicídio. Se os atos postos em prática pelo agente, com o propósito de matar, tem o contexto próprio desse meio cruel, independentemente da definição típica da Lei 9.455/97, ocorrerá

homicídio qualificado. Caso contrário, a ação criminosa ficará ao abrigo do homicídio simples.

A figura típica da tortura, quando o sujeito ativo é o agente público, tem, pela mesma relação de consunção referida no primeiro tópico desse ítem, o condão de absorver as figuras delitivas do art. 322 e do inciso III, do art. 350 do Código Penal. Já, no que se refere à Lei nº 4.868/65, a denominada Lei de Abuso da Autoridade, o processo de absorção foi, conforme o correto posicionamento de Rui Stoco (op. cit.), “pontual e localizado”. As alíneas “i” do art. 3º e “h” do art. 4º da Lei de Abuso de Autoridade foram abrangidas pelo tipo de tortura, mas outras figuras típicas se mantiveram incólumes, em harmonia com a Lei 9.455/97.

J - O § 4º do art. 1º da Lei 9.455/97 estabeleceu três hipóteses de causas especiais de aumento de pena. Tais causas especiais de aumento de pena “caracterizam-se por pressuporem a fixação prévia da pena-base aplicável”, e “são geralmente previstas com aumento em quantidades variáveis”. (Helena Cláudio Fragoso, op. cit. p. 60). As causas de aumento de pena, via de regra, distinguem-se das qualificadoras pelo fato de não possuírem um preceito sancionatório autônomo. “Os efeitos, no entanto, de uma e outra dessas formas de agravação, são os mesmos. Tem a mesma natureza as circunstâncias que qualificam e as que constituem causas especiais de aumento”. (Helena Cláudio Fragoso, op. cit. p. 60). “Tendo em vista tal identidade de fins, não há cogitar de concurso entre qualificadoras e causas especiais de aumento de pena, de modo a aplicá-las cumulativamente em forma de dupla agravação. As causas de aumento de pena incidem, por tal razão, sobre o preceito sancionatório do tipo básico e, não, do tipo derivado.

Assim, a causa especial de aumento de pena, relativa ao furto, não recai sobre as hipóteses de furto qualificado, como as causas especiais de aumento de pena do roubo não influem sobre o roubo qualificado. De nenhum relevo, portanto, para essa conclusão a posição topográfica das causas de aumento de pena no texto legal. O fato do § 4º pospor-se às hipóteses de tortura qualificada não basta para nelas incidir as causas especiais de aumento de pena.

A primeira causa de aumento de pena refere-se à qualidade do sujeito ativo. Se for ele agente público, a pena deve ser necessariamente aumentada. Tal característica do sujeito ativo, como já foi anteriormente enfatizado,

deveria constituir-se em elemento essencial do tipo de tortura e, não apenas, uma circunstância accidental destinada exclusivamente à exacerbação punitiva. Em duas situações, no entanto, a condição de agente público é imprescindível para a própria caracterização típica, criando-se obliquamente, um crime próprio: a) quando o agente tortura alguém sob sua autoridade, desde que se atribua à “autoridade” o conceito legal dado pelo art. 5º da Lei de Abuso de Autoridade, b) quando o agente omite a apuração da tortura tendo o dever, obviamente, legal de realizá-la. Nesses dois casos, o sujeito ativo deve necessariamente ser agente público, não se podendo valorar, novamente, essa qualidade para efeito de agravação de pena, pois se teria, então, um verdadeiro “bis in idem”. É exato que tal conclusão poderá ensejar penas diversas, em relação ao sujeito ativo que seja agente público, mas essa é uma contingência inafastável de um texto legal tecnicamente mal elaborado. Vale, ainda, acentuar que, embora o delito de tortura tenha sido formulado, em face da pressão dos meios de comunicação social produzida pelo episódio da Favela Naval, a lei nº 9.455/97 não abordou, de forma clara, a hipótese em que o agente, civil ou militar, no serviço policial preventivo ou repressivo, se comporte arbitrariamente no trato com a população. O ajuste dessa conduta ao texto legal só se revela plausível - e ainda assim de modo contrastável - na hipótese do inciso II, do art. 1º, sob o prisma do conceito de “autoridade”.

