

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, têm 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 item, 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 n° 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. 3° e “h” do art. 4° 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 § 4° do art. 1° 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 “quantum” determinado, mas, por vezes, estabelecem também 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. Têm 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 § 4° 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 acidental 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 agravamento 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 9455/95 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, não dependente de motivação, ou do tempo de duração 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 à 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 restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. 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 9.455/67. 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 tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema 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 privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de 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 o 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 de 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 alíneas 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 8.069/90, 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 consequência, 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. E 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.