

# **Da Tortura:** aspectos conceituais e normativos

## RESUMO

Retrata que, no decorrer da história, a tortura teve registros de sua utilização na Antiguidade e na Idade Média, culminando na sua criminalização. Trata do problema da violência doméstica contra a criança e o adolescente, presente em todas as classes sociais, mais comum nas camadas mais populares, com características que se concentram nos indicadores físicos da criança ou do adolescente; seu comportamento e características de sua família. Descreve o aparecimento do crime de maus-tratos no âmbito do Direito Penal brasileiro e suas implicações. Examina, ainda, a Lei n. 9.455/97, que engloba várias e distintas condutas, e que, por ter sido votada e sancionada em pouco tempo, tem sido objeto de inúmeras críticas e análises doutrinárias.

## PALAVRAS-CHAVE

violência doméstica; maus-tratos; Lei n. 9.455/97; tortura; Direito Penal; Código Penal; criança; adolescente.

## 1 INTRODUÇÃO

A história da civilização demonstra que, para concretizar a tentativa de a humanidade coexistir em sociedade, estabeleceram-se leis e regras de conduta para serem seguidas por todos os seres humanos, as quais possuíam destinatários certos e generalizados: as camadas mais baixas e desprovidas do corpo social; tais leis, na realidade, revelavam-se como instrumento para que as classes dominantes atingissem seus objetivos.

Neste caminhar da humanidade, as fontes bibliográficas servem para possibilitar a compreensão dos motivos pelos quais determinadas práticas que um dia eram lícitas, institucionalizadas, passaram depois a ilícitas e criminalizadas, como a tortura, esta definida enciclopedicamente como *meio de que se usa para a obtenção de confissões*<sup>1</sup>.

No documento de apresentação deste oportuno Seminário, ao ser descrita a atualidade da tortura, faz-se menção que também é *largamente aplicada como meio de punição e imposição de disciplina em presídios e centros de medidas socioeducativas para adolescentes, além de meio de extorsão econômica contra suspeitos, autores de crimes e presidiários*, sem referência à sua imposição **às crianças e adolescentes especialmente no seio familiar**.

Este trabalho, considerando os aspectos já enfocados na Mesa 1, *Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários*, passará ao largo de retrospectiva sobre o emprego da tortura no decorrer da história (desde os primeiros registros de sua utilização na Antiguidade e posteriormente na Idade Média, até o início de seu banimento e conseqüente proibição em fins do século XIX), sem olvidar, no entanto,

que, em território brasileiro, a tortura e as leis, que visavam regulamentá-la e por fim proibi-la, também atravessaram todas essas fases, que culminaram com sua criminalização, refletindo claramente a evolução pela qual passou a sociedade brasileira.

Diante da divisão dos temas, mas para não perder a mira nos aspectos *conceituais e normativos* (nosso tema), procurarei analisar a tortura na tipificação prevista no inc. II do art. 1º da Lei n. 9.455/97, comparando-a e evidenciando pontos comuns e divergentes com o crime de maus-tratos de que trata o art. 136, do Código Penal, especificamente **quando praticados contra crianças e adolescentes, por seus pais e/ou responsáveis**, vale dizer, **a tortura doméstica longe dos organismos oficiais e sem finalidade probatória, mas como castigo pessoal e/ou medida de caráter preventivo**.

## 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

É na família onde tudo começa; sua função é importante para o desenvolvimento da criança e do adolescente, pois não só os torna aptos, como também pode qualificá-los como inaptos e até desajustados para viver em sociedade.

A partir do momento em que o núcleo familiar se desestrutura, por diversos e conhecidos fatores, podem resultar atos violentos e agressivos ameaçadores do convívio familiar; pode-se dizer que daí passa-se ao que doravante se denominará “violência doméstica” contra a criança e o adolescente, exteriorizada como abuso do poder disciplinar e coercitivo dos pais ou responsáveis em relação aos filhos e pupilos. Tal abuso pode durar dias, meses ou anos porquanto, enquanto não levado ao conhecimento das agên-

cias oficiais de proteção, tudo se reveste com a característica do sigilo, vale dizer melhor, *em família de regra prevalece a “lei do silêncio”*<sup>2</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), ao implantar a doutrina da proteção integral em substituição à antiga doutrina da situação irregular do revogado Código de Menores, em perfeita simetria com o comando constitucional (CRFB, art. 227), reconhece os direitos próprios de toda criança e adolescente, necessários à sua total proteção (art. 1º), como escreve Josiane Rose Petry Veronese:

*As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os seus direitos, reconhecidos pelo Estatuto, forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou mesmo em razão de sua própria conduta – art. 98 e incisos*<sup>3</sup>.

A seu turno, no art. 18 do mesmo Estatuto, contextualizado no cap. II, que trata “Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade”, impõe que *É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor*.

Daí resulta cristalizado que é dever primário dos pais e responsáveis garantir o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, remanesecendo não só como de caráter supletivo, mas também de natureza complementar, a intervenção estatal na ordem familiar, vale dizer, na falha do mecanismo familiar é dever do Estado garantir os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes.

Haverá **violência**, no sentido deste trabalho, toda vez que houver vio-

\* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Seminário Nacional *A Eficácia da Lei de Tortura*, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília – DF, de 30 de novembro a 1º de dezembro de 2000.

lação aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, especificados e garantidos na Constituição da República no seu art. 227, e repetidos pelo ECA, tais como à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de deverem estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

Bem por isso serve a advertência de Mônica Santos Barison, citada por Grace Afonso, para que o termo *violência não pode ser considerado como um termo global, porque ela pode caracterizar determinados fenômenos num dado momento histórico. A violência só pode ser entendida pela formação ideológica da sociedade em conexão com uma análise de sua conjuntura social*<sup>4</sup>.

Os abusos que caracterizam violência contra crianças e adolescentes se apresentam, de rotineiro, no geral (claro que não só em termos domésticos, mas também nos estabelecimentos de proteção e até mesmo nas ruas), sob forma de agressão física, sexual, psicológica ou mesmo como negligência<sup>5</sup> no cumprimento e observância daqueles direitos fundamentais. Uma não é menos grave que a outra, pois todas ofendem aqueles direitos fundamentais garantidos.

A **violência doméstica** é encontrada em todas as classes sociais, mas assume maior visibilidade nas camadas populares, primeiro por serem elas as que procuram, com maior frequência, os serviços públicos; por isso, vêm a lume fatores como pobreza crônica, desemprego, subemprego, baixos salários, má ou falta de habitação, alcoolismo e drogas, dentre outros, como responsáveis pela destruturação familiar, com conseqüências diretas na manutenção de prole consistente, gerando mais violência. Grace Afonso informa, com dados do Programa SOS Criança da Secretaria de Estado Menor de São Paulo, ter ficado comprovado que 47% dos “meninos de rua” investigados em São Paulo e Curitiba, abandonaram seus lares em decorrência da violência doméstica, no período de fevereiro/88 a março/90<sup>6</sup>.

É a violência doméstica praticada contra crianças e adolescentes gerando mais violência, a qual, segundo Suely Ferreira Deslandes, pode ser observada e constatada a partir das seguintes características:

a) **Indicadores físicos da criança ou adolescente** – presença de toda

*espécie de lesões físicas, exemplificadas como queimaduras, feridas, fraturas que não se adequam à coisa alegada. Ocultamento de lesões antigas.*

b) **Comportamento da criança ou adolescente** – *muito agressivo ou apático. Extremamente hiperativo ou depressivo; assustável ou temeroso; tendências autodestrutivas; teme aos pais, alega sofrer agressão dos pais; alega causas pouco viáveis às suas lesões; apresenta baixo conceito de si; foge constantemente de casa; tem problemas de aprendizagem e que podem ser caracterizados como “maus-tratos”.*

c) **Características da família** – *oculta as lesões da criança ou adolescente ou as justifica de forma não-convicente ou contraditória; descreve a criança como má e desobediente; defende a disciplina severa; abusa de álcool e/ou drogas; tem expectativas irreais da criança ou adolescente; tem antecedentes de maus-tratos na família*<sup>7</sup>.

Na realidade, essas “pistas” são apenas meros indicadores de comportamentos para os profissionais que atendem aos protegidos, principalmente na área da saúde e assistência social,

A violência doméstica é encontrada em todas as classes sociais, mas assume maior visibilidade nas camadas populares, primeiro por serem mais numerosas e, segundo, por serem elas as que procuram, com maior frequência, os serviços públicos; por isso, vêm a lume fatores como pobreza crônica, desemprego, subemprego, baixos salários, má ou falta de habitação, alcoolismo e drogas, dentre outros, como responsáveis pela destruturação familiar (...), gerando mais violência.

buscarem a consolidação e padronização de critérios para diagnósticos.

Nesse ponto, a atuação séria e destemida dos Conselhos Tutelares, pelo menos nas cidades de médio e pequeno porte, tem servido para receber notícias e apurar atos de violência doméstica, muitas vezes reiterada, contra crianças e adolescentes.

Aos pais e/ou responsáveis que se revelarem incapazes de cuidar do bem-estar dos filhos, ou que não exerçam com dignidade os deveres para com eles, cuja responsabilidade lhes foi confiada pela lei ou pelo juiz, em momento inicial poderão ser aplicadas as medidas previstas no art. 129 e seguintes do ECA, sobressaltando a advertência para aqueles que pratiquem maus-tratos – **que não constituam crime** –; depois, se o problema persistir, a solução será a colocação da vítima em família substituta (guarda, tutela e adoção); por fim, poderá o agressor ser afastado do lar, consoante dispõe o art. 130:

*Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da morada comum.*

A partir da prática de tais atos, e com dificuldade probatória na maioria das vezes, é que se poderá verificar se constituem simples crime de constrangimento especial previsto no art. 232, do ECA, de maus-tratos de que cuida o art. 136, do Código Penal ou tortura-castigo, inserida no inc. II do art. 1º da Lei n. 9.455/97.

Este o dilema do aplicador da lei penal.

### 3 MAUS-TRATOS

Não há dúvida de que os compêndios de história registram que, no primitivo Direito Romano, o pai dispunha de absoluto poder disciplinar em relação ao filho, nele incluído até o de matá-lo, de transferi-lo a outrem ou mesmo entregá-lo como indenização, venda, doação ou penhor<sup>8</sup>; o poder de punição doméstica, além de não observar qualquer regra de proporcionalidade e contraditório, era absoluto, não respondendo o *pater familias* pelos castigos e excessos impostos não só aos filhos como à mulher e aos escravos.

Com a evolução da civilização e a partir do cristianismo, tal poder – que se situava na órbita do exercício regular de direito – foi se abrandando com exigência de moderação, passando a ser punidos seus excessos quando deles resultassem lesões corporais graves ou morte.

Hoje o pátrio poder é encarado como complexo de deveres em relação aos pais, instituído no interesse dos filhos e da família, havendo denominação até de “pátrio dever”.

No Brasil, como noticia Luiz Régis Prado<sup>9</sup>, o Código Criminal do Império (1830) não tratou dos maus-tratos, justificando os castigos moderados; o Código Penal de 1890 não tratou da matéria, cabendo ao Código de Menores de 1927 fazê-lo nos arts. 137 a 141, os quais foram adotados na Consolidação das Leis Penais de 1932, nos incs. VI a X, do art. 292 (castigos imoderados, maus-tratos habituais, privação de alimentos ou de cuidados, fadiga física ou intelectual por excesso de trabalho, *por espírito de lucro, ou por egoísmo ou por desumanidade (...) de maneira que a saúde do fatigado seja afetada ou gravemente comprometida*).

O Código Penal de 1940, no capítulo III, do título I, da Parte Especial, utilizando uma forma unitária e com a rubrica “maus-tratos” não só englobou aqueles crimes individualizados na legislação anterior, como ampliou a proteção legal dispensada para alcançar, além dos menores de dezoito anos, e agora sem limite etário, todos aqueles que se encontrem sob a autoridade, guarda ou vigilância de outrem, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia. A idade, de até 14 anos, servirá apenas para maior penação, consoante § 3º acrescentado pela Lei n. 8.069/90.

