

## LEI 9.455/97 (TORTURA): PRIMEIRAS NOTAS INTERPRETATIVAS

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo e Mestre em Direito Penal pela USP

Art. 1º: São vários os delitos de tortura previstos na referida lei. O primeiro deles exige *constrangimento* (submetimento, anulação da liberdade de vontade), *mediante violência* (força física sobre o corpo - agressão, por exemplo -, que cause prejuízo físico - sofrimento físico - ou que afete diretamente a mente - sofrimento -, tal como uso de drogas, suplício da água, privação do sono etc.); estes últimos são os chamados suplícios com preocupação estética; ou *grave ameaça* (que é a intimidação ou anúncio de um mal futuro, seja à pessoa da vítima ou a alguém que lhe é próximo; a ameaça grave afeta o intelecto, nela há “sofrimento mental”).

O crime de tortura, de outro lado, para sua configuração (nessa forma do inc. I), exige uma especial finalidade do agente (“obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” ou torturar “para provocar ação ou omissão de natureza criminosa”) ou uma especial motivação (“em razão de discriminação racial ou religiosa”). Exemplos: tortura-se “para” se obter uma confissão, “para” que uma pessoa cometa um roubo, “para” que a pessoa omita um “dever de cuidado” e provoque a morte de alguém ou “porque” não lhe agrada determinada raça ou religião. Outras formas de discriminação não foram previstas no tipo legal. Estão fora deste tipo penal, portanto.

O crime de tortura previsto neste artigo primeiro (inc. I) absorve (princípio da consunção) os delitos de constrangimento ilegal, ameaça, lesão leve e, quando o caso, abuso de autoridade (assim como os arts. 322 e 350, “caput” e inc. III do CP). Se a informação que se pretende faz parte da execução típica de outro crime (roubo, por exemplo), só se configura este último. Não se configura a tortura como crime autônomo.

Uma outra maneira de cometer o delito de tortura (inc. II) consiste em submeter alguém sob sua guarda (seja jurídica - ECA, por exemplo - ou fática - alguém sob seu cuidado, vigilância -), ou poder (refere-se a relações

públicas - Ex.: pessoa sob busca pessoal, pessoa legalmente detida, mas ainda não recolhida ao cárcere -) ou autoridade (refere-se a relações privadas - Ex. curatela, tutela -), mediante violência ou grave ameaça, a intenso (exagerado, veemente, forte) sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Aqui está a chamada tortura-pena (o castigo é a finalidade do agente). Difere da tortura-prova (quando é meio para a obtenção de uma prova). Este crime absorve os delitos de maus-tratos e lesão leve. O “sofrimento intenso” depende, evidentemente, de cada vítima concreta, de cada caso concreto. O mesmo sofrimento pode ser intenso para uma e não intenso para outra pessoa. Mas Direito Penal é isso mesmo: é Direito de cada caso concreto.

A pena, para todas essas hipóteses de tortura até aqui examinadas, é de reclusão, de dois a oito anos. Não se admite “sursis”, porque o regime inicial é sempre o fechado (§ 7º).

Outras formas de tortura: § 1º: submeter pessoa presa (recolhida a cárcere) ou sujeita a medida de segurança (pessoa recolhida em hospital próprio) a sofrimento físico ou mental por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (Exs.: jogo de luz, privação de luz, privação de sol, solitária etc.); § 2º: aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever (jurídico) de evitá-las ou apurá-las. A punição pressupõe conhecimento da situação fática (verbo evitar) ou competência para a apuração (verbo apurar). Pena: detenção de um a quatro anos. Em tese, admite-se “sursis” e até mesmo suspensão condicional do processo. Se não concedidos, o máximo que o juiz pode fixar é o regime semi-aberto (porque se trata de pena de detenção).

Crimes qualificados pelo resultado: (a) se resulta (da violência) lesão corporal grave (CP, art. 129, § 1º) ou gravíssima (CP, art. 129, § 2º), pena: reclusão de quatro a dez anos. Cuida-se de crime preterdoloso. Logo, se o agente não pretendia torturar, sim, lesar a vítima, só responde por lesão corporal grave ou gravíssima; (b) se resulta (da violência ou ameaça) morte: pena, reclusão de oito a dezesseis anos. É crime preterdoloso. Logo, se o agente pretendia a morte desde o início: homicídio qualificado pela tortura (pena: de 12 a 30 anos). Se o agente queria, no princípio, apenas torturar e só depois resolve matar: duas posições possíveis: a) é caso de progressão criminosa, o maior (homicídio) absorve o menor (tortura); b) concurso material de crimes: tortura mais homicídio. Penso que devem ser distinguidas as hipóteses: no caso de tortura-castigo, haveria progressão criminosa (o homicídio surge na mesma linha de afetação do bem jurídico);

no caso de tortura-prova, dois crimes, em concurso material.