A segunda causa de aumento de pena refere-se à pessoa sobre a qual recaiu a ação do torturador. É, sem dúvida, correta a exasperação punitiva quando a vítima for uma criança ou um adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina a faixa etária dentro da qual se acomodam os conceitos de “criança” e de “adolescente”. No que tange à mulher grávida, o aumento punitivo é também adequado. A mulher, no decorrer do processo de gravidez, está submetida a diversos fenômenos físicos e psíquicos que afetam à sua normalidade bio-psíquica, de modo que se mostra merecedora de uma explícita tutela penal. A incidência da causa de aumento está vinculada, no entanto, ao conhecimento do agente sobre a gravidez da torturada. É óbvio que o adiantado estado de gravidez constitui um fato perceptível a qualquer pessoa e, portanto, ninguém poderá subtrair-se à apenação agravada, sob o pretexto de que o desconhecia. Já quando a gravidez se encontra na sua fase inicial, a mulher não demonstra fisicamente esse estado. Então, é mister que fique comprovada a ciência do agente no

que se refere ao estado de gestação do sujeito passivo. Se se trata do próprio marido ou do companheiro ou, ainda, de parentes próximos, o conhecimento precoce da gravidez necessita ficar claramente evidenciado. Por fim, a causa especial de aumento de pena revela-se também irrepreensível quando o torturado é um deficiente. A pessoa portadora de deficiência tem uma sensível redução de sua capacitação física, devendo merecer, por tal motivo, um respeito maior. Se o agente menospreza esse déficit físico e realiza sobre a pessoa deficiente atos de tortura, o juízo de valor de tal procedimento deverá ser mais rigoroso, com exacerbação punitiva.

A derradeira hipótese de causa de aumento de pena diz respeito ao fato da tortura ser cometida mediante seqüestro. A incidência dessa causa está, obviamente, vinculada à hipótese em que o seqüestro, no processo de concretização da tortura, foi o meio empregado. No entanto, consumada a tortura, se o agente, através de novo desígnio, priva a vítima de sua liberdade, o caso não é mais de causa de aumento de pena, mas, sim, de concurso material entre tortura e seqüestro.

As causas especiais de aumento de pena incidentes sobre as modalidades da tortura simples podem acarretar um acréscimo quantitativo de pena variável entre um sexto e um terço da pena-base, acrescida de agravantes ou atenuantes legais, se ocorrentes. O critério aferidor desse aumento não é o puramente aritmético, não estando, portanto, vinculado ao número detectado de causas de aumento. O melhor critério é o que permite avaliar uma maior reprovabilidade do agente a merecer, portanto, um “quantum” punitivo que supere o mínimo de aumento de pena.

K) O § 5º do art. 1º da Lei nº 9.455/95 estatui que a sentença condenatória, por tortura, desde que transitada em julgado, acarretará a perda do cargo, função ou emprego público do agente público. Cuida-se, no caso, de efeito automático da condenação. Além disso, o legislador penal, em discrepância com o que foi estabelecido na Reforma Penal de 1984, ressuscitou a pena acessória de interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público. Tal interdição deverá ter a duração do dobro do prazo da pena aplicada. Destarte, mesmo reabilitado, o condenado por tortura não poderá concorrer a nenhum cargo, função ou emprego público pelo prazo já mencionado.

L) O crime de tortura, de acordo com o inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O §

6º do art. 1º da Lei 9.455/97 constitui, portanto, uma repetição desnecessária da norma constitucional que tem aplicação imediata, dispensando a intermediação de lei infraconstitucional. O texto legal é, portanto, redundante. Nada impede, desse modo, que se conceda ao acusado de tortura a liberdade provisória, com ou sem fiança. Nisso a Lei 9.455/97 entra em colisão com a lei 8.072/90 que acrescentou, às restrições estabelecidas na Constituição Federal, a proibição da liberdade provisória, em relação aos autores de crimes hediondos, assemelhados, em nível constitucional, ao delito de tortura. Dessa forma, a Lei 9.455/97 evitou, sob essa angulação, a arguição de inconstitucionalidade.