Efetivamente, prevê o art. 136 do Código Penal:

*Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.*

Sujeito ativo deste crime é apenas aquele que tenha a vítima sob guarda, vigilância ou autoridade, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Por isso é delito próprio, exige-se uma específica relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo; não havendo relação de subordinação entre o agente e a vítima – de Direito público ou privado, não se tratará de maus-tratos, mas de perigo para a vida ou saúde de outrem (CP, art. 132).

Autoridade é o poder, derivado de Direito público ou privado, exercido por alguém sobre outrem (v.g. diretores de escola/alunos; carcereiros/presos, também pais/filhos etc.). Guarda é a assistência permanente – e não

apenas ocasional – prestada ao incapaz de zelar por si próprio e cuidar de sua defesa e incolumidade (v.g. pais, tutores e curadores, em relação a filhos, tutelados e curatelados); por fim, vigilância é a assistência acautelatória, com vistas a resguardar a integridade pessoal alheia (v.g. guias alpinos/alpinistas; salva-vidas/banhistas etc.)<sup>10</sup>.

Já o sujeito passivo é aquele que estiver sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fins de educação (atividade docente que tenha por escopo aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral, físico, técnico ou profissionalizante, a capacidade individual); ensino (são os conhecimentos transmitidos com vistas à formação de um fundo comum de cultura – ensino primário, secundário, etc.), tratamento (que reúne não apenas os processos e meios curativos, de caráter médico-cirúrgico, como também a administração de cuidados periódicos, destinados a prover a subsistência alheia e custódia (que é a detenção de uma pessoa para fim autorizado legalmente)<sup>11</sup>.

Da delimitação do sujeito passivo do crime de maus-tratos, exclui-se, por evidente, a esposa e filho maior de vinte e um anos, ante à absoluta ausência de relação de subordinação com o marido e pais, respectivamente.

O núcleo do tipo é o verbo **expor**, significando criar uma situação de perigo à vida ou à saúde da pessoa subordinada; é típico crime de perigo, de conteúdo variado por prever múltiplos meios de maltratar a pessoa:

1) privando-a da alimentação necessária, claro que de forma habitual, pois da omissão alimentar deve resultar perigo, o que não se vislumbra com apenas uma conduta; pode-se caracterizar com privação parcial e, desde que exponha a vida ou a saúde da pessoa subordinada a perigo, constitui maus-tratos, no sentido do texto. Flávio Monteiro de Barros argumenta que *alimentação precária não pode ser imposta como sanção disciplinar nem mesmo ao preso (art. 45, § 1º, da Lei n. 7.210/84), sob pena de caracterização do delito de tortura do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.455/97*<sup>12</sup>.

De outra parte, é bom ressaltar que a privação total ou parcial dos alimentos que exponha o subordinado a perigo deve ser dolosa; se a conduta decorre da pobreza que não permita sequer ao próprio agente alimentar-se, resulta evidente que não se poderá cogitar do crime em comento em relação ao subordinado.

2) privando-a dos cuidados indispensáveis – compreendidos entre

aqueles que representam o mínimo necessário à vida e saúde da pessoa, como não levar criança doente ao médico ou privá-la da higiene necessária. Nessa modalidade, a conduta também é omissiva e para caracterizar maus-tratos também se exige habitualidade<sup>13</sup>, embora seja possível sua perfectibilização com uma só atitude, como o pai deixa o filho dormir sem agasalho no inverno fora de casa, em região fria, sabendo-se que pode contrair doença grave como pneumonia.

3) sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado – Trabalho excessivo é o que supera as forças físicas ou mentais da vítima, ou o que produz fadiga anormal, enquanto inadequado é o trabalho impróprio para as condições orgânicas da vítima, segundo a idade ou sexo. Em qualquer das hipóteses, o referencial para a análise é a própria vítima, levando-se em conta o seu condicionamento físico, capacidade mental, força muscular, idade e sexo.

4) abusando dos meios de correção e disciplina – esta modalidade do crime consiste no abuso de meios de correção ou disciplina, infligindo castigos excessivos que resultem perigo para a vida ou saúde da pessoa, atuando o agente imbuído para um fim inicialmente lícito (correção ou disciplina), ao contrário das anteriores, quando os maus-tratos são impostos por malvadez, intolância, impaciência, grosseria etc.

A legislação civil admite o direito de os pais e tutores usarem meios corretivos ou disciplinares, de modo comedido (embora há quem sustente que os “educadores” hoje nada mais podem fazer, a não ser dialogar – mas isso é outro tema). O que constitui delito de maus-tratos é o excesso do meio corretivo ou disciplinar que põe em perigo a vida ou saúde da vítima (quando cria o perigo pode constituir ilícito civil ou administrativo).

Nesta linha Fábio Monteiro de Barros faz importante distinção, pois *não responde por maus-tratos a mãe que raspa o cabelo do filho como reprimenda, pois não colocou em risco a vida ou a saúde; todavia, poderá responder pelo delito previsto no art. 232 da Lei n. 8.069/90, devido ao vexame a que submeteu a vítima*<sup>14</sup>.

Relembrando-se que no crime de maus-tratos o dolo é de perigo, pode-se distinguir que, se houver dolo de dano, como, por exemplo, agressão física excessiva do pai ao filho, malgrado o *animus corrigendi*, o delito será de lesões corporais (CP, art. 129), podendo se transformar no crime de tortura do inc. II do art. 1º da Lei n. 9.455/97, se

presentes as elementares que serão a seguir estudadas.

Assim, para que se configure o crime delito de maus-tratos é necessário que o abuso dos meios corretivos ou disciplinares ocorra mediante:

a) *Castigos físicos que não representem agressão contra a vítima. Sobre o assunto, ministra-nos Frederico Marques os seguintes exemplos: “O pai ou mestre que põe o menor de joelhos, por longo tempo, ou que o obriga a subir ou descer escadas, pode incorrer em crime de maus-tratos, se excessiva a punição disciplinar a ponto de tornar periclitante a saúde da vítima. Em tais hipóteses, o crime será de lesões corporais, tão-só se o abuso do poder disciplinar foi praticado com dolo de dano”. Se houver emprego de violência física, causadora de intenso sofrimento físico ou mental, o agente responderá pelo crime de tortura (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97).*

b) *Violência moral. Exemplos: ameaças, intimidações, terror, impedimento do sono etc., desde que idôneos a expor a perigo a vida ou saúde. Se, entretanto, a grave ameaça causar intenso sofrimento físico ou mental, o agente responderá pelo delito de tortura previsto no inc. II do art. 1º da Lei n. 9.455/97. Se, porém, o sofrimento não for intenso, haverá delito de maus-tratos, que, nesse caso, assume o perfil de crime subsidiário.*

*Acrescente-se ainda que os castigos corporais ainda que moderados estão abolidos das escolas e presídios. No âmbito doméstico, no entanto, continua sendo aplicado pelos pais para o fim de educação e disciplina, o que é perfeitamente lícito, desde que de maneira módica. Não é fácil estabelecer um exato critério para se distinguir entre meios corretivos ou disciplinares lícitos e ilícitos, devendo a matéria ficar sujeita ao prudente arbítrio do juiz, que, ao julgar, se colocará perante o caso concreto na posição psicológica de um bom pai de família (RT, 463:367, 415:267)<sup>15</sup>.*

#### 4 A TORTURA E A LEI N. 9.455/97

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. V, já proclamava, sem definições, que *Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

Posteriormente, a Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em sua XL Sessão, adotou, em 10 de dezembro de 1984, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto

Legislativo n. 04, de 22 de maio de 1989, e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, a qual, na Parte I, art. 1º, estabelece:

*Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato através do qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram<sup>16</sup>.*

A legislação civil admite o direito de os pais e tutores usarem meios corretivos ou disciplinares, de modo comedido. O que constitui delito de maus-tratos é o excesso do meio corretivo ou disciplinar que põe em perigo a vida ou saúde da vítima (quando cria o perigo pode constituir ilícito civil ou administrativo).

O repúdio mundial à tortura, sem aceitação de hipótese alguma, está claro no art. 2º que, em seu item 2, dispõe: *Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, tais como: ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura.*

O legislador brasileiro calou-se no tocante à tortura até o advento da Constituição da República de 1988 que, em seu art. 5º, inc. III, prevê que *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.* No inc. XLIII do mesmo artigo, a Carta Magna ainda prescreveu que *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Nos trabalhos constituintes, a Sub-Comissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias procurou definir a tortura como (...) *qualquer ato através do qual se inflige intencionalmente dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informações ou confissão, para puni-la ou constrangê-la ou a terceiros<sup>17</sup>.*

Não obstante tal repúdio, o Direito brasileiro não conhecia a definição legal e criminalização da tortura, como figura autônoma, até a vigência da Lei n. 9.455/97, embora tenha sido equiparada a crime hediondo, de acordo com o art. 2º da Lei n. 8.072/90, e criminalizada genericamente no já revogado art. 233 do ECA (Lei n. 8.069/90).

No Código Penal, encontramos menção à tortura como circunstância legal agravante (art. 61, II, d) também como uma das causas que qualificam o crime de homicídio, contida no art. 121, inc. III, § 2º, do Código Penal de 1940: *III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum.*

Como se observa da exposição de motivos do Código Penal, segundo o legislador, a tortura seria um dos meios cruéis de levar a vítima à morte, devendo, portanto, ser punido com maior intensidade; tal fato não passou despercebido de Alberto Silva Franco, que lançou sua crítica no sentido de que, nos diversos incisos do art. 121, o legislador adotou *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 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 do homicídio qualificado, não encontra preenchimento no delito agora criado pela Lei n. 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.

Conclui o mestre: 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 n. 9.455/97, ocorrerá homicídio qualificado. Caso contrário, a ação criminosa ficará ao abrigo do homicídio simples<sup>18</sup>.

Posteriormente ao Código Penal, buscando demonstrar que os detentores do poder não eram totalmente coniventes com os métodos adotados pelos órgãos de segurança, houve modesta tentativa de reprimir os abusos praticados pelos agentes estatais, camuflando-se a prática da tortura sob o tipo penal do “abuso de autoridade” que adveio com a Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965, na qual, em pelo menos duas alíneas (art. 3º, **i** e 4º, **b**), é possível considerar que a ação ali descrita constitui tortura, não objeto deste trabalho.

De outra parte, como se viu anteriormente, a Lei n. 8.069/90, que no art. 233 (revogado pela Lei n. 9.455/97) cominou penas, estabeleceu resultados preterdolosos, **mas também não definiu o que seria tortura.**

Mas, não obstante as críticas e até a certeza da pecha de inconstitucionalidade (embora o colendo Supremo Tribunal Federal a tenha afastado por diferença de apenas um respeitável voto), o escopo do art. 233 da Lei n. 8.069 era mesmo punir os excessos cometidos pelos pais ou responsáveis por menores no convívio com suas proles ou tutelados, haja vista que, algumas vezes, tais excessos chegam próximo do sadismo, ultrapassando a sanha dos torturadores oficiais do regime militar.

Ainda era necessária uma lei específica, que contivesse uma definição de tortura, previasse sanções e estabelecesse seus destinatários, de forma a impedir que a impunidade continuasse imperando no Brasil.

