



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

BRUNO UBIRATAN DA SILVA GUEDES

**LEI 9.455/97 (LEI DA TORTURA): CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ARTIGO 1º § 2º
("TORTURA POR OMISSÃO")**

**CAMPINA GRANDE
2016**

BRUNO UBIRATAN DA SILVA GUEDES

**LEI 9.455/97(LEI DA TORTURA): CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ARTIGO 1º § 2º
("TORTURA POR OMISSÃO")**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para o título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

Área de concentração: Direito Penal (legislação penal extravagante)

Orientador: Prof. Me. Marcelo Lara

**CAMPINA GRANDE
2016**

G9241 Guedes, Bruno Ubiratan da Silva.
Lei 9.455/97(Lei da tortura): considerações acerca do Artigo
1º § 2º ("Tortura por omissão") [manuscrito] / Bruno Ubiratan da
Silva Guedes. - 2016.
23 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara,
Departamento de Direito Público".

1. Lei de tortura. 2. Desproporcionalidade. 3. Crimes
comissivos e omissivos. 4. Artigo 1º § 2º ("Tortura por
omissão"). I. Título. 21. ed. CDD 323

BRUNO UBIRATAN DA SILVA GUEDES

**LEI 9.455/97(LEI DA TORTURA): CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ARTIGO 1º § 2º
("TORTURA POR OMISSÃO")**

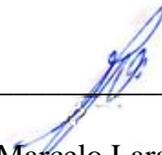
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para o título de Bacharel em
Direito pela Universidade Estadual da Paraíba
– UEPB.

Área de concentração: Direito Penal
(legislação extravagante)

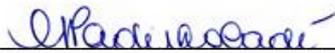
Orientador: Prof. Me Marcelo Lara

Aprovada em: 24/10/2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Marcelo Lara (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Me. Gisele Padilha Cadé
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Me. Elis Formiga Lucena
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

NOTA: 8,0

A Deus, pois sem Ele nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

À toda a minha família, que, direta ou indiretamente, contribuiu para a conclusão deste trabalho.

À Patrícia, minha esposa, pela compreensão das minhas ausências.

À Maria Vitória e a Vítor Bruno, meus filhos, responsáveis pela minha passagem acadêmica.

À Universidade Estadual da Paraíba-UEPB, pela acolhida.

À Direção do curso, na pessoa do professor Amilton, pela competência e discernimento em sua gestão.

À coordenação do curso, nas pessoas de Raíssa e Andréa, pela dedicação diária.

Ao meu orientador, professor Marcelo Lara, por ter aceitado o convite, pessoa sinônimo de profissionalismo e paciência.

As professoras Elis Formiga e Gisely Cadé por aceitarem a fazer parte da banca.

Ao professor Félix Araújo Neto, pelas leituras sugeridas.

Aos professores Hugo César, Fábio Araújo, Socorro Agra, Huss Howel, pelo ensino, sinônimos de pontualidade, assiduidade nas aulas e, sobretudo, pela forma prazerosa de lecionar que contagia a todos. Meu muito obrigado!

Aos funcionários da UEPB, nas pessoas de Luiz, Gilberto, Michel, Antenor e Bernardo, pela presteza e atendimento quando me foi necessário.

A todos os meus colegas da turma de Direito 2016.1, por terem me ajudado nessa laboriosa, porém prazerosa caminhada.

Provérbios 19:18 diz: “Castiga o teu filho enquanto há esperança, mas não deixes que o teu ânimo se exalte até o matar.”

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TORTURA: MÉTODOS E ASPECTOS INICIAIS	9
3 CONCEITO DE TORTURA: SUA CODIFICAÇÃO NOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	11
4 O CRIME DE TORTURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
4.1 A DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE “TORTURA OMISSIVA”.....	14
5 AS DIFICULDADES DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TORTURA, HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE TIPIFICAÇÕES COM PREVISÕES SEMELHANTES	14
6 A TORTURA É UM CRIME HEDIONDO?	16
7 ART. 1º § 2º DA LEI 9455/97	17
7.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA COMO NORMA HIERÁRQUICA SUPERIOR.....	17
7.2 A SISTEMÁTICA DOS CRIMES OMISSIVOS.....	18
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
ABSTRACT	22
REFERÊNCIAS	22

LEI 9.455 DE 7 DE ABRIL DE 1997: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ARTIGO 1º § 2º