M) O § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97 determina que o regime inicial referente à pena reclusiva aplicada ao autor das diversas modalidades de tortura, exceção feita à hipótese do § 2º do art. 1º, deverá ser o regime fechado. A linguagem adotada pelo legislador denuncia seu propósito de aplicar, na execução da pena referente a tortura, o regime progressivo, com suas três etapas. A exceção aberta diz respeito à pena detentiva que comporta, nos termos da alínea “c” do § 2º, do art. 33 do Código Penal, regime prisional aberto.

Agindo, assim, o legislador infraconstitucional ajusta o seu procedimento às normas constitucionais que abonam os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da humanidade de pena (art. 5º, III e XLVII da CF). Nunca é demais insistir que o processo individualizador da pena não se restringe, apenas, à fase de cominação, em nível do legislador e à fase de aplicação, em nível do julgador. A individualização deve prosseguir na etapa subsequente, ou seja, no momento em que a pena previamente cominada e já aplicada, deve ser, em concreto, vivenciada pelo condenado. E a única forma de executar a pena, sem perder de vista o princípio individualizador determinado pela Constituição Federal, é respeitar-se o sistema prisional progressivo, cuja idéia central “se enraíza na diminuição que a intensidade da pena vai experimentando como consequência da conduta e do comportamento do recluso” (M. Cobo del Rosal & T.S. Vives Antón, “Derecho Penal - Parte General”, p. 737, Tirant lo Blanch - Valencia, 1990). Assim, a progressão de uma fase mais rigorosa para outra menos severa do sistema prisional, os dias abonados pela remição, o indulto ou a comutação da pena, a possibilidade de aplicação de uma medida penal alternativa, como o livramento condicional, ou as regressões

eventualmente ocorridas, são vicissitudes por que passa uma mesma e idêntica condenação que, em razão do mérito ou do demérito do recluso, vai sofrendo contínuas alterações que a tornam, a cada momento, mais concreta e mais aderente à pessoa do condenado. E, portanto, cada vez mais e melhor individuada.

É por isso que se pode afirmar que a individualização provocada pelo sistema progressivo, possui as características próprias do tronco comum do processo individualizador que se inicia na atividade do legislador, passa pela ação do juiz e culmina, ao atingir o nível máximo de concreção, na fase jurisdicionalizada da execução da pena. Excluir, portanto, o sistema progressivo da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização. Além disso, a “exclusão do regime progressivo de cumprimento de pena conflita com o princípio da humanidade da pena que, na expressão de Jescheck, “se converteu no pensamento reitor da execução penal”. Pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo: deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara à própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma verdadeira dessocialização” (Alberto Silva Franco - “Crimes Hediondos”, 3ª ed., pp. 144/145, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994).

Essa nova postura do legislador infraconstitucional evidencia o grau de importância que deve ser atribuído ao sistema progressivo, valendo notar que a interpretação, em sentido oposto, tem sido a causa, não apenas, do crescente aumento da população carcerária em virtude do maior tempo de duração da execução da pena, mas também, - o que retrata maior gravidade - o motivo das crises e perturbações do aparelhamento prisional. O legislador ordinário fez, portanto, uma reavaliação da matéria, derogando, em consequência, o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que determinava a aplicação integral, no tocante ao delito de tortura, do regime prisional fechado. Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente

uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrições ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente iguais. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecido na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei nº 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97 para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e, restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional.

N) Questão de não menor importância diz respeito à aplicabilidade da suspensão condicional da pena, nos casos de tortura não qualificada, nem agravada. Representaria o regime inicial fechado, conforme o disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97, obstáculo insuperável para a concessão do “sursis”? A resposta à indagação só poderá ser negativa. A lei de Tortura não proíbe, de forma expressa, que o condenado, reunidos os requisitos do art. 77 do Código Penal, possa obter a suspensão condicional da pena e a ausência de impedimento legal acarreta, por via de consequência, o reconhecimento de que a suspensão condicional da pena pode ser reconhecida. E não poderia ser de outro modo. A doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade da concessão do “sursis”, nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, mesmo em face de expressa regra legal que determina que o condenado, nesses delitos, deva cumprir integralmente