Assim surgiu a Lei n. 9.455, em 07 de abril de 1997, que, apesar de simples e com poucos artigos, é muito

abrangente, englobando várias e distintas condutas e punindo-as com severidade mas, dada a celeridade com que foi apreciada, votada e sancionada, encontra-se repleta de defeitos que têm-se tornado objeto de inúmeras críticas e análises doutrinárias, em um esforço dos juristas por interpretá-la, principalmente em face de diversos choques havidos entre o novo ordenamento e as leis anteriores (a começar pelo fato de o crime de tortura não ter sido estruturado como crime próprio, mas como crime comum, que qualquer pessoa pode praticá-lo, destoando até mesmo da moldura constitucional<sup>19</sup>, passando pela subjetividade em elementos da figura delitiva que a torna vulnerável diante da garantia da reserva legal), o que certamente será abordado oportunamente neste seminário, cabendo aqui apenas a análise proposta e específica sobre a eficácia do inc. II do art. 1º, que prescreve constituir tortura *submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo*, caracterizando crime punido com pena de reclusão, de dois a oito anos, completando no § 1º que, *Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.*

Nos dispositivos transcritos a lei capitula a espécie que Luiz Flávio Gomes denominou “**tortura pena ou tortura-castigo**”<sup>20</sup>, pois *(o castigo é a finalidade do agente). Difere da tortura-prova (quando é meio para a obtenção de uma prova). Esse 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 para cada caso concreto.*

De início tem-se, como leciona mestre Alberto Silva Franco, que admitida a tortura agora como crime comum, tanto na modalidade de **submissão** (“submeter”), como na de **constrangimento** (“constranger” do inc. I), para sua compreensão típica integral, depende de uma valoração judicial de amplo espectro, pois o diploma legal omitiu uma definição indispensável, qual seja, os *limites conceituais do “sofrimento físico” ou do “sofrimento mental” provocados, um ou outro, pela conduta de constrangimento ou 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 qualquer 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<sup>21</sup>.*

E prossegue ainda o mesmo autor: *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 Schecaira 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 n. 9.455/97)? (sic)<sup>22</sup>.*

A crítica é acompanhada por Luiz Flávio Gomes<sup>23</sup>, que afirma depender o “sofrimento intenso” de cada vítima, de cada caso concreto, asseverando em nota de rodapé, para tanto; *O legislador, ao utilizar a expressão “intenso sofrimento”, colocou na lei um conceito poroso (Hassemer), de difícil compreensão. É um tipo aberto, que exige complemento valorativo do juiz<sup>24</sup>.*

Para determinarmos o que é “intenso” e, então, resultar não mais na tipificação de maus-tratos, mas de tortura, é necessário analisar, primeiramente, alguns outros aspectos do referido texto legal (inc. II).

Assim como no art. 1º, inc. I, Lei n. 9.455/97, a conduta tipificada no inc. II divide-se em dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo consiste em *submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça a intenso sofrimento físico ou mental*. Nele observa-se o dolo genérico do agente de violentar ou ameaçar a vítima, que deve encontrar-se em seu poder, ou que esteja sob sua guarda ou autoridade.

O elemento subjetivo se faz presente na finalidade do agente – ou seu

dolo específico – **de infligir tal intenso sofrimento físico ou mental como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.**

Dessa forma, é necessário que o **sofrimento físico ou mental** (de acordo com cada vítima) decorrente da violência ou grave ameaça seja praticado com vistas à punição ou prevenção de uma ação da vítima, como é o caso do pai que bate no filho para castigá-lo por uma má ação, ou até mesmo do carcereiro que priva o detento sob sua guarda da refeição para manter a disciplina.

A partir desta análise, podemos entender o “intenso sofrimento”, como aquele sofrimento excessivo, extremamente rude e que excede os limites do suportável, tendo em vista o fim perseguido pelo agente e as condições pessoais de cada vítima.

Não há dúvida de que o adjetivo “intenso” é vago e impreciso (incidindo na crítica de ser tipo aberto e dependente do subjetivismo de cada aplicador), com o que deixou-se ao intérprete a tarefa de considerar a ação do agente como típica, ou não, em relação à Lei de Tortura, resultando em caso negativo, que pode-se tratar do crime de maus-tratos antes analisado.

Da mesma forma, se não estiver presente o elemento subjetivo, no caso em tela, o fim correccional ou disciplinar, a conduta do agente poderá ser atípica, como no inciso anterior.

A propósito da vítima da “submissão” (e não podemos olvidar que nosso objeto são crianças e adolescentes), o texto simplesmente a relaciona como “alguém”, pretendendo abranger qualquer pessoa, independentemente de idade, sexo, ou condição social, bastando que esteja naquelas condições de subordinação descritas, vale dizer, além da criança e do adolescente.

Quanto à **guarda, poder ou autoridade**, são aquelas relações analisadas quando do crime de maus-tratos.

A **violência exigida** no texto legal (assim como no inc. I – e sem perder de vista que nosso objetivo foi tratar da violência doméstica), diz respeito a *vis corporalis*, ou seja, à violência física sobre o indivíduo, que pode se consumir por meio de agressões ou abusos praticados sobre o corpo da vítima, como tapas, coices, batidas, mordidas, torniquetes, enfim, toda e qualquer forma ou instrumento que produza alteração da anatomia do ofendido é considerada violência física.

Para tal violência física, há duas espécies: a **imediate** e a **mediata**, com

a primeira sendo aquela aplicada diretamente sobre o corpo do ofendido, podendo caracterizar-se por golpes, choques, mordidas, amarras e todos as ações que se abatam sobre a vítima, enquanto a outra configura-se naquela exercida sobre terceira pessoa ou coisa, mas que, indiretamente, gera os efeitos pretendidos no indivíduo, exemplificadas nas sevícias a pessoa querida ou da família ou na destruição de bens pessoais ou objetos de valor sentimental.

Observa-se, assim, que a violência pode se manifestar de várias maneiras, e não é pelo fato de não se fazerem presentes lesões corporais na vítima que não restará configurado o delito, basta que dela resulte o “intenso sofrimento físico ou mental”.

O texto faz ainda menção à “grave ameaça” como forma de produzir o intenso sofrimento físico ou mental. Tal modalidade configura-se na **violência moral** (*vis compulsiva*), exercida sobre o indivíduo por meio de promessas de mal futuro, sério e crível, comportando também os tipos imediato e mediato, ou seja, ameaça ao indivíduo ou à pes-

(...) o crime de tortura tendo como vítima criança ou adolescente (...) restará consumado se, da violência ou grave ameaça, aplicadas como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, causar intenso sofrimento físico ou mental. Não se deve olvidar (...) que o sofrimento físico está intimamente ligado ao conceito de dor, tormento, ao passo que o sofrimento mental relaciona-se com a angústia, o temor, a violação moral ou psicológica (...).

soa da família, amigo ou bens. Vale salientar que, para que esteja caracterizada a grave ameaça, basta que a vítima sinta-se intimidada com a mesma, a ponto de consentir com o torturador (no caso a pessoa a quem está subordinada), fazendo ou deixando de fazer o que ele impõe ou exige, mediante intenso sofrimento.

Podemos concluir, portanto, que o crime de tortura tendo como vítima criança ou adolescente (aliás, qualquer pessoa) restará consumado se, **da violência ou grave ameaça, aplicadas como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, causar intenso sofrimento físico ou mental.**

Não se deve olvidar, outrossim, que o sofrimento físico está intimamente ligado ao conceito de dor, tormento, ao passo que o sofrimento mental relaciona-se com a angústia, o temor, a violação moral ou psicológica; se não estiverem presentes quaisquer desses elementos, a conduta será atípica pelo menos em relação à Lei n. 9.455/97.

A propósito, tive oportunidade de relatar, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, hipótese onde ficou caracterizado o intenso sofrimento infligido por uma mulher responsável pela guarda e educação de criança mediante pagamento, que serve como precedente:

#### TORTURA E MAUS-TRATOS – CRIANÇA – DISTINÇÃO

*A distinção entre os crimes de maus-tratos e tortura deve ser encontrada não só no resultado provocado na vítima, como no elemento volitivo do agente; assim, se abusa do direito de corrigir para fins de educação, ensino, tratamento e custódia, haverá maus-tratos, ao passo que caracterizará tortura quando a conduta é praticada como forma de castigo pessoal, objetivando fazer sofrer, por prazer, por ódio ou qualquer outro sentimento vil.*

*Caracteriza tortura a conduta do agente que, tendo criança sob sua guarda, a pretexto de corrigi-la, submete-a, de forma contínua e reiterada, a maus-tratos físicos e morais, causando-se intenso e angustiante sofrimento físico e mental<sup>25</sup>.*

No corpo do acórdão, fiz constar:

2. Desde os primeiros tempos da civilização moderna, o tema da tortura vem preocupando os estudiosos, humanistas e pregadores dos direitos humanos e provocando luta incessante diante das barbáries cometidas contra as pessoas fragilizadas pela condições

sociais ou físicas. Contra as crianças, especificamente, como no caso, a violência normalmente ocorre em casa e são situações vivenciadas no cotidiano, como parte do processo de “aprendizagem”, sendo que os “professores” na maioria das vezes são os pais ou responsáveis.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 afirmou que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inc. III), considerando crime inafiançável a sua prática (art. 5º, inc. XLIII), mas a primeira tentativa de regulamentar a matéria no âmbito da infância e juventude, foi a do art. 233 da Lei n. 8.069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente —, posteriormente revogado com a edição da Lei n. 9.455/97 que definiu como crime *submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo* (art. 1º, inc. II).

Mas os problemas não pararam por aí, ao contrário, a tarefa do julgador, diante do caso concreto, tornou-se maior, diante da dificuldade de comprovação do elemento subjetivo que diferenciaria os “maus-tratos” da “tortura”, exatamente o objeto destes autos.

Segundo o art. 136 do Código Penal, o crime de maus-tratos consiste no fato de o indivíduo expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a da alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, ou ainda abusando de meios de correção ou disciplina.

Já o crime de tortura, segundo Maria Helena Diniz, no âmbito do Direito Penal, é “o ato criminoso de submeter a vítima a um grande e angustiante sofrimento provocado por maus-tratos físicos ou morais”<sup>26</sup>.

Ana Paula Nogueira Franco, sobre a matéria, ensinou que *ao analisar as ações nucleares dos tipos, começam a surgir as diferenciações. No delito de maus-tratos, a ação é a exposição ao perigo através das modalidades: a) privando de cuidados necessários ou alimentos; b) sujeitando a trabalho excessivo; c) abusando de meio corretivo. Já no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/97, a ação se resume em submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nota-se que o elemento subjetivo do*

*tipo do art. 136 é o dolo de perigo, o resultado se dá com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano. No crime de tortura, o resultado se dá com o efetivo dano, ou seja, o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça. Nesta última situação o agente age com dolo de dano. (...) Outra questão importante de se ressaltar, é que no crime de maus-tratos o agente abusa de seu ius corrigendi para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Diferentemente no crime de tortura, no qual o agente pratica a conduta como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*

Nesse sentido, também é o entendimento da jurisprudência:

*A questão dos maus-tratos e da tortura deve ser resolvida perquerindo-se o elemento volitivo. Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus-tratos. Se a conduta não tem outro móvel senão o de fazer sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura (RJTJSP, 148/280).*

Concluindo: *o crime de maus-tratos é essencialmente de perigo, ao passo que a tortura, assim como as lesões corporais, é crime de dano.*

A pena prevista para o crime de tortura abordado limita-se entre um mínimo de 02 (dois) e um máximo de 08 (oito) anos de reclusão, desconsideradas as causas especiais de aumento que não serão aqui abordadas, salvo se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente, aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), conforme expressa o § 4º do art. 1º da Lei.

Neste aspecto tem-se que tal circunstância de aumento deve incidir porque as vítimas arroladas no inciso, em face de suas características pessoais, têm reduzida capacidade de defesa, embora o legislador tenha se omitido no que diz respeito aos velhos e enfermos, que têm recebido tratamento diferenciado na lei penal.

Prevê a lei, ainda, a possibilidade de que, em virtude da tortura, possam advir conseqüências terríveis, explicitando-as da seguinte forma no § 3º do art. 1º: *Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos.*

## 5 CONCLUSÃO

As dificuldades conceituais e normativas contidas na Lei de Tortura,

especialmente no inc. II do art. 1º, têm levado os aplicadores, diante de cada caso concreto, a continuar classificando apenas como maus-tratos (art. 136 do CP) condutas que encontrariam tipicidade específica na mesma lei.