Causas de aumento de pena (§ 4º). Aumenta-se a pena de 1/6 até um 1/3: (a) se o crime é cometido por agente público: v. art. 327 do CP; (b) se o crime é cometido contra criança (menos de doze anos), gestante (exige-se dolo do agente), deficiente (físico ou mental) e adolescente (de doze a dezoito anos de idade); (c) se o crime é cometido mediante seqüestro (este fica absorvido).

Pena acessória ou efeito secundário (automático) da condenação penal (§ 5º). Já não existe dentro do CP a pena acessória. Está presente ainda, no entanto, em várias leis especiais (CPM, Decreto-lei 201/67, Lei da Falências etc.). A condenação por crime de tortura acarretará (desde que se trate de agente público) a perda do cargo, função ou emprego público. Cuida-se de pena acessória ou efeito secundário da condenação. Não necessita de especial motivação. Além da perda, o agente público fica “proibido para o exercício de função ou cargo ou emprego público pelo dobro do prazo da pena aplicada”, isto é, mesmo reabilitado, não pode concorrer a nenhum cargo ou função ou emprego público pelo referido prazo. Ultrapassado esse prazo, pode o sujeito concorrer a cargos públicos, porque nenhuma pena pode ser perpétua. A parte final desse § 5º também se aplica a particulares que tenham cometido tortura, isto é, condenado por esse crime, fica impossibilitado do exercício de qualquer cargo público, pelo dobro do prazo da pena aplicada. Mesmo que reabilitado, deve observar esse prazo. Depois de transcorrido, pode concorrer a cargos públicos.

Discute-se se esse efeito automático da condenação seria exagerado, desproporcional, no caso do § 2º (omissão em evitar ou apurar o delito). Mesmo porque, a pena cominada para o delito é de detenção. Em casos concretos particulares, efetivamente, pode ser que a perda do cargo seja exagerada. Nessa hipótese deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade (v. Suzana de Toledo Barros, “Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, Brasília Jurídica, 1996) para afastar a incidência da norma no “caso concreto”. Não se trata de algo impossível, mas exigirá do juiz uma construção fundamentada e convincente.

O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (§ 6º). São restrições previstas na Constituição Federal. Não cabe fiança, mas em tese não está impedida a liberdade provisória sem fiança; não cabe graça, mas em tese não está vedado o indulto coletivo.

Progressividade na execução (§ 7º): admite-se. O condenado

“iniciará” o cumprimento da pena em regime fechado, salvo a hipótese do § 2º (punição da omissão, com pena de detenção).

Extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 2º): aplica-se a lei a crimes ocorridos fora do território brasileiro, desde que: (a) a vítima seja brasileira; ou (b) encontre-se o agente em território brasileiro.

Irretroatividade (art. 3º): a lei entrou em vigor no dia 08.04.97. Só vale para fatos ocorridos a partir desta data. Não é retroativa.

Revogação do art. 233 do ECA: previa o crime de tortura, mas não descrevia a conduta. Foi revogado tal dispositivo. É inconsistente o argumento de que a nova lei pune menos severamente a tortura contra criança ou adolescente quando resulta morte. Pena do ECA: de quinze a trinta anos; pena da lei 9.455/97: de oito a dezesseis anos, com aumento de 1/6 a 1/3. A pena do ECA era desarrazoada, desproporcional. Cuida-se de crime preterdoloso. O ECA punia crime preterdoloso com pena maior que o homicídio qualificado pela tortura (totalmente doloso). Está certa a nova lei nesse ponto. É mais razoável.

Prova do delito: certamente teremos muita dificuldade na colheita de provas no delito de tortura. Por falta de segurança, sobretudo. Logo, perdeu o legislador mais uma oportunidade para disciplinar o tema da “proteção de vítimas e testemunhas”.

Lei dos Crimes Hediondos “versus” Lei 9.455/97: aquela proibia para a tortura o indulto; esta não o proíbe; aquela vedava a liberdade provisória; esta não repete semelhante inconstitucionalidade; aquela previa regime fechado integral; esta admite a progressividade.

Notas finais: (a) quadrilha ou bando para o cometimento de tortura: pena, de três a seis anos de reclusão; (b) para obtenção de livramento condicional em crime de tortura: deve-se cumprir mais de dois terços; reincidente específico em tortura: não tem direito a livramento; (c) direito de apelar em liberdade: é admitido, desde que o juiz fundamente; (d) prisão temporária: é permitida, pelo prazo de até 30 dias, prorrogável por um período.