a pena em regime fechado. Além disso, como já foi posto em destaque, por ocasião da análise da Lei 8.072/90, o art. 59, V do Código Penal “é bastante explícito ao determinar a substituição da pena, se cabível. Ninguém desconhece que o “sursis” tem, atualmente, o caráter de sanção penal: é uma das alternativas para a pena privativa de liberdade. Quando não for possível a multa substitutiva ou não couber a pena restritiva de direitos, restará, ainda, como última chance para impedir a aplicação da pena privativa de liberdade, a opção da suspensão condicional da pena. Ninguém ignora também que a substituição não se guia apenas pelo “quantum” punitivo, dependendo, fundamentalmente, de dados de caráter subjetivo que indiquem, de forma clara, a suficiência da medida. Mas presentes todos os requisitos exigidos para a substituição da pena privativa de liberdade, não fica ao talante do juiz concedê-la ou não. A substituição torna-se obrigatória”. (Alberto Silva Franco, op. cit. p. 157). No conflito entre o dispositivo do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, que determina a aplicação do regime prisional inicial fechado a réu condenado por tortura e o dispositivo do Código Penal que permite a substituição da pena privativa de liberdade por outra medida penal alternativa, deverá, sem dúvida, prevalecer a posição que melhor favoreça ao condenado. Ademais, como enfatizou o Des. Dante Busana, no julgamento da Ap. Crim. nº 108.171-3, referindo-se aos crimes hediondos, “o severíssimo diploma não exclui a suspensão condicional e o princípio da humanidade das penas, que informa o direito penal moderno impede se afaste o benefício por via exegética. De lembrar a observação de Santiago Mir Puig: “En nuestros días se aprecia una importante y progresiva substitución del cumplimiento de la pena o de sua propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena” (“Derecho Penal”. ed. PPU, 1985).

O) Vale, por fim, ressaltar que a Lei nº 9.455/97 omitiu regra constante da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1986, que excluiu a eficácia de circunstâncias justificadoras e de dirimentes, no crime de tortura. Tal providência constou, contudo, do § 5º do art. 186 do Esboço de Projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, nos termos que seguem: “são ineficazes, como circunstâncias justificadoras da tortura, o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de defesa ou o estado de sítio, a comoção ou o conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. Não servem também como justificativas a

periculosidade do detido ou do condenado ou a insegurança do estabelecimento prisional. Não exime da pena o agente que atuou por ordem de superior hierárquico”.

4 - O art. 2º da Lei 9.455/97 determina que o referido diploma legal é aplicável ainda “quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

A redação dada ao referido dispositivo, na sua primeira parte, é inteiramente dispensável em face do § 3º do art. 7º do Código Penal que manda aplicar a lei penal brasileira “ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil”. No entanto, a regra do art. 2º tem uma diferença estrutural em relação à hipótese do § 3º do art. 7º do Código Penal: dispensa as condições de procedibilidade estabelecidas nas linhas do § 2º e no próprio § 3º do art. 7º do Código Penal a aplicar-se o disposto no art. 2º da Lei 9.455/97; o estrangeiro que tenha praticado atos de tortura fora do Brasil, poderá ser processado e condenado, independentemente, de ter ou não ingressado no território nacional e de ter sido, ou não, condenado ou absolvido no país em que realizou a tortura. Nesse caso, a Lei nº 9.455/97 criou mais uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada regulada pelo princípio de defesa ou real.

A segunda parte do art. 2º da Lei 9.455/97 estabelece a aplicabilidade da lei penal brasileira em relação ao agente que tenha sido localizado em lugar sob jurisdição brasileira. Se não houver nenhum equívoco do legislador ao empregar a palavra “ou” ao invés de “e” (e nesse caso, a segunda parte do art. 2º estabelecerá uma condição de procedibilidade no que se refere à primeira parte), o texto legal significa que a lei penal brasileira será aplicada em relação ao agente, brasileiro ou não, que tenha praticado tortura em território estrangeiro e que, de algum modo, ingressou no Brasil. Sob este ângulo, teria sido construída uma outra hipótese de extraterritorialidade, com fundamento no princípio da justiça Universal, mas, nessa situação, para que não haja a possibilidade de eventuais conflitos com outros países soberanos, é mister que se estabeleça, como pressuposto da aplicação da lei penal brasileira, a existência de tratado ou convenção sobre tortura, obrigando-se o Brasil a reprimir tal fato delituoso. A segunda parte do art. 2º da lei 9.455/97 necessita ser complementada pela alínea “a”, do inciso II, do art. 7º do Código Penal.