De outro lado, no que tange às crianças e adolescentes, há a dificuldade na comprovação das condutas típicas diante da “lei do silêncio” que, de regra, impera nas famílias menos favorecidas. Resta aos órgãos de proteção previstos no ECA e ao Ministério Público a grande responsabilidade de detectar, apontar e comprovar tais condutas, sob pena de se continuar afirmando ser ineficaz a Lei de Tortura.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Conselho de Redação da Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55.
- 2 AFONSO, Grace. *Maus-Tratos: Violência de Pais contra Filhos*. Dissertação. Florianópolis: UFSC, 1997. p. 25-26.
- 3 VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente – origem, desenvolvimento e perspectivas (uma abordagem sócio-jurídica)*. Florianópolis, setembro/1996. Dissertação para obtenção do título de Professor Titular da UFSC, 1996. p. 83.
- 4 BARISON, Mônica Santos. *Famílias envolvidas em situação de maus-tratos contra a criança e o adolescente. Cadernos do CBIA*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 39, 1992.
- 5 AFONSO, op. cit., p. 66.
- 6 AFONSO, op. cit., p. 36.
- 7 DESLANDES, Suely Ferreira. *Prevenir a violência: Um desafio para os profissionais da saúde*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENESP/CLAVES, 1994. p. 20.
- 8 Como anotam PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, Parte especial, p. 191 e BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153.
- 9 PRADO, op. cit., p. 193-194.
- 10 PRADO, op. cit., p. 194; BARROS, op. cit., p. 156)
- 11 *Ibidem*, p. 195; *ibidem*, p. 156.
- 12 BARROS, op. cit., p. 158.
- 13 *Idem*.
- 14 *Ibidem*, p. 159.
- 15 *Ibidem*, p. 160.
- 16 BRASIL. *Diário Oficial da União*, de 18/02/91, p. 3.012-3.015.
- 17 *Apud FERREIRA, Wolgran Junqueira. A Tortura: sua história e seus aspectos jurídicos na Constituição*. Campinas: Julex, 1991. p. 171.
- 18 FRANCO, Alberto Silva. *Tortura, breves anotações sobre a Lei n. 9.455/97*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, p. 65, 1997.
- 19 *Ibidem*, p. 58.



- 20 GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal – Tortura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122.
- 21 FRANCO, op. cit., p. 62.
- 22 Idem.
- 23 GOMES, Luiz Flávio. *Tortura (Lei n. 9.455/97)*. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 123, nota 17.
- 24 FRANCO, Alberto S., Breves anotações, cit., p. 62. V.; SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura. *Boletim IBCCrim*, n. 54, p. 2, maio 1997.
- 25 Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Ap. Criminal n. 98.014413-2, de São José do Cedro, j. em 18/5/1999).
- 26 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 586.
- 27 FRANCO, Ana Paula Nogueira. Distinção entre Maus-Tratos e Tortura e o art. 1º da Lei da Tortura. *Boletim do IBCCrim*, n. 62, p. 11, 1998.

physical indicators; their behavior and family's features.

It describes the origins of the maltreatment crime in the Brazilian Criminal Law and its implications. It also examines Law n. 9,455/97, which combines several different conducts and, because it was voted and sanctioned in a short period of time, it has been the object of criticisms and doctrinaire analysis.

KEYWORDS – domestic violence; maltreatment; Law n. 9,455/97; torture; Criminal Law; Penal Code; child; adolescent.

## **BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR**

Arquidiocese de São Paulo. *Brasil: nunca mais*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *A Tortura: sua história e seus aspectos jurídicos na constituição*. Campinas: Julex Livros, 1991.

FILHO, Altamiro de Araújo Lima. *Alterações ao Código Penal, Processual Penal e Leis Criminais Especiais*. 3. ed. São Paulo: De Direito, 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. As Crianças, a Tortura, as Leis e as Salsichas. *Boletim IBCCrim*, n. 54, p. 3, maio 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Tortura: notas sobre a Lei n. 9.455/97*. RT/Fasc. Pen. Ano 86, v. 746, p. 476-482, dez. 1997.

MOSSIN, Heráclito A. *Tortura – Lei n. 9.455/97*. Revista Jurídica, n. 236, p. 45-56, jun. 1997.

SPRÍCIGO, Maurício Walendowsky. *O Crime de Tortura no Ordenamento Jurídico Brasileiro e seus Reflexos Contemporâneos. Monografia*. Florianópolis: UFSC, 1998.

## **ABSTRACT**

This study presents that, along history, there were registers of the use of torture during the Ancient Times and the Middle Ages, culminating on its criminalization.

It deals with the problem of domestic violence against child and adolescent, which is present in all social classes, specially in the most popular ones, with characteristics concentrated on the child's or adolescent's

**Nilton João de Macedo Machado** é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

### RESUMO

Demonstra o problema da eficácia da lei de tortura a partir da estrutura e dos operadores do sistema penal. Conclui que, independente de suas posições e funções específicas, todos os órgãos do sistema penal apresentam ideologia estamental e corporativa. Sugere a idéia de integridade do sistema judicial como estratégia de sensibilização dos seus operadores.

### PALAVRAS-CHAVE

Tortura; Lei n. 9.455/97; Direito Penal; Sistema Penal; crime.

O tema “conceito e normatividade” da tortura sugere identificar nas divergências entre o que diz a doutrina e aquilo que estabelece a lei como responsável pelo vazio de eficácia da legislação de tortura no Brasil.

É indiscutível que a Lei n. 9.455/97 atropelou o que dispõe o Direito Internacional de direitos humanos sobre a tortura ao ampliar seu conceito, sobretudo ao caracterizar como comum o crime de tortura, pois tanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis de 1984, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, adotam uma noção bem mais restrita que podemos resumir no emprego da força bruta por agentes do estado<sup>1</sup>.

É certo que a noção doutrinária de tortura estava bem aquém daquilo que dispõe a legislação interna em vigor, bastando à comprovação disto a lembrança de que as primeiras definições de tortura relacionavam somente a idéia de tormentos à investigação<sup>2</sup>.

Penso, porém, que estamos longe de compreender a ineficácia da lei de tortura se nos limitarmos a tais hipóteses. A abordagem do conceito e da normatividade permite a captação apenas de uma parcela do fenômeno jurídico, que não se reduz a aspectos conceituais e de lógica formal. O fenômeno jurídico é mais complexo e resulta de diversos componentes cuja identificação varia ao sabor da doutrina que tenta explicá-lo.

Não importa aqui nos determos nessa discussão; interessa tão-somente lembrar que o Direito, notável instrumento de organização ou dominação social, é operado por pessoas inseridas na sociedade e pertencentes a estruturas de poder da sociedade, cuja influência na concretização da norma merece consideração.

Queremos, portanto, nos deter nos agentes do poder e nas estruturas a que eles pertencem para tentarmos a partir dessa ótica compreender o problema da eficácia da lei de tortura. Ideologia e interesses são dados fundamentais nesta discussão.

A pesquisa da jurisprudência é, em princípio, bastante frustrante na medida em que raríssimas são as decisões judiciais sobre a lei de tortura. Se isso pode deixar-nos órfãos, posto que acostumados ao auxílio do poder para a construção do saber, o vazio jurisprudencial tem íntima relação com o vazio de eficácia da lei, pois afinal decisões judiciais são consideradas atos de proclamação do direito.

A relação que estabelecemos é tanto mais interessante à medida que observarmos que a inexistência de jurisprudência sobre o tema, indicativa do escasso número de processos instaurados para a aplicação da lei, demonstra que o problema da eficácia da lei é anterior à análise do ato decisório de um juiz ou tribunal: está situado na inexistência de procedimentos investigatórios e especialmente de processos instaurados.

Não estamos aqui a defender a isenção de responsabilidade do Judiciário ou do juiz. Apenas apontamos que na atualidade o problema reside na operação do sistema como um todo, e não exclusivamente na análise do ato decisório do juiz ou do Judiciário. A questão diz respeito às decisões do sistema penal, e não somente às decisões do juiz.

Nilo Batista<sup>3</sup> define o sistema penal como (...) *o grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o Direito penal*. Estamos evidentemente a nos referir às polícias, ao Ministério Público, ao Judiciário e à administração prisional.

Cada qual destes órgãos organiza-se de maneira distinta e recebe

do sistema funções distintas com maior ou menor grau de autonomia, o que lhes confere um perfil particular e define interesses particulares. Porém, todos são órgãos pertencentes a um único sistema de gestão do crime e da pena, e assim é lícito dizer que a despeito das especificidades e particularidades de cada qual, polícias, Ministério Público, Judiciário e administração prisional têm interesses comuns acima de suas pautas particulares.

Para não sermos excessivamente descrentes, críticos ou cruéis com o sistema penal, admitimos que a sua finalidade estabelece a pauta comum de interesses dos diversos órgãos a que nos referimos. Desse modo, todos os órgãos trabalham unidos pela tarefa de aplicar a lei penal, de realizar o sistema penal<sup>4</sup>.

Essa constatação, mais ou menos óbvia, adquire maior importância à medida que buscamos a identificação do perfil dos homens que integram os órgãos do sistema penal.

Numa interessante análise sobre os juizes brasileiros, Luiz Wernneck Vianna<sup>5</sup> aponta que o juiz é um ser desenraizado que não tem laços de lealdade com estratos, camadas ou classes definidas, cuja identidade se constrói conforme a referência da corporação a que pertence.

Essa identidade, que dizemos corporativa, parece perfeitamente aplicável para todos os demais operadores do sistema penal, sejam eles policiais ou promotores de justiça.

Justificamos a ampliação da identidade do juiz aos demais integrantes do sistema penal com a visão de Raimundo Faoro<sup>6</sup>, identificando-os todos como parte, ou braço, acrescentamos, do estamento dirigente de nossa sociedade de traços marcadamente patrimonialistas. Ao estamento não interessa nada, senão ele próprio, sua sobrevivência e man-

\* Texto produzido pelo autor, baseado em notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Nacional *A Eficácia da Lei de Tortura*, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília – DF, de 30 de novembro a 1º de dezembro de 2000.

tença de sua posição e benefícios econômicos e sociais.

Podemos concluir que, independente de suas posições e funções específicas, todos os órgãos do sistema penal estão unidos pela tarefa de realizar o sistema penal e apresentam uma ideologia de caráter estamental e corporativo. Assim, antes de mais nada, seus agentes se vinculam ao sistema e praticam a estratégia de sobrevivência de suas posições.

Voltemos agora à tortura. Ninguém duvida de que se trata de uma prática abjeta e repugnante que mereceu forte combate por parte de humanistas como Verri e Beccaria, e ninguém duvida da sua persistência como prática usual no Brasil<sup>7</sup>.

A tortura acontece por excelência onde o sistema de administração penal atua, muito embora a caracterização de um tipo penal comum pela lei permita a identificação de tortura de um modo mais genérico em todas as relações de poder e subordinação.

Admitido que a tortura é usual no sistema punitivo, e sabido que o sistema normativo repudia a sua prática, é fácil concluir que há uma profunda contradição entre o que se passa e o que se espera, entre o **ser** e o **dever-ser**, entre o mundo das coisas e o mundo ideal. Ao mesmo tempo em que o sistema normativo caracteriza a tortura como anormalidade do sistema, a prática a erige à verdadeira instituição deste sistema.

Uma solução desta contradição é a luta pelo direito, a luta pela eficácia da norma jurídica. A outra solução possível e inadmissível para esta contradição é a legalização pura e simples da tortura.

O sistema penal, entretanto, soluciona esta contradição ao seu modo. O que se faz é manutenção da prática sem a negação do princípio, de modo que a tortura continua a existir a despeito de expressar-se consenso nela como aberração.

