

# 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 28.9.89 e em 20.7.89, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis,

Desumanos 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 freqüência, 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 reavaliação 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. Vêm 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 primero 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 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 um pessoa”, com finalidades 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 leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade, 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 Profesor 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 com 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 - Valencia - 1991).

Alejandro del Toro Marzal (“El nuevo delito de tortura” in “La

Reforma del Derecho Penal”, 271, Universidad Autónoma 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 “particulares 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 ao 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 infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, 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 pena, 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 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, “dada 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 consistente 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 do art. 1º da Lei n. 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 julgado. 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 inimputável 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 submetida 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 n. 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 empírico que deve ser taxativamente descrito e não 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 “sofrimentos 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 do 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 eleito 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 dado 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