5 - O art. 4º da lei 9.455/97 revoga, expressamente, o art. 233 da Lei 8.069/60, ou seja, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A revogação não encontrou, contudo, boa acolhida.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (“As crianças, a Tortura, as Leis e as Salsichas” in “Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, nº 54, p. 3) fez severa crítica ao novo dispositivo legal, enfatizando que o legislador embora tenha agravado o preceito sancionatório, no que tange à tortura simples, diminuiu o “quantum” punitivo, em relação à tortura qualificada, e, em particular quando advier, da prática criminosa, a morte da criança ou do adolescente. Nesse caso, a pena foi reduzida de quinze a trinta anos de reclusão para dez anos e oito meses, no mínimo, e vinte e um anos e quatro meses, no máximo, se aplicável, também, no máximo, a causa de aumento do § 4º do art. 1º da Lei 9.455/97. Além disso, o tipo do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente mostrava-se configurado se o agente submetia à tortura a criança ou o adolescente que estivesse sob sua autoridade, guarda ou vigilância, “independentemente da finalidade que motivasse” o seu procedimento. Agora, no entanto, exigia-se que o torturador, ao executar sua conduta, tenha, por finalidade, a aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. Ademais, ao montar o novo tipo de tortura, o legislador não deu a necessária ênfase ao sujeito passivo, enquanto criança ou adolescente, quando o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente determina que na sua interpretação, “levar-se-á em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

Rui Stoco, em trabalho já citado anteriormente, questiona também a minimização do preceito sancionatório da tortura qualificada em confronto com o tipo do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As críticas não são, contudo, procedentes. “Não é porque o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente se refira, no art. 233, à expressão “tortura” que se deva, em conseqüência, concluir ter sido montado na matéria um tipo com esse “nomen iuris”. O que é tortura? No que consiste? Quais as ações e, 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 ao delito de “tortura”, conforme exige o texto constitucional, equivale a um

verdadeiro absurdo.

Dizer o texto do ECA que constitui crime submeter criança ou adolescente à tortura, não explicitando no que consiste a ação de torturar, não significa reconhecer o crime de tortura: é dizer coisa nenhuma, é produzir, sem preocupação com o direito de liberdade do cidadão, um tipo vazio de conteúdo. É tipo, que não obedeça ao princípio da legalidade, é tipo inexistente (Alberto Silva Franco, "Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial" - p. 377 - Revista dos Tribunais - São Paulo - 1995). Destarte, sob o enfoque típico, embora se possa endereçar restrições e muitas - ao texto da Lei 9.455/97, força é convir que as modalidades de tortura retratadas no novo diploma legal têm um raio de abrangência bem maior do que a figura do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente que, em verdade, não passa de um tipo totalmente indeterminado, sem precisão de contornos e limites. É exato que, na hipótese do inciso II do art. 1º da Lei 9.455/97 - a criança e o adolescente podem ser vítimas também na hipótese do inciso I do art. 1º - deve ser imposto ao torturado um "intenso" sofrimento físico ou mental e a dimensão dessa intensidade é um dado de subjetividade a ser preenchido pelo julgador, o que torna modalidade delitiva extremamente vulnerável. No entanto, não é adequado dizer-se que o sujeito ativo tenha de atuar com a finalidade de castigo pessoal e de medida de caráter preventivo. Em verdade, o texto legal exige o castigo pessoal ou medida de caráter preventivo como meio de atuação, o que não se confunde com finalidade. Por fim, o preceito sancionatório cominado para a tortura, no Estatuto da Criança e do Adolescente, equivale a um verdadeiro excesso punitivo. Se a morte, na hipótese do art. 233 do ECA, não é querida pelo torturador, mas resulta dos atos de tortura praticados contra a criança ou o adolescente, pune-se, nesse caso, com mais rigor, o crime preterdoloso do que o próprio homicídio qualificado pelo emprego de meio cruel no qual a morte é um resultado querido. Equiparar as duas situações ou dar tutela penal mais vigorosa ao delito preterdoloso são absurdos inaceitáveis. A pena de reclusão variável entre oito e dezesseis anos, para a tortura qualificada pelo resultado-morte é mais correta do que o preceito sancionatório do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.