Este fenômeno, bastante corrente, é próprio do sistema penal, em cuja definição Nilo Batista<sup>8</sup>, com apoio de Zaffaroni<sup>9</sup>, entende ser possível incluir as *ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas*.

O que explica este comportamento dos agentes do sistema punitivo é a ideologia estamental a que nos referimos. Antes de qualquer coisa, interessa ao sistema a sua preservação, a manutenção das posições de cada qual de seus órgãos e agentes.

Policiais, promotores de justiça e juízes cuidam primeiro dos interes-

Admitido que a  
tortura é usual no  
sistema punitivo,  
e sabido  
que o sistema normativo  
repudia a sua prática,  
é fácil concluir que há  
uma profunda  
contradição entre o  
que se passa  
e o que se espera, entre  
o ser e o dever-ser,  
entre o mundo  
das coisas  
e o mundo ideal.

ses do sistema, e este sistema não sobrevive se de um lado decidir-se pelo reconhecimento da legitimidade da tortura, o que juridicamente e politicamente é inadmissível, e, de outro, se houver a opção pela eficácia da lei e conseqüentemente pela prevenção e punição, pois esta alternativa emperra a operacionalização do sistema de investigação e punição. A solução, pois, é a adoção das **ilegalidades toleradas**.

Esta ideologia estamental encontra forte estímulo e justificação na desorientação geral da sociedade<sup>10</sup>, que compreensivelmente assume o Direito como solução para todos os males, e muitas vezes revela certo sadismo em razão da falta de percepção do caráter universal da violação de direitos fundamentais pela tortura, e mais genericamente de qualquer violação dos direitos humanos<sup>11</sup>.

Deixemos, porém, a sociedade de lado e vejamos como a solução das **ilegalidades toleradas** é operada no interior do sistema.

O crime genericamente se constrói a partir da adequação de uma realidade aos seus dados conceituais, o fato típico e antijurídico, e também culpável, se pensarmos com a doutrina

clássica. O processo de adequação é feito num processo que, segundo visão amplamente aceita, é um instrumento de atuação neutra pelo qual se busca a verdade real.

Muito embora seja muito caro ao sistema, muito pouco disso é verdadeiro<sup>12</sup>. O sistema penal atua de um modo muito mais complexo e sutil. Polícias, Ministério Público e Judiciário atuam de forma ordenada de modo a reconstruir no processo uma realidade que permite o ato decisório segundo as necessidades deste sistema, que se justifica eventualmente à luz da legalidade e de valores sociais.

Como já apontamos, as necessidades do estamento ou da corporação vem em primeiro lugar, de modo que sua ideologia, em princípio, condiciona a atividade de prevenção, apuração, persecução e julgamento. Definem-se os crimes a prevenir e as infrações a apurar, processar e julgar, o que se denomina "seletividade", e especialmente como, com que meios e para quais fins desenvolver-se toda esta atividade. Somente depois de organizada a atuação do sistema, busca-se a justificação retórica de seu funcionamento concreto na lei e valores sociais.

É fácil perceber por hipótese que o juiz define em princípio o que fazer em determinado caso concreto que lhe foi apresentado pela polícia e Ministério Público, e assim orienta a atividade instrutória, captando da forma que convém à sua opção os elementos probatórios e, ao final, exterioriza sua decisão de acordo com critérios axiológicos e de legalidade.

O juiz pode em princípio ter decidido que determinada brutalidade denunciada não é tortura, mas um simples e necessário corretivo para a manutenção da ordem no interior de um presídio. Colherá as provas sob tal ótica, de modo a colorir o processo com a demanda por disciplina e, por fim, vizará um decisão absolutória justificada na falta de provas e no valor ordem e disciplina.

Poderá ele, de outro lado, ver na brutalidade simples lesões corporais, e então justificará sua decisão condenatória mais branda nas complexidades do tipo penal de tortura e seu conflito normativo com o de lesões corporais.

Todos os operadores do sistema penal atuam assim. Vejamos o seguinte trecho da manifestação de um promotor de justiça justificando denúncia por crime de abuso de poder perante um juiz que naquilo vislumbrou crime de tortura, posição esta que somente prevaleceu depois da provocação do

Procurador-Geral nos termos do art. 28 do CPP e cujo deslinde é excepcional<sup>13</sup>:

*Na tipificação dada, a tortura caracteriza pela infligção de tormentos e suplício que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade.*

*Neste passo, a lesão, por si só, não é suficiente bastante para a caracterização do crime de tortura, deve esta também ser acompanhada de determinadas formas de execução que levem ao sofrimento; isto é, a uma exasperação da gravidade daquela conduta.*

Neste caso, percebemos a manipulação de elementos do tipo penal para justificar legalmente a interpretação do sistema penal que se oferecia, permitindo-se o promotor de justiça invocar a si a aferição da extensão do sofrimento imposto à vítima, que diz a lei de tortura deve ser agudo. É perceptível aqui como o sistema, na figura do promotor de justiça, criou uma realidade própria para atender as suas necessidades.

Muitas vezes este processo, bastante sutil quando se trata de manipular conceitos e elementos normativos para justificar as opções ideológicas do sistema penal, revela-se escancarado. Uma estratégia bastante usual empregada pelos operadores do sistema é a do **faz-de-conta**, sobretudo naquelas hipóteses em que a alegação de tortura aflora como defesa num processo criminal orientado à punição de um crime qualquer, digamos um roubo ou homicídio.

Vejamos a seguinte deliberação de um juiz num processo<sup>14</sup> em que durante a instrução alegou-se tortura:

*Ante o teor dos interrogatórios colhidos nesta data, dando conta de que os acusados foram torturados fisicamente e psicologicamente pelos Drs. – e –, bem como pelo investigador conhecido por –, este magistrado orientou os nobres defensores no sentido de que solicitem providências junto à Corregedoria da Polícia Civil, Departamento de Investigações Criminais (DIPO) e diretoria de Departamento do DHPP contra os mencionados policiais, observando-se que oportunamente os defensores deverão dar conhecimento a este juízo das providências tomadas.*

E mais adiante:

*Oficie-se aos policiais civis acima mencionados para que tomem conhecimento do teor dos interrogatórios dos réus, já que, em tese, lhes é atribuída a prática de crimes.*

Parece que o dever de apuração da tortura imposto pela convenção interamericana não existe. Delega-se à vítima o indelegável. O Estado violador impõe ao violado o ônus de se virar sozinho e se proteger. O exemplo é por demais expressivo.

Aqui vimos com dois exemplos como o sistema opera em seu próprio benefício. Neste último parecem óbvias as opções ideológicas que motivam o comportamento omissivo e diversionista dos agentes do sistema. No anterior, percebemos como questões normativas podem ser suscitadas para justificar a ineficácia da lei de tortura.

Isso vem ocorrendo e continuará a ocorrer. Pretendemos assinalar neste ponto que, sob a rubrica de apuração e aplicação imparcial da lei<sup>15</sup>, o sistema atua em seu benefício, de modo a preservar-se. Procedimentos e leis tornam-se instrumentos de negação da eficácia da lei de tortura. A lei está em vigor, e o sistema penal atua no sentido de torná-la letra morta. Vivemos um quadro de desconstrução do crime, de desmaterialização do crime. Parafraseando um autor popular, dentre nós tudo o que é tortura desmancha-se no sistema penal.

O que denominamos “desmaterialização do crime de tortura” está intimamente associado à idéia das **ilegalidades toleradas**, pois alcança-se a solução das contradições do sistema por meio deste procedimento de abstração da realidade.

Esta idéia de **desmaterialização** podemos ordenar da seguinte maneira. Trata-se de um procedimento pelo qual a realidade da tortura é captada, transformada e consumida no sistema penal e por seus operadores de modo a manter a sua integridade conforme a noção de **ilegalidades toleradas**.

Dois são os mecanismos fundamentais de realização deste proceder. O primeiro é a estratégia do **faz-de-conta**, pela qual os dados que possam contribuir para a reconstrução ou construção da tortura como crime são descartados. O segundo mecanismo é a **problematização** de aspectos conceituais ou normativos, pelo que já num estágio bem mais avançado de realização do sistema, portanto, mais arriscado para si próprio, elabora-se uma justificação complexa e sofisticada à luz da lei para a satisfação dos interesses estamentais.

Vamos nos deter agora nos aspectos normativos, ou mais amplamente na ciência penal para verificarmos o quanto é difícil esta tarefa de desmate-

rialização do crime de tortura nesta perspectiva e para concluirmos o quanto ela se torna fácil.

Uma noção bastante difundida de Direito Penal vincula o sistema à tutela do mínimo ético de convivência social. A partir da necessidade de concretização dessa tutela, que autores como Francisco de Assis Toledo<sup>16</sup> qualificam como missão do Direito Penal, a dogmática criou inúmeros mecanismos que atuam na lógica do sistema de modo a atenuar seus rigores e melhor orientar a atividade punitiva. Surgem mecanismos de despenalização que gravitam em torno da idéia de potencialidade ofensiva, como previsto na Lei n. 9.099/95, noções como a criminalidade de bagatela ou conceitos como de tipicidade material, levisidade etc.

Todos esses mecanismos de operação do sistema partem da idéia do Direito Penal como mínimo ético e têm como premissa, a meu ver necessária, uma relação ontológica entre Estado como poder e sociedade civil como cidadania. São mecanismos que a ciência penal estabelece para a limitação do poder punitivo estatal.

Isso admitido, conclui-se que a noção de mínimo ético, e tudo quanto com ela se oferece, não se aplica ao crime de tortura. A razão é bastante simples. O conceito de tortura relaciona-se com a brutalidade no exercício das relações de poder. Aquele que exerce o poder – e nossa preocupação fundamental aqui é o estado e seus agentes – vale-se da hierarquia para impor o sofrimento ao destinatário do poder. Não pode, então, aquele que exerce e brutaliza o poder beneficiar-se de idéias e conceitos cuja finalidade é justamente a proteção contra o poder.

Não obstante a obviedade disso, os operadores do sistema, pelas razões já expostas, aplicam cotidianamente essas idéias e mecanismos para evitar o funcionamento do sistema, desde o aparecimento dos indícios de tortura até as mais adiantadas fases da persecução. A prova disso está em comentários cuja veracidade seus autores certamente negariam como: “não tinha outro jeito senão bater”, “eu perdi a paciência”, “ele apanhou para confessar mas foi ele mesmo” etc.

No universo desmaterializado do crime de tortura, expressões como essas servem para demonstrar que muitos de nós ainda pensamos e agimos como homens viventes em período anterior ao iluminismo, para os quais



a tortura afinal é sempre necessária e o sofrimento de sua vítima é irreal, senão passageiro como já se disse.

Algo deve opor-se à noção de **ilegalidades toleradas**, de modo que cultura e a ideologia inerentes a esta noção, que orientam o funcionamento de todo o sistema de um modo geral, e mais particularmente em relação à tortura, sejam superadas.

Não é possível imaginar-se a superação da solução da contradição entre norma e realidade apenas e tão-somente com o recurso a noções e conceitos relativos ao crime, pois tais dados são passíveis de manipulação pelos operadores do sistema para a sua sobrevivência, ainda que à custa da lógica ou do razoável.

A idéia de que todo o sistema atua para realizar o Direito Penal é absolutamente correta. Entretanto, tal noção pode e vem sendo entendida de um modo distorcido pelo qual o elemento comum de relação entre os vários órgãos do sistema anula as especificidades de cada qual, de modo que ao final parecem todos atuar da mesma forma: comprometidos com a punição a qualquer preço do cidadão dito criminoso. As especificidades dos vários órgãos do sistema não podem ser esquecidas, sob pena realmente de entender-se realização do Direito Penal com realização da punição.

Ministério Público e Poder Judiciário, e por conseqüência seus agentes, devem compreender que as especificidades de suas funções também se justificam e existem para que no interior do sistema penal existam pesos e contrapesos, vale dizer, realize-se o necessário controle sucessivo das atividades desenvolvidas por todos os integrantes do sistema.