Bruno Ubiratan da Silva Guedes¹

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a incongruência do art. 1º § 2º da Lei 9455/97 (Lei de Tortura), para isso, será feito uma análise sob a ótica constitucional e infraconstitucional, refletindo acerca da melhor forma de interpretar e aplicar seus dispositivos. Destarte, dedicar-se-á, inicialmente, a uma explanação geral acerca da tortura, utilizando-se de uma abordagem histórico-sociológica desde períodos mais arcaicos até os dias atuais. A seguir, abordar-se-á o conceito de tortura nos tratados internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, bem como as vedações à tortura no plano normativo brasileiro, principalmente após a referida lei. Ainda, será feito a diferença entre o crime de tortura com os crimes de maus tratos e abuso de autoridade, pela semelhança entre os dispositivos. Outra questão de grande relevância que será abordada é o caráter da hediondez da tortura propriamente dita e a ela em sua forma omissiva. Por derradeiro, este artigo tem como ponto central o estudo do artigo 1º § 2º da referida lei, com o escopo de enfatizar a desproporcionalidade do dispositivo, que pune a pessoa que se omite em face da tortura, quando tinha o dever de evitá-la ou apurá-la com uma simples detenção de 1(um) a 4 (quatro) anos, enquanto que nas outras formas a pena em abstrato é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão. Por fim, a metodologia a ser empregada será a pesquisa bibliográfica em obras afins ao tema, enquanto método será o dedutivo.

Palavras-Chave: Lei de tortura, Desproporcionalidade, Crimes comissivos e omissivos.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz considerações do tipo penal do artigo 1º, § 2º da Lei 9.455/97, que versa acerca da “tortura por omissão”. Trata-se de norma prevista em lei que será contraposta pelos dispositivos constitucionais inseridos no capítulo I - “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” -, do Título II, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil: os incisos III e XLIII, do art. 5º.

O tema da tortura está disciplinado em importantes documentos de Direito Internacional, subscritos e vigentes no País, editados no âmbito de organismos que compõem sistemas globais e regionais de Direitos Humanos.

A questão que se coloca diz respeito ao tratamento dado pelo legislador infraconstitucional à conduta omissiva daquele que tem a obrigação de evitar o resultado ou apurá-lo. A leitura do dispositivo em análise indica que à omissão daquele que deve evitar o resultado tortura se aplica uma reprimenda diversa da prevista para o autor que a consuma,

¹ Acadêmico do curso de Direito pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. E-mail: ubiratan.81@hotmail.com

por comissão, o crime. Esse tratamento diferenciado e mais ameno rende ensejo à investigação da compatibilidade do citado dispositivo da Lei 9.455/97 com a norma do art. 5º, inc. XLIII que, inegavelmente, veicula o desejo do constituinte originário de disciplinar de forma mais gravosa a punição dos crimes lá descritos, a ponto de expressa e diretamente impor a responsabilização daquele que, ao se omitir, contribui para a ocorrência do resultado, responsabilização essa que, para guardar coerência, não deveria ser diversa da imputada àquele que tem, por lei, a obrigação evitar o resultado, ou seja, o garantidor.

O tema da “tortura por omissão” é por demais atual, dados os novos rumos da Ciência do Direito, que aponta cada vez mais para a efetividade das normas constitucionais, que alcançam com o chamado pós-positivismo papel de destaque na aplicação e interpretação das demais regras de todo o ordenamento.

A partir do exame da natureza e dos objetivos da norma do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e de seu confronto com o tipo penal do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, será analisada a incongruência do dispositivo em questão.

O trabalho aborda se a opção do legislador ordinário viola a ideia de tratamento mais rigoroso que é dado ao crime de tortura, uma vez que se está atribuindo ao praticante da omissão resposta penal mais branda do que a solução plenamente aplicável caso não existisse a norma, eis que já prevista no ordenamento pátrio, que é a responsabilização nas mesmas penas do delito consumado, daquele que tem o dever de evitar o resultado, vale dizer, o garante.

Destarte, o estudo se inicia com alguns aspectos da tortura desde épocas mais remotas até os dias de hoje, mostra que com o passar do tempo, as maneiras de torturar vão se modificando, embora o intenso sofrimento físico/mental permanece entrelaçado nessa conduta.

Em seguida será tratado o conceito de tortura, com base em tratados/convenções internacionais e no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando a importância da definição desse crime, até pelo fato de não se confundir com outros ilícitos penais, assim como os maus tratos e o abuso de autoridade, por exemplo.

Depois será analisado o caráter hediondo do crime de tortura e também da tortura em sua forma omissiva.

Logo após, será feito um estudo na parte central deste trabalho, que é a questão da incoerência do art. 1º § 2º da Lei 9455/97 frente aos outros dispositivos da lei, para isso, será analisado dispositivos do atual Texto Maior e do Código Penal.

Como metodologia empregada será utilizada pesquisa bibliográfica em diversas obras especializadas na temática de autores renomados e o método será o dedutivo.

