

TORTURA

Flávio Augusto Monteiro de Barros

Juiz de Direito em São Paulo Capital. Professor convidado para as áreas de Direito Penal e Civil no CPC-Curso Preparatório para Concursos-SP.

1 - CONCEITO

A Lei nº 9.455, de 7-4-97, regulamentando o inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, trouxe à tona a definição dos crimes de tortura.

Efetivamente, dispõe o inc. I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7-4-97, que constitui crime de tortura:

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;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Cumprir destacar a semelhança entre o delito de tortura, acima transcrito, e o crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do Código Penal, pois em ambos o agente visa a obter da vítima um determinado comportamento positivo ou negativo.

2 - ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

Tortura é o sofrimento físico ou mental causado a alguém com emprego de violência ou grave ameaça, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, outrossim, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa ou então em razão de discriminação racial ou religiosa.

Violência física (*vis absoluta*) é o emprego de força bruta. Pressupõe, no mínimo, a ocorrência de vias de fato.

Grave ameaça (*vis compulsiva*) é a promessa de causar determinado malefício.

O tipo penal em apreço não contempla a violência imprópria, divergindo, nesse aspecto, do crime de constrangimento ilegal, que a prevê expressamente. Assim, a tortura provocada pelo uso de hipnose ou narcótico configura apenas delito de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) ou constrangimento ilegal, conforme o caso. Lamentável a lacuna da lei, que não pode ser suprida, diante da proibição da analogia *in malam partem*.

Denota-se ainda a exigência do efetivo sofrimento físico ou mental da vítima, de modo que não basta, para consumação do crime, que o meio seja apto a causar o sofrimento.

O sofrimento físico pode consistir numa dor física ou desgaste corporal, como, por exemplo, obrigar a vítima a subir ou descer escadas.

O sofrimento moral consiste no tormento psíquico. Exemplos: impedimento do sono, terror, deixar a vítima nua, etc.

3 - ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

Trata-se de crime doloso. Exige-se o dolo específico, porque o agente realiza a tortura para obter um fim ulterior, consistente num determinado comportamento da vítima.

Efetivamente, para a caracterização do crime, urge que o sofrimento físico ou mental tenha sido causado:

com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

Informar é instruir, ensinar. Declarar é expor a dizer, manifestar a opinião. Confessar é admitir a autoria de um fato. Note-se que a lei não exige que a confissão recaia sobre fato criminoso. Portanto, a tortura para obter a confissão de qualquer fato, criminoso ou não, configura o delito em apreço. Às vezes, a tortura é exercida contra a vítima para que terceira pessoa se sensibilize e confesse o fato. Nesse caso, ambas figuram como vítimas do delito de tortura, que, nessa hipótese, assume o perfil de crime de dupla subjetividade passiva.

para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

Nesta modalidade criminosa, o constrangimento é exercido para que a vítima pratique um crime. Por exemplo: A obriga B a furtar um veículo. Se a coação for irresistível, consoante dispõe o art. 22 do Código Penal, apenas o coator responde pelo delito de furto, em concurso material com o crime de tortura. Se a coação for resistível não haverá delito de tortura, pois uma ameaça resistível não pode ser considerada grave. Nesse caso, ambos (coator e coacto), respondem pelo delito de furto: o coator como partícipe (CP, art. 29) e o coacto como autor, sendo porém, esse último beneficiado pela atenuante genérica do art.65, III, c.

em razão de discriminação racial ou religiosa ;

O tipo penal não esclarece a ação ou omissão que o agente pretende obter da vítima. Todavia, para a configuração do delito, não basta a violência ou ameaça, por motivo de discriminação racial ou religiosa. Sim, porque o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, que significa obrigar pela força, compelir, coagir, de modo que em todo constrangimento é inerente o propósito do agente em obter da vítima uma conduta positiva ou negativa. Na hipótese, o racismo do agente motivou o legislador a enquadrá-lo como torturador, qualquer que seja a ação ou omissão que ele pretenda obter da vítima. Não se perca de vista, porém, que a simples violência ou ameaça, por motivos raciais ou religiosos, sem que o agente pretenda obter da vítima uma ação ou omissão determinada, não constitui delito de tortura.

4 - CONSUMAÇÃO

Nas três modalidades, o delito é formal, consumando-se quando do emprego da violência ou grave ameaça advém o sofrimento físico ou mental, independentemente da vítima realizar o comportamento desejado pelo agente. Nesse passo, distingue-se do crime de constrangimento ilegal, que é material, consumando-se quando a vítima realiza a conduta desejada pelo agente.

5 - TENTATIVA

Admite-se a tentativa quando o sofrimento físico ou mental não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Exemplo: o agente é surpreendido no ato de iniciar a violência física.

6 - SUBTIPOS DE TORTURA

a) Aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo

Dispõe o inc. II do art 1º, da Lei nº 9.455, de 7-4-97:

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.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Trata-se de delito próprio, porque sujeito ativo é quem tem a vítima sob seu poder, guarda ou autoridade. O termo poder está empregado no sentido de domínio, influência, força, como, por exemplo, a babá em relação à criança ou o seqüestrador em relação ao seqüestrado. Guarda é a assistência permanente sobre determinada pessoa, como, por exemplo, os pais em relação aos filhos. Autoridade é o poder de uma pessoa sobre outra derivado de direito público ou privado, como, por exemplo, o diretor do colégio em relação aos alunos.

O núcleo do tipo é o verbo submeter, que significa reduzir à obediência, subjugar, sujeitar.

Os meios de execução são a violência física e a grave ameaça. Exclui-se a violência imprópria.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Urge que a tortura se revele como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Castigo pessoal é a punição, a emenda aplicada em represália à prática de algum ato.

Medida de caráter preventivo é a imposta para evitar a prática de algum ato.

O delito só se consuma quando da violência ou grave ameaça advém intenso sofrimento físico ou mental à vítima. Mister, portanto, que o sofrimento tenha sido intenso, isto é, profundo, fora do comum, enérgico. Na análise da intensidade levar-se-á em conta o perfil subjetivo da vítima, tais como, idade, sexo, saúde etc.

Admite-se a tentativa.

b) Tortura contra pessoa presa ou sujeita a medida de segurança

Dispõe o § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97:

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.

Trata-se de norma penal em branco, porque a definição do delito é complementada por outras leis, que disciplinam os atos e medidas que podem ser impostas às pessoas presas ou sujeitas a medida de segurança.

O tipo penal não faz referência à violência física ou grave ameaça. Admite-se, assim, qualquer meio de execução, inclusive a violência imprópria (por exemplos: hipnose, narcótico, uso de cela escura, cessação da alimentação etc).

Note-se ainda que não é exigido o *intenso* sofrimento.

7 - O PARTICIPE POR OMISSÃO E A CONIVÊNCIA POSTERIOR

O § 2º do art.1º da Lei nº 9.455/97 dispõe o seguinte:

Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

O tipo penal em apreço se desdobra em dois:

- a) omissão à prática do crime;
- b) omissão na apuração do crime.

Ambos são crimes próprios, porque exigem que o omitente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. As hipóteses de dever jurídico encontram-se no § 2º do art.13 do Código Penal.

Incompreensível a atitude do legislador, que confere tratamento benigno àquele que deixa de evitar o crime, punindo-o com detenção, quando, na condição de partícipe, deveria responder pela mesma pena do autor principal, nos termos do art. 29 do CP. Aliás, criou-se um tratamento díspar entre os partícipes, pois o partícipe por ação incide na mesma pena abstrata prevista para o autor principal, ao passo que o partícipe por omissão é punido apenas com detenção.

Correta, no entanto, a suavização da pena em relação àquele que deixa de apurar o crime, uma vez que esta conduta ocorre após a consumação, enquadrando-se como conivência posterior, e não como participação. Na verdade, a hipótese assemelha-se ao delito de prevaricação. Todavia, no delito de tortura não há necessidade de o omitente ser funcionário público. Também não é preciso que a omissão seja para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

8 - TORTURA QUALIFICADA

Dispõe o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.455/97:

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.

Trata-se, como vê, de um tipo qualificado, pois sua pena é autônoma, desvinculada do tipo penal fundamental. O homicídio e lesão culposos são absorvidos pelo delito em apreço.

Assim, a morte deve ocorrer a título de culpa. Trata-se de crime preterdoloso. Isso porque a morte dolosa mediante tortura configura delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inc. III, do CP), absorvendo-se o crime de tortura, que já funciona como qualificadora do homicídio.

Todavia, a lesão grave pode ocorrer a título de dolo ou culpa, à exceção do inc. II do § 1º e inc. V do § 2º do art. 129 do CP, porque nessas duas modalidades (perigo de vida e aborto) a lesão corporal grave ou gravíssima, respectivamente, é necessariamente preterdolosa. De fato, presente o dolo em relação ao perigo de vida, o agente responderá pelo delito de tentativa de homicídio qualificada pela tortura (art. 121, § 2º, III, c.c. art. 14, II, ambos do CP). Ocorrendo o dolo em relação ao aborto, o agente responderá pelo delito de aborto previsto no art. 125 do CP em concurso com o crime de tortura simples.

9 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Dispõe o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97:

Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

Verifica-se a existência de seis causas de aumento de pena.

A primeira ocorre quando o crime é cometido por agente público. A expressão *agente público* deve ser interpretada no sentido de *funcionário público*, cujo conceito é fornecido pelo art. 327 do Código Penal. Trata-se, como se vê, de delito funcional.

A segunda ocorre quando o crime é cometido contra criança, devendo entender-se como tal, a pessoa que ainda não atingiu doze anos de idade (art. 2º da Lei nº 8.069/90). Nesse aspecto, cumpre recordar que nem toda criança, à semelhança do que ocorre com o delito de constrangimento ilegal, pode ser vítima do crime de tortura, previsto no inc. I do art 1º da Lei nº 9.455/97. Isso porque o bem jurídico protegido é a liberdade física e psíquica da pessoa, notadamente a sua liberdade de autodeterminação, de modo que se a capacidade de entendimento for totalmente nula, exclui-se a possibilidade de a criança ou doente mental figurar como sujeito passivo do crime. Entretanto, desde que ostentem o mínimo de capacidade para entender e sentir o temor produzido pelo mal ameaçado, criança e louco podem ser sujeitos passivos do delito em estudo. No tocante à tortura do inc. II do art. 1º e seu § 1º da Lei nº 9.455/97, o delito se caracteriza ainda que a criança ou doente mental não ostentem o mínimo de capacidade de entendimento, porque o tipo não faz menção a nenhum comportamento do ofendido.

A terceira ocorre quando o crime é cometido contra gestante. Nesse caso, exclui-se a agravante genérica do art. 61, inc. II, alínea h, do Código Penal, uma vez que essa agravante já funciona como causa de aumento de pena, não podendo, evidentemente, ser duplamente valorada, sob pena de consagração do *bis in idem*. Cumpre destacar, ainda, que o agente deve ter ciência da gravidez. Finalmente, para a incidência da majorante, urge que o agente não queira e nem assuma o risco de produzir o aborto. De fato, o dolo em relação ao aborto dá ensejo ao delito do art. 125 do Código Penal, em sua forma consumada ou tentada, em concurso com o crime de tortura simples (Lei nº 9.455/97), sem a incidência da causa de aumento de pena.

A quarta ocorre quando o crime é cometido contra deficiente. A fragilidade da vítima justifica o aumento da pena. A lei não distingue entre o deficiente físico e o mental, de modo que em ambas as hipóteses incide a majorante. Entretanto, tratando-se de doente mental, à exceção da tortura prevista no inc. II do art. 1º e seu § 1º da Lei nº 9.455/97, mister o mínimo de discernimento, sob pena de descaracterização do delito de tortura previsto no inc. I do art. 1º da Lei nº 9.455/97.

A quinta ocorre quando o crime é cometido contra adolescente. Mais uma vez a imaturidade da vítima, à semelhança do que ocorre com a criança, justifica o aumento da pena. Adolescente é a pessoa que tem entre doze a dezoito anos (art. 2º da Lei nº 8.069/90).

A sexta ocorre quando o crime é cometido mediante seqüestro. Nesse caso, exclui-se a incidência do delito previsto no art. 148 do Código Penal, que já funciona como causa de aumento de pena do crime de tortura. A absorção do delito de seqüestro é fundamentada no princípio da subsidiariedade implícita.

10 - EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Preceitua o § 5º do art. 1º da Lei nº 9.455/97:

A condenação acarretará perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo para a pena aplicada.

Trata-se de efeito da condenação, cuja aplicação independe do montante da pena fixada na sentença. A simples condenação transitada em julgado acarreta os efeitos mencionados acima.

11 - FIANÇA, GRAÇA, ANISTIA E REGIME DE PENA

O § 6º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 reza o seguinte:

O crime de tortura é inafiançável e insuceptível de graça e anistia.

O dispositivo em apreço simplesmente repete o inc. XLIII do art. 5º da Magna Carta. Note-se que a lei não veda a concessão do indulto. Aliás, eventual vedação estaria eivada de flagrante inconstitucionalidade, porque a Magna Carta, no inc. XII de seu art. 84, não cria restrições à concessão do indulto. Não se pode equiparar a graça ao indulto, porque é proibida a analogia *in malam partem*.

O § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 dispõe:

O condenado por crime previsto nessa lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Assim, qualquer que seja a quantidade da pena, mesmo quando o réu for primário e tiver bons antecedentes, o regime inicial é o fechado. Todavia, não há vedação da progressão para os regimes semi-aberto e aberto. Nesse aspecto, a lei é mais benigna que a dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que, além de impor o regime fechado, ainda proíbe a progressão para os regimes menos rigorosos. Por consequência, a vedação da progressão de regimes, prevista na Lei nº 8.072/92, não é mais aplicada ao delito de tortura. Cumpre ainda destacar que na hipótese do § 2º do art. 1º não há sequer a obrigatoriedade de a pena iniciar-se no regime fechado.

12 - EXTRATERRITORIALIDADE

O art. 2º da Lei nº 9.455/97 preceitua:

O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido no território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Extraterritorialidade é a aplicação da lei penal brasileira aos crimes cometidos fora do território nacional.

No preceito em análise denota-se a existência de dois casos de extraterritorialidade:

a) quando a vítima for brasileira

Nesse caso, pouco importa a nacionalidade do agente, pois a lei consagrou o princípio da defesa ou proteção.

b) quando o agente encontra-se em território brasileiro

Nesse caso, não há necessidade de a vítima ser brasileira. Trata-se da aplicação do princípio da justiça universal ou cosmopolita, devendo o agente ser punido de acordo com as leis brasileiras, ainda que ele e a vítima sejam estrangeiros. Curial, no entanto, o seu ingresso no território nacional.

Na primeira hipótese, a extraterritorialidade é incondicionada, uma vez que nenhum requisito é exigido para a aplicação da lei penal brasileira. Basta que o crime tenha sido cometido contra brasileiro. O agente é punido ainda que se encontre no exterior.

Na segunda hipótese, a extraterritorialidade depende apenas de uma condição: a entrada do agente no território nacional.

As outras condições previstas no § 2º do art. 7º do Código Penal não se aplicam ao delito de tortura. Assim, ainda que o agente tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro, não se exclui a aplicação da lei penal brasileira. Igualmente, pouco importa que o fato seja punível no país em que foi praticado, ou que o agente tenha sido perdoado no estrangeiro, ou que o crime se inclua entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição. Essas condições não são exigidas para a extraterritorialidade no crime de tortura.

Cumprе observar que a tortura é um delito que, por tratado, o Brasil se obrigou a reprimir. Em princípio, a extraterritorialidade deveria reger-se pela alínea *a* do inc. II do art. 7º do Código Penal, que, para aplicação da lei brasileira, impõe o concurso das condições previstas em seus §§ 2º e 3º. Todavia, como a extraterritorialidade do delito de tortura acabou sendo disciplinada na Lei nº 9.455/97, exclui-se a incidência do Código Penal, não se exigindo, por consequência, as condições dos §§ 2º e 3º do art. 7º do Código Penal. Exegese diversa, impondo essas condições, tornaria inútil a extraterritorialidade estampada na Lei nº 9.455/97.

13. DIREITO INTERTEMPORAL

O art. 4º da Lei nº 9.455/97 revogou expressamente o art. 233 da Lei nº 8.069/90.

Assim, a tortura cometida contra criança ou adolescente passou a ser disciplinada pela Lei nº 9.455/97, que, nessa hipótese, prevê o aumento da pena de um sexto até um terço (art. 1º, § 4º, II).

A nova lei é mais severa, em relação a tortura simples e A tortura qualificada pela lesão corporal grave. Portanto, nesse aspecto, não pode ser aplicada aos casos anteriores à sua vigência. Todavia, a tortura qualificada pela morte ou lesão gravíssima apresenta pena mais branda que a cominada nos §§ 2º e 3º do art. 233 da Lei nº 8.069/90, impondo-se, destarte, a retroatividade da lei benigna.