Num plano um pouco mais amplo, o fundamental é que à idéia de **ilegalidades toleradas** se contraponha a idéia de **integridade do sistema**.

A idéia de **integridade do sistema** vamos buscar como criação da jurisprudência americana da *judiciary integrity*, noção bastante singela segundo a qual o Judiciário não pode se deixar contaminar pelas ilegalidades praticadas pelos demais órgãos do sistema penal, e que tem aplicação naquelas hipóteses de violações de garantias e direitos fundamentais.

A tortura é uma violação de direitos básicos do cidadão. De tal modo, é bastante razoável supor que ao sistema penal não interessa a sua existência na medida em que ela funciona como fator de deslegitimação do pró-

O que denominamos  
“desmaterialização  
do crime de tortura”  
está intimamente  
associado à idéia  
das ilegalidades  
toleradas, pois  
alcança-se  
a solução das  
contradições do  
sistema por meio  
deste  
procedimento de  
abstração da  
realidade.

prio sistema. Portanto, a **desmaterialização da tortura**, seja ela por via da **problematização do crime**, seja ela por meio da estratégia do **faz-de-conta**, não interessa ao sistema.

Esta proposição nos parece ter a vantagem estratégica de convencer a partir da ótica do estamento que, repita-se, pensa primeiro na sua sobrevivência e não na cidadania, pois, como observa E. Hobsbawn<sup>17</sup>, só aos pobres interessa falar em direitos humanos.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Esta é a posição de FRANCO, Alberto Silva. Tortura: Breves anotações sobre a Lei 9.455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 19, 1997, p. 55-72, para quem a caracterização da tortura como crime comum implica inconstitucionalidade, pois as normas internacionais, que gozam de *status* constitucional, caracterizam-na como crime especial. Do ponto de vista conceitual, não se pode deixar de considerar entretanto que, no mundo contemporâneo, significativas vio-

lações de direitos fundamentais por meio da tortura são praticadas pelos chamados *non-state actors*.

- 2 VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de Frederico Carolli. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 77. O autor entendia a tortura como a “pretensa busca da verdade por meio de tormentos”.
- 3 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- 4 Esta é uma visão amplamente aceita que está a exigir revisão, ao mesmo quanto à extensão dada à idéia, pois é comprometedora da independência do Judiciário. A isto voltaremos na conclusão deste trabalho.
- 5 VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 133.
- 6 FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.
- 7 É digna de nota a publicação após a elaboração e apresentação deste trabalho do relatório da ONU sobre a tortura no Brasil, de autoria da Nigel Rodley, o qual aponta o mesmo problema.
- 8 BATISTA, op. cit.
- 9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- 10 Este aspecto é abordado no relatório da ONU sobre a tortura no Brasil: 10. *O Presidente do Brasil expressou que seu Governo planejava implementar um plano de segurança pública de amplo alcance. O Relator Especial observa, entretanto, que a luta contra o elevado nível de criminalidade muitas vezes foi apresentada por seus interlocutores oficiais como uma explicação, senão mesmo uma justificativa, para o comportamento um tanto duro por parte dos funcionários encarregados da execução da lei, que, segundo relatos recebidos, teriam de enfrentar criminosos violentos, contando com limitados recursos à sua disposição. Acreditava-se que, em face dessa situação, as políticas de segurança pública eram voltadas para a depressão – aparentemente, às vezes, sem limites bem definidos – e não para a prevenção. A necessidade de aliviar o sentimento geral de insegurança pública que alimenta constantes solicitações da população por medidas cada vez mais fortes e mais repressivas contra suspeitos de crimes foi enfatizada com frequência. Os meios de comunicação também foram apontados como parcialmente responsáveis por esse sentimento de insegurança entre o público. Nesse particular, a educação da população em geral para os direitos humanos foi indicada, principalmente por ONGs, como uma grande necessidade de aperfeiçoamento.*
- 11 Sobre a percepção dos direitos humanos, vide o interessantíssimo estudo de CARDIA, Nancy. *Direitos Humanos: Ausência de cidadania e exclusão moral*. Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1995. A autora, na conclusão de seu trabalho, relaciona a inexistência de rejeição absoluta à tortura com a falta de base social à reforma da política.

- 12 Vide o excelente trabalho de BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- 13 Processo n. 1.251/2000 – 16ª Vara Criminal de São Paulo – SP.
- 14 Processo n. 0067-3/2000 da 1ª Vara do júri de São Paulo – SP. Suprimimos os nomes dos envolvidos.
- 15 Sobre este problema na perspectiva da tutela dos direitos humanos, vide interessante estudo do perfil dos juizes traçado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 36-43. Ver também BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 36-43 e que fala sobre a cisão entre política e técnica nos tempos do facismo e mostra como a técnica apolítica, neutra, é na verdade subserviente.
- 16 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3. ed. Saraiva, 1987.
- 17 HOBSBAWM, Eric. *Mundos do trabalho*. 3. ed. Paz e Terra, 2000.

## BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

BOBBIO, Norberto. *Entre duas repúblicas*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

DIAZ PITA, Maria del Mar. El bien jurídico protegido em los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridade moral. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. 20, p. 25-102. 1997.

CHEVIGNY, Paul. Definindo o papel da política na América Latina. *Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina*, org. Juan Mendez, Guilherme O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro. Paz e Terra, 2000. p. 65-88.

GOMES, Luiz Flávio. Tortura (Lei n. 9.455/97). *In: Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118-132.

KELLBERG, Love, Torture: International Rules and Procedures. *In: An end to torture: strategies for its eradication*, coord. Bertil Dunér. Zed Books, 1998. p. 3-38.

LUIZI, Luiz. Direitos Humanos – Repercussões sociais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21, p. 75-80. 1998.

MARAN, Rita. The role of non-governmental organizations. *In: An end to torture: strategies for its eradication*, coord. Bertil Dunér. Zed Books, 1998. p. 222-246.

MENDEZ, Juan. Problemas da violência ilegal: Introdução. *In: Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina*, org. Juan Mendez, Guilherme O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro. Paz e Terra, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente Lei n. 9455/97. *Justiça Penal*, v. 5, p. 9-17. 1997.

TORO MARZAL, Alejandro del. El nuevo delito de tortura. *In: Doctrina Penal: teoria y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, 1979. v.2, p. 667-690.

## ABSTRACT

It presents the problem of the efficacy of the Law of Torture, from the point of view of the structure and operators of the criminal system. The paper concludes that all the agencies pertaining to the criminal system share the same corporative and group ideology, independently from their specific position and functions in the system. It suggests, therefore, the notion of the integrity of the legal system as an strategy to mobilize their operators.

KEYWORDS – torture; Law n. 9,455/97; criminal Law; criminal system; crime.

**Luís Fernando Camargo de Barros Vidal** é Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri de São Paulo.

## RESUMO

Constata que a tortura ainda continua acontecendo, apesar dos esforços democráticos da humanidade. Cita que a ONU, em 1984, aprovou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em Nova Iorque, que foi adotada pelo Brasil em 1991 através do Decreto n. 40, de 15/02/91. Descreve os tipos de crime de tortura previstos na Lei n. 9.455/97.

## PALAVRAS-CHAVE

Lei n. 9.455/97; tortura – prova; tortura – crime-meio; tortura racial; tortura – pena; tortura – encarcerado; ONU; Decreto n. 40/91.

## 1 INTRODUÇÃO

*O homem é o único animal que provoca sofrimento aos outros com o objetivo exclusivo de provocá-lo* (Schopenhauer).

A tortura acompanha a história do ser humano. Desde a Antiguidade dela se tem registro. Na Idade Média, particularmente durante a Inquisição<sup>1</sup>, a tortura era o meio mais comum de se alcançar a prova do delito (confissão). Apesar dos avanços democráticos da humanidade, a tortura ainda não acabou. Não só não se extinguiu como aparece às vezes institucionalizada<sup>2</sup> ou até mesmo legalizada, tal como admitiu, há pouco (15/11/1996), o Supremo Tribunal israelense, no que concerne aos palestinos. Também na Irlanda do Norte, recentemente, uma das suas Cortes (caso McCormick) avalizou a tortura como meio válido de punição<sup>3</sup>. No que se relaciona com nosso País, um juiz auditor militar no Rio de Janeiro, sob a influência do clima de guerra que as Forças Armadas declararam ao crime, acabou arquivando, a pedido do Ministério Público, um inquérito, onde se apurava o delito de tortura contra dois capitães, tortura essa praticada contra um cabo, durante seis horas. O juiz admitiu que é possível o uso “do rigor necessário” para a descoberta de um delito<sup>4</sup>. Não é incomum, de outra parte, como destacou Antonio Magalhães Gomes Filho, a admissão da confissão, pela jurisprudência brasileira, ainda que “eventualmente tenha havido maus-tratos”<sup>5</sup>.

Por tudo isso é que a ONU, em 1984, em Nova Iorque, aprovou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pelo Brasil

em 1991 (Decreto n. 40, de 15/02/1991). Logo em seguida proclamou-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (OEA), que entrou em vigor no Brasil em 1989 (Decreto n. 98.386, de 09/11/1989). A Constituição brasileira a ela fez referência (art. 5.º, inc. XLIII), equiparando sua prática aos crimes hediondos. Não tínhamos, no entanto, até o advento da Lei n. 9.455/97, nenhuma descrição típica, em nível infraconstitucional, dessa conduta criminosa. O art. 233 do ECA apenas a mencionava, mas não a descrevia.

Nosso Código Penal, em vários momentos, também se refere à tortura: como agravante, como circunstância qualificadora do homicídio etc. O Código Penal Militar tampouco a desconhece. Mas fazia falta uma lei para descrever, com precisão, o delito<sup>6</sup>, mesmo porque, se especialmente durante a ditadura isso aconteceu, não se questiona que “a democracia não pode tolerá-la”<sup>7</sup>. *Alex nova*, pelo menos, tem a virtude de se posicionar contra a “cultura do extermínio”, que decorre da banalização da violência e do desrespeito ao ser humano<sup>8</sup>.

A Lei n. 9.455/97 veio, em síntese, suprir omissão indesculpável do legislador brasileiro. No seu art. 1º (*caput* e §§ 1º e 2º), descreveu seis condutas típicas (tortura-prova, tortura como crime-meio, tortura racial ou discriminatória, tortura-pena ou castigo, tortura do encarcerado e omissão frente à tortura); no § 3º cuidou do crime qualificado; no § 4º previu causas de aumento de pena. Nos parágrafos seguintes (§§ 5º, 6º e 7º) estão a perda do cargo, a proibição de fiança, graça e anistia, assim como a previsão de progressividade de regime. No art. 2º temos duas hipóteses de extraterritorialidade. Nos dois artigos finais estão a vigência da lei e a revogação do art. 233 do ECA.

Examinaremos em seguida cada um desses dispositivos.

## 2 TORTURA-PROVA

Esse crime está descrito desta maneira: *Art. 1º Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (...)*<sup>9</sup>.

Exige-se **constrangimento** (submetimento, sujeição, anulação da liberdade de vontade). Esse constrangimento contra alguém pode ocorrer de duas maneiras: a) mediante **violência** (força física sobre o corpo – agressão, por exemplo –, que cause prejuízo físico – essa é a violência sem preocupação estética – ou que afete o corpo e a mente – sofrimento mental –, tal como uso de drogas, suplício da água, privação do sono etc.) – estes últimos são os chamados “suplícios com preocupação estética”; b) ou mediante **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*). Vítima aqui só pode ser entendida como “vítima da tortura”, não como vítima de algum eventual delito que ela mesma praticara. Qualquer outra finalidade do agente (tortura por sadismo ou vingança, por exemplo) não configura o delito em questão (e sim crime comum do Código Penal)<sup>10</sup>.

Não é preciso que se alcance a informação, declaração ou confissão pretendida. Consuma-se com o sofri-

\* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Seminário Nacional *A Eficácia da Lei de Tortura*, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília – DF, de 30 de novembro a 1º de dezembro de 2000.

mento físico ou mental, decorrente do constrangimento. Pouco importa qual seja a natureza do fato em torno do qual gira a pretendida declaração ou confissão ou informação: fato penal, comercial, pessoal etc.<sup>11</sup>. Por isso, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo: tanto funcionário público como particular<sup>12</sup>. Essa qualidade de crime comum, aliás, também é válida para as figuras típicas que serão estudadas em seguida (com exceção do crime omissivo).

### 3 TORTURA COMO CRIME-MEIO

Na alínea **b** aparece o delito de tortura como meio para a realização de outro delito (“para provocar ação ou omissão de natureza criminosas”). Exemplo: o chefe de uma quadrilha pode torturar alguém para que cometa determinados crimes. Mas, independentemente da realização dos crimes pretendidos, é punível a tortura cometida. É preciso que seja ação ou omissão de natureza criminosas; logo, afastada está a contravenção. Quem tortura outra pessoa para a prática de uma contravenção incorrerá em outros delitos do Código Penal.

### 4 TORTURA RACIAL OU DISCRIMINATÓRIA

A tortura racial ou discriminatória exige uma **especial motivação** do agente (tortura “em razão de discriminação racial ou religiosa”). Tortura-se por causa de uma determinada raça ou religião. Logo, tortura por outras motivações (sexuais<sup>13</sup>, regionais etc.) não se encaixa nesse dispositivo legal. Outros crimes do Código Penal resultarão configurados (lesão, homicídio etc.)

O crime de tortura previsto neste art. 1º (inc. I) absorve (princípio da consunção) os delitos de constrangimento ilegal, ameaça, lesão leve e, quando o caso, como acertadamente nos ensina Rui Stoco<sup>14</sup>, o abuso de autoridade (assim como os arts. 322 e 350, *caput* e inc. III do CP)<sup>15</sup>. Se a informação que se pretende faz parte da execução típica de outro crime (tortura-se a vítima, dentro da execução de um roubo, para que informe a senha do cartão de crédito, por exemplo), só se configura este último (roubo). Não se configura a tortura como crime autônomo<sup>16</sup>.

### 5 TORTURA-PENA OU TORTURA-CASTIGO

No inc. II do art. 1º está capitulado o delito de tortura-pena ou tortura-castigo, *in verbis*: *Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou auto-*

*ridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*

Uma outra maneira de cometer o delito de tortura, como se vê, consiste em *submeter alguém sob sua guarda* (seja jurídica – ECA, por exemplo – ou fática – alguém sob seu cuidado, vigilância), *poder ou autoridade* (existem duas formas de se interpretar as palavras “poder” e “autoridade”: no art. 61 do Código Penal, o “abuso de poder” refere-se a relações públicas, enquanto o “abuso de autoridade” refere-se a relações privadas; mas aqui, na Lei n. 9.455/97, não se fala em “abuso”, senão em “poder” e “autoridade”, *tout court*; assim, o primeiro pode estar relacionado a relações privadas – poder de uma pessoa sobre outra, como tutor, curador etc. –, enquanto a expressão “autoridade” pode referir-se a relações públicas – ter alguém sob sua autoridade, numa detenção legal, por exemplo) *com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso (exagerado, veemente, forte)*<sup>17</sup> *sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar casti-*

O crime de tortura, de outro lado, para sua configuração (...), exige uma especial finalidade do agente (*obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa*). Vítima aqui só pode ser entendida como “vítima da tortura”, não como vítima de algum eventual delito que ela mesma praticara. Qualquer outra finalidade do agente (tortura por sadismo ou vingança, por exemplo) não configura o delito em questão (e sim crime comum do Código Penal).

*go 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). Esse crime absorve os delitos de maus-tratos<sup>18</sup> 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 as quatro hipóteses de tortura até aqui examinadas, é de reclusão, de dois a oito anos. É extremamente discutível o cabimento do *sursis*<sup>19</sup>, por duas razões: a) *ex vi legis*, pretende-se que o regime inicial seja sempre o fechado (§ 7º, *infra*); b) considerando a gravidade do delito de tortura, pode ser que falte o requisito do “mérito” (grau de culpabilidade e reprovabilidade do fato, motivação, circunstâncias etc.) para sua concessão. Embora preenchido o requisito objetivo da pena (até dois anos), em cada caso concreto, pode faltar o requisito subjetivo (mérito). Se de um lado haveria exagero na determinação do cumprimento da pena integralmente em regime fechado, de outro talvez o *sursis*, no caso específico, não se apresente como a medida político-criminal mais aconselhada. *In medio est virtus.*

### 6 TORTURA DO ENCARCERADO

O §1º do art. 1º prevê o delito de tortura contra o encarcerado, *in verbis*: *Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.*

O tipo exige que se submeta pessoa presa (recolhida a cárcere, pouco importando o título do encarceramento: preso definitivo ou provisório, penal ou civil etc.) ou sujeita à 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 (exemplos: jogo de luz, privação de luz, privação de sol, solitária etc.).

### 7 OMISSÃO FRENTE À TORTURA

No § 2º do art. 1º o legislador incriminou a omissão frente à tortura, nestes termos: *Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tenha o*



*dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.*

Aquele que se omite em face de um dos delitos de tortura acima citados, quando tinha o dever (jurídico) de evitá-los ou apurá-los, responde pelo crime previsto no § 2º. A punição pressupõe conhecimento da situação fática da tortura (verbo “evitar”) e conhecimento e competência para a sua apuração (verbo “apurar”). Exige-se dolo. Impossível a figura culposa, por falta de previsão. Crime omissivo próprio não possui resultado. Consuma-se com a simples omissão.

Pena: detenção de um a quatro anos. Em tese, pela pena mínima cominada, esse delito admite *sursis* e até mesmo suspensão condicional do processo. De qualquer modo, é preciso examinar com cautela o requisito do “mérito” (culpabilidade, antecedentes etc.). Se não concedidos, o máximo que o juiz pode fixar é o regime semiaberto (porque se trata de pena de detenção). Nessa hipótese, não existe a obrigatoriedade de cumprimento inicial em regime fechado (v. §7º). O omitente, mesmo que não tenha evitado a tortura, não responde por eventual forma qualificada do delito<sup>20</sup>.

## 8 CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO

*Por força do § 3º, se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.*

Se resulta (da violência empregada na tortura) lesão corporal grave (CP, art. 129, § 1º) ou gravíssima (CP, art. 129, § 2º), a pena é de reclusão de quatro a dez anos. Cuida-se de crime preterdoloso. Logo, se o agente não pretendia torturar e sim lesar a vítima, só responde por lesão corporal grave ou gravíssima. De outro lado, se resulta (da violência ou ameaça) a morte, a pena é de reclusão de oito a dezesseis anos. É crime preterdoloso também. Logo, se o agente pretendia a morte desde o início (dolo direto ou eventual): homicídio qualificado pela tortura (pena: de 12 a 30 anos)<sup>21</sup>. Se o agente queria, no princípio, apenas torturar e só depois resolve matar, há duas posições possíveis: a) é caso de progressão criminosa – o maior (homicídio) absorve o menor (tortura); b) é concurso material de crimes: tortura mais homicídio<sup>22</sup>.

Devem ser distinguidas as hipóteses: no caso de tortura-castigo, haveria progressão criminosa (o homicídio

surge na mesma linha de afetação do bem jurídico: integridade física, vida); no caso de tortura-prova, dois crimes, em concurso material.

## 9 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Em razão do § 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 Código Penal; (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, princípio da consunção).

Discute-se se essas causas de aumento também incidiriam ou não sobre a forma qualificada. Alberto Silva Franco entende ser impossível<sup>23</sup>: esse aumento só recairia sobre o preceito secundário básico. O tema é reconhecidamente polêmico: verifique-se, por exemplo, a jurisprudência a respeito da incidência ou não do furto agravado (noturno) sobre o qualificado. Impõe-se não perder de vista que as causas de aumento de pena implicam uma especial alteração no conteúdo do injusto, que leva a uma maior reprovabilidade do fato. Se cada um deve ser punido de acordo com sua culpabilidade (CP, art. 29), não nos parece equivocada a conclusão de que tais causas de aumento incidiriam inclusive sobre as formas qualificadas. Com isso estamos admitindo também que eventuais causas especiais de diminuição deverão ter tratamento idêntico. Quanto ao furto, por exemplo, sempre entendi que o privilégio se aplica às qualificadoras (porque reduz o conteúdo do injusto). E se são admissíveis as causas de diminuição, conseqüentemente também o serão as de aumento.

## 10 EFEITOS DA CONDENAÇÃO: PERDA DO CARGO E INTERDIÇÃO PARA O SEU EXERCÍCIO

Para demonstrar rigor punitivo, no § 5º estão previstas duas sanções “extras” para o condenado: perda do cargo e interdição para o seu exercício. Por força do disposto no art. 92 do Código Penal, fala-se também aqui em efeito secundário da condenação penal. É que já não existe dentro do Código Penal a pena acessória. Mas esta permeia ainda várias leis especiais (CPM, Decreto-lei n. 201/67, Lei de Falências etc.). Logo, também seria possível o emprego de tal terminologia na hipótese em tela (por se tratar de lei especial)<sup>24</sup>.

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) que não necessita de especial motivação (segundo a literalidade do diploma legal). 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 no referido prazo. Ultrapassado esse prazo, pode o sujeito concorrer a cargos públicos, porque nenhuma pena pode ser perpétua. Mas jamais voltará para o cargo que ocupava.

A parte final desse § 5º também se aplica a particular que tenha 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, particularmente no caso do § 2º (omissão em evitar ou apurar o delito). Mesmo porque a pena cominada para esse delito é de detenção. Em casos concretos particulares, efetivamente, pode ser que a perda do cargo seja exagerada, especialmente se a conduta refere-se ao verbo “apurar”. Nessa hipótese, deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade<sup>25</sup> para afastar a incidência da norma no “caso concreto”. Não se trata de algo impossível, mas exigirá do juiz uma construção fundamentada e convincente.

## 11 NÃO-CABIMENTO DE FIANÇA, GRAÇA OU ANISTIA

O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (§ 6º). São restrições previstas na Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII). 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. A lei penal não pode ser interpretada extensivamente quando o legislador usa uma determinada expressão, sabendo do seu sentido técnico. Tampouco pode-se admitir a analogia *in malam partem*.

## 12 PROGRESSIVIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA

Pelo que ficou estatuído no § 7º, o condenado “iniciará” o cumprimento

da pena em regime fechado. Isso significa que é possível a progressão de regime. A melhor doutrina afiança o acerto do legislador<sup>26</sup>. Quanto ao delito omissivo (§ 2º), no entanto, como é punido com detenção, está fora da exigência do cumprimento inicial em regime fechado. Aplica-se normalmente o Código Penal: o máximo que se pode impor, no princípio, é o regime semi-aberto.

A tortura, na configuração constitucional, ao lado do terrorismo, do tráfico de drogas e dos crimes definidos em lei como hediondos, constituía um bloco de infrações com tratamento jurídico único (muito distinto, no entanto, das demais infrações penais). Seja em nível constitucional, seja infraconstitucional, o "bloco" referido tinha regime jurídico especial unitário. No plano ordinário, tudo era regido pela Lei n. 8.072/90. Em nada qualquer uma dessas infrações diferenciava das outras. Agora, com a Lei n. 9.455/97, admite-se progressão na execução da pena do crime de tortura.

Disso pode-se extrair, como bem destacou Alberto Silva Franco, a seguinte conclusão: *Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, negue-se igual sistema aos condenados por crimes hediondos (...) a extensão da regra do § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei n. 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal*<sup>27</sup>.