2 TORTURA: MÉTODOS E ASPECTOS INICIAIS

A tortura é um crime tão antigo que se confunde com a história da humanidade, desde os tempos mais remotos onde as penas eram brutais, cruéis, ignóbeis, degradantes e retributivas, ou seja, retribuía-se o mal pelo próprio mal, sem nenhuma proporcionalidade.

Desde os tempos mais apartados, a história mostra as mais diversas formas de tortura que foram praticadas pelas pessoas, sobretudo, pelos agentes públicos e mais precisamente por policiais.

O “empalamento²”, a “esfolação³”, o “garrote⁴”, o “touro de bronze⁵”, além de outras, (“mais modernas”) como o “saco⁶”, “pau de arara⁷”, “choques”, “palmatória⁸”, são algumas das maneiras de se impor um eminente sofrimento físico ou mental, como forma de castigo às pessoas pelo cometimento de algum crime ou fatos contrários aos costumes de um determinado povo.

Indubitavelmente, a tortura é um retrocesso, sobretudo, devido ao intenso sofrimento (físico ou mental), que causa a alguém, ela vai de encontro ao que se tem de mais coevo no direito nacional e estrangeiro, de modo que, em nenhuma sociedade, dita civilizada, é aceito esse tipo de conduta.

²É um método de tortura e execução em que consistia na inserção de uma estaca pelo ânus, vagina, ou umbigo até a morte do torturado. A vítima, atravessada pela estaca, era deixada para morrer sentindo dores terríveis, agravadas pela sensação de sede.

³É a remoção da pele do corpo de um ser vivo.

⁴Era uma técnica em que o torturador utilizava uma corda amarrada no pescoço da pessoa e aos poucos ela ia sendo apertada para que as vítimas morressem asfixiadas.

⁵Era uma escultura de bronze com uma porta em um dos lados que poderia ser aberta e fechada e com um pequeno espaço em seu interior. A pessoa era colocada dentro do touro e em seguida uma fogueira era acesa por baixo da estátua até o ponto em que o calor fizesse o metal brilhar. Dessa forma, a vítima era assada lentamente até a morte, durante todo o tempo gritando agonizadamente. O instrumento era propositadamente concebido para amplificar esses gritos e fazê-los soar como os berros de um touro.

⁶Meio de Tortura, mais modernamente utilizado nos meios policiais, que consiste em colocar um saco encobrendo toda a cabeça da pessoa, dificultando sua respiração, caso que pode causar desmaios, sangramentos e em casos mais extremos até a morte.

⁷Consiste em uma barra de ferro que é atravessada entre os punhos amarrados e a dobra do joelho sendo o “conjunto” colocado entre duas mesas, ficando o corpo do torturado pendurado a cerca de 20 ou 30 centímetros do solo.

⁸Era como uma raquete de madeira, bem pesada, geralmente, este instrumento era utilizado em conjunto com outras formas de tortura, com o objetivo de aumentar o sofrimento do acusado. Com a palmatória, as vítimas eram agredidas em várias partes do corpo, principalmente em seus órgãos genitais.

Nessa seara, inúmeros foram os defensores de penas que fossem proporcionais ao tipo de delito praticado, embora nenhum outro nome teve uma relevância tão perceptível como o jurista italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (1764).

Foi com base em seus estudos que o Direito Penal começou a se modernizar, principalmente, depois de sua obra "Dos Delitos e das Penas" (2011), que trouxe propostas que abordaram a abolição da pena de morte, a erradicação da tortura como meio de obtenção de provas, penas proporcionais aos crimes cometidos, instauração de julgamentos públicos e efetivos, dentre muitas outras críticas que objetivaram uma nova concepção acerca do Direito penal, assim, Beccaria mostrou que as leis e as punições deveriam ser repensadas para dar um tratamento que fosse coerente com a dignidade da pessoa tratada.

Tudo isso passava pela ideia da autotutela (autodefesa), que era muito utilizada nas civilizações antigas, como um meio de resolver algum litígio sem a “intromissão” de um terceiro, impondo-se a vontade pela força.

Faz mister lembrar que esse método arcaico, apesar de ter a força bruta como base, não foi totalmente abolido no Direito brasileiro, assim, ainda é exequível perceber alguns resquícios, como a legítima defesa (art. 23, inciso II do Código Penal), além do art. 301 do Código de Processo Penal “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, observando, sempre, os limites que a lei impõe.