No mesmo sentido, Ney Moura Teles<sup>28</sup> e o famoso acórdão da Sexta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Luiz Vicente Cernicchiaro<sup>29</sup>. Para Oswaldo Duek Marques, *nada impede possa dar-se uma interpretação sistemática, para estabelecer o tratamento mais benéfico aos crimes previstos na Lei n. 8.072/90*<sup>30</sup>.

Na esteira do entendimento que acaba de ser citado vem o HC 7.197-DF, do STJ, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 04/06/1998, DJU de 03/08/1998, p. 325. V. ainda: HC 7.185-DF, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 19/05/1998, DJU de 10/08/1998, p. 81.

A introdução no sistema penal brasileiro do regime "integral" fechado (Lei dos Crimes Hediondos) foi um dos maiores equívocos legislativos já ocorrido: primeiro porque não havia autorização constitucional para isso (resultando violado o princípio da individualização da pena); em segundo lugar, porque não resolveu em nada o proble-

ma da criminalidade violenta; em terceiro lugar, porque retirou do preso a esperança de uma progressão, que favorece a ressocialização e o bom comportamento; por último, porque acabou desencadeando a maior avalanche de fugas e rebeliões, jamais vistas no sistema penitenciário brasileiro. Está correta, nesse ponto, a Lei de Tortura, ao prever a progressividade. Mas o melhor caminho, *de lege ferenda*, será permitir a progressividade em todos os delitos, exigindo-se, no entanto, para crimes violentos, o cumprimento de uma parcela maior da pena em cada regime. O atual patamar de um sexto, para crimes que realmente perturbam o convívio social, é demasiadamente inferior ao que se imagina ser o equilibrado e político-criminalmente correto.

A extensão da progressividade, prevista na Lei n. 9.455/97, para os crimes de tortura, a todos os crimes hediondos e equiparados, no entanto, ainda não está totalmente resolvida. Vale recordar que no colendo Supremo Tribunal Federal a tese da aplicação analógica (*in bonam partem*) da lei citada a todos os crimes hediondos não

O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (§ 6º). São restrições previstas na Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII). 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. A lei penal não pode ser interpretada extensivamente quando o legislador usa uma determinada expressão, sabendo do seu sentido técnico. Tampouco pode-se admitir a analogia *in malam partem*.

foi aceita (STF, HC 76.371-SP, j. 25/03/1998). No egrégio TJ-SP vem predominando também esse último entendimento restritivo (v. Ap.Crim. 229.0873/7, rel. Silva Pinto, j. 20/10/1997).

### 13 EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA

Está previsto no art. 2º: aplica-se a Lei de Tortura a crimes ocorridos fora do território brasileiro desde que (a) a vítima seja brasileira ou (b) encontre-se o agente em local sob jurisdição brasileira. De se observar que o dispositivo legal nada diz sobre o sujeito ativo: pode ser brasileiro ou não. O que apresenta de peculiar é o seguinte: sendo brasileira a vítima da tortura, a aplicação da lei brasileira é incondicional (não é preciso o atendimento ao § 2º do art. 7º do Código Penal); não sendo a vítima um brasileiro, só será punido o autor da tortura pela lei brasileira se ingressar no âmbito da jurisdição nacional. Essa é a condição exigida (única) para se punir o autor da tortura. Não importa se esse autor é estrangeiro. Não interessa a nacionalidade da vítima.

### 14 VIGÊNCIA E IRRETROATIVIDADE

Pelo que se extrai do art. 3º, a lei entrou em vigor no dia 08/04/1997. Só vale para fatos ocorridos a partir desta data. Não é retroativa. Lei nova incriminadora não retroage para alcançar fatos pretéritos.

### 15 REVOGAÇÃO DO ART. 233 DO ECA

O art. 233 do ECA previa o crime de tortura, mas não descrevia a conduta. Apesar disso, o colendo Supremo Tribunal Federal entendeu ser válido tal dispositivo<sup>31</sup>. Se de um lado recebeu o apoio de Luíza Eluf<sup>32</sup>, de outro lado foi acertadamente criticado por Sylvia Steiner<sup>33</sup>. Agora acaba de ser revogado (art. 4º).

É inconsistente o argumento de que a nova lei pune menos severamente a tortura contra criança ou adolescente quando resulta morte<sup>34</sup>. Pena do ECA: de quinze a trinta anos; pena da Lei n. 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. Não porque não seja possível a comprovação médico-forense da tortura, seja física, seja psíquica (mental). A Medicina Forense está avançada o suficiente em termos científicos para tanto, podendo-se comprovar não somente as evidências físicas, senão também suas seqüelas<sup>35</sup>. O problema está na falta de estrutura da Polícia Científica. De outro lado, existe também a insegurança. Perdeu o legislador mais uma oportunidade para disciplinar o tema da "proteção das vítimas e testemunhas". Quando a tortura tem como sujeito ativo membros de alguma corporação policial, não é infreqüente o uso de ameaças contra vítimas e testemunhas. E com isso resulta afetado o princípio da verdade real ou material: muitas pessoas, por causa do medo, não depõem.

Lei dos Crimes Hediondos versus Lei n. 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<sup>36</sup>; reincidente específico em tortura: não tem direito a livramento; na verdade, em razão da possibilidade de progressão de regime, o livramento condicional perderá o interesse em matéria de tortura, porque o regime aberto, que constitui a terceira fase do sistema progressivo, é muito mais vantajoso que o livramento condicional; (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 igual período. Todas essas matérias continuam disciplinadas pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 GRIGULEVICH, I. *Historia de la inquisición*. Trad. M. Kuznetsov. Moscu: Progreso, 1980, *passim*.
- 2 Sobre a tortura como instituição, v. TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura. In: PENTEADO, J. C. (coord.). *Jus-*

- tiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1997. p. 9 e ss.
- 3 VERCHER NOGUEIRA, Antonio. La legalización de la tortura. *El País-Internacional*, 25 nov. 1996, p. 10.
  - 4 *O Estado de S. Paulo*, 14 abr. 1996, p. A3.
  - 5 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Tortura e prova penal. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 9, abr./mai. 1997.
  - 6 A doutrina brasileira reivindicava há tempos um diploma legal sobre o assunto: JORGE, William W.. Contributo à noção do crime de tortura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 665, p. 391-392, mar. 1991. FERNANDES, Ana M.; e FERNANDES, Paulo S. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo: Saraiva, 1982; VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992; FERREIRA, Wolgran J.. *A tortura*. São Paulo: Julex, 1991.
  - 7 ELUF, Luiza N. Supremo reconhece crime de tortura. *O Estado de S. Paulo*, 10 ago. 1995, p. A2.
  - 8 PIETROCOLLA, Luci G. Torturar é fácil. *Boletim IBCCrim*, n. 55, jun. 1997. p. 15.
  - 9 Para uma ampla visão do crime em estudo, v. FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre a Lei n. 9.455/97, *RBCCrim*, n. 19, p. 55 e ss. jul./set. 1997.
  - 10 Nesse sentido: MIRABETE, Júlio F. Tortura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 746, p. 476, dez. 1997.
  - 11 MARQUES, Oswaldo H. D. Breves considerações. *Boletim IBCCrim*, n. 56, jul. 1997, p. 6.
  - 12 Em defesa da opção do legislador, TOLEDO, Francisco de A.. Sobre o crime de tortura. In: PENTEADO, J. C. (coord.). *Justiça Penal*, n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13 e ss. Contra, com apoio em ampla doutrina estrangeira, FRANCO, op. cit., p. 58 e ss.; TAVARES, Juarez. A delimitação da autoria. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 7-8, abr./mai. 1997.
  - 13 Nesse sentido, DIAS, José Carlos. *Enfoque Jurídico*. Brasília, n. 6, p. 7, abr./mai. 1997.
  - 14 STOCO, Rui. A tortura. *Enfoque Jurídico*. Brasília, n. 6, p. 5, abr./mai. 1997. O crime de tortura praticado por funcionário público afasta a aplicação da lei de abuso de autoridade: FONSECA, Antonio C. L.. *Abuso de autoridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 80-81.
  - 15 MARQUES, op. cit., p. 6.
  - 16 O noticiado "primeiro caso de tortura em São Paulo" (*O Estado de S. Paulo*, 17 abr. 1997, p. C11), na verdade, era um roubo em que dois rapazes ameaçaram a vítima e exigiram dela a informação do número da senha.
  - 17 O legislador, ao utilizar a expressão "intenso sofrimento", colocou na lei um conceito "poroso" (Hassemer), de difícil compreensão. É um tipo aberto, que exige complemento valorativo do juiz. FRANCO, Alberto S., op. cit., p. 62. Ver, ainda, a acertada crítica de SHECAIRA, Sérgio S. Algumas notas, *Boletim IBCCrim* n. 54, p. 2, mai. 1997.
  - 18 Sobre a distinção entre o delito de tortura-pena e o de maus-tratos: FRANCO, Ana P. N. Distinção. *Boletim IBCCrim*, n. 62, p. 11, jan. 1998.
  - 19 No sentido de que cabe *sursis*: SHECAIRA, Sérgio S. Algumas notas. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 11, abr./mai. 1997; FRANCO, op. cit., p. 69, baseando-se na

doutrina e na jurisprudência existentes a respeito dos crimes hediondos; REALE JÚNIOR, Miguel. Tipificação da tortura. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 17, abr./mai. 1997.

- 20 MIRABETE, op. cit., *RT* 746/478.
- 21 A nova lei não revogou o homicídio qualificado pela tortura. Assim, MEHMERI, Adilson. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 13, abr./mai. 1997.
- 22 É a posição de FRANCO, op. cit., p. 65. JESUS, Damásio E.. Crimes de tortura, artigo não-publicado.
- 23 FRANCO, op. cit., p. 66.
- 24 Nesse sentido, PEREIRA, Carlos F. O.. Observações. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 14, abr./mai. 1997.
- 25 BARROS, Suzana de T. *Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, *passim*.
- 26 TOLEDO, op. cit., p. 16.
- 27 FRANCO, op. cit., p. 69.
- 28 TELES, Ney Moura. *Revista Consulex*, n. 5, p. 24, 1997.
- 29 V. a íntegra do Resp. 140.617-GO, no *Boletim IBCCrim*, n. 60, p. 1-2, nov. 1997.
- 30 FRANCO, op. cit., p. 6. No mesmo sentido, invocando o princípio da igualdade, TOLEDO, Fábio Henrique Prado de. *Boletim IBCCrim*, n. 60, nov. 1997, p. 7. Em sentido contrário: MIRABETE, op. cit., *RT* 746/481; BALDIN, Antonio, *RT* 753/471 e ss.
- 31 STF, HC 70.389-5, rel. Min. CELSO DE MELLO, m.v., j. 23/07/1994, *Boletim da AASP*, n. 1.881, p. 13, 11 a 17 jan. 1995.
- 32 *O Estado de S. Paulo*, 10 ago. 1995, p. A2.
- 33 *RBCCrim*, n. 13, p. 163 e ss, jan./mar. 1997.
- 34 Sobre a inconsistência do argumento, FRANCO, op. cit., p. 71-72.
- 35 Assim, DELMONTE, Carlos. A perícia na tortura, in *Justiça penal*, coord. J. C. Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. n. 6, p. 18 e ss.
- 36 Em sentido contrário, AZEVEDO, Raúl L. V. Breves reflexões. *Enfoque Jurídico*. Brasília, n. 6, p. 16, abr./mai. 1997.

## ABSTRACT

This paper states that torture still occurs, in spite of all democratic efforts of mankind.

It mentions that in 1984, the UN approved, the Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishments, in New York, which was adopted by Brazil in 1991, through the Decree n. 40, 2/15/91.

It describes the types of torture crimes presented by the Law n. 9,455/97.

KEYWORDS – Law n. 9,455/97; torture – proof; torture – means-crime; racial torture; torture – punishment; torture – imprisoned; U.N.; Decree n. 40/91.

Luiz Flávio Gomes é advogado.