Sobre a autotutela (autodefesa) instituto ainda hoje encontrado, observa-se nas lições do austríaco (KELSEN. 2009. p.40),

Este monopólio da coação está descentralizado quando os indivíduos que têm competência para a execução dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica não têm o caráter de órgãos especiais, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, mas é aos indivíduos que se consideram lesados por uma conduta antijurídica de outros indivíduos que a ordem jurídica atribui o poder de utilizar a força contra os violadores do Direito – ou seja, quando ainda perdura o princípio da autodefesa.

Destarte, entende-se que a autotutela (autodefesa) deva ser utilizada de maneira excepcional, sendo a regra, o fato de o Estado trazer para si próprio a incumbência de resolver os litígios de seu povo, evitando, dessa forma, abusos por parte dos mais possantes, que muitas vezes tem como corolário, crimes bárbaros, como a própria Tortura.

Diante disso, e mais propriamente a partir da Segunda Guerra Mundial, surgiram vários Diplomas Legais sobre a proteção do ser humano e de sua dignidade. Exs.: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção contra a Tortura e outras penas ou

tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (1984)⁹, Convenção sobre os direitos das crianças (1989), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985)¹⁰, tendo todas elas um objetivo em comum: extirpar a Tortura cometida pelos entes sociais.

No entanto, a primeira legislação brasileira que tratou sobre a Tortura foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.), em seu art. 233¹¹ embora a vítima fosse apenas à criança e ao adolescente, ou seja, não se aplicava aos maiores de 18 anos.

Assim, antes da promulgação da Lei da Tortura, as pessoas maiores de idade que praticavam tal conduta, eram indiciadas e denunciadas por crimes como: abuso de autoridade, lesões corporais, homicídio (nos casos em que resultasse em morte), nos termos do Artigo 121 do Código Penal; ameaça, nos termos do Artigo 147 do Código Penal, ou constrangimento ilegal, nos termos do Artigo 146 do Código Penal.

Posteriormente, veio a Lei 9.455/97, que revogou o crime de Tortura do E.C.A., passando a ter como vítima toda e qualquer pessoa, não só a criança e o adolescente.

3 CONCEITO DE TORTURA: SUA CODIFICAÇÃO NOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A preocupação com a dignidade da pessoa humana já não é tão recente, pode-se citar a França como um dos países pioneiros nesse assunto, com a sua famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do ano de 1789, que é, até hoje, considerada um marco na defesa da dignidade dos povos. Foi a partir daí e mais precisamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que se deu uma maior ênfase aos crimes cometidos por meio de Tortura, entretanto, apesar de a supracitada Declaração expressar em seu art. 5º que “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, ela não definiu o que venha a ser a Tortura.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), de grande valia para a busca efetiva dos Direitos Humanos, trouxe em seu art. 5º, 2 que “ninguém deve ser

⁹Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 - ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.

¹⁰Ratificada pelo Brasil pelo Decreto 98.386, de 09.11.89.

¹¹Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: Pena - reclusão de um a cinco anos. § 1º Se resultar lesão corporal grave: Pena - reclusão de dois a oito anos. § 2º Se resultar lesão corporal gravíssima: Pena - reclusão de quatro a doze anos. § 3º Se resultar morte: Pena - reclusão de quinze a trinta anos.

submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, mas também não definiu o crime de tortura.

Foi só a partir da Convenção Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes do ano de 1984, que uma Convenção chegou a definir o que venha a ser Tortura.

Segundo o art. 1º, da Convenção o termo “tortura” designa qualquer ato pelo 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 a 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 por 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.

Como se pode perceber, foi apenas com a Convenção supracitada que se definiu o que vem a ser o crime de tortura. Por essa definição, pode-se destacar três elementos essenciais para a configuração da prática do delito ora estudado: 1- a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; 2- a finalidade do ato, ou seja, a obtenção de informações ou confissões, o ato de se aplicar o castigo, a intimidação ou coação e qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; 3- a vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente com o estado, sendo este um importante diferencial.

Ainda, se pode encontrar o conceito de Tortura no art. 2º da Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985), que assim dispõe:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Acerca deste conceito, é possível entender a Tortura como qualquer meio utilizado para alcançar um sofrimento, seja ele físico ou mental, tendo como finalidade todo e qualquer

fim, embora exista a ressalva de que não será considerada Tortura os sofrimentos que tenham como corolário sanções tidas como legais.

Destarte, mesmo alguns Tratados e Convenções Internacionais fazendo menção a Tortura, nem todos, efetivamente, trazem em seus textos o conceito desse crime tão antigo quanto bárbaro que, infelizmente, ainda hoje assola a sociedade como um todo.

4 O CRIME DE TORTURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Apesar de o Brasil ter possuído várias Constituições, foi só a partir da Carta Magna de 1998 que houve uma previsão expressa (e não uma definição), do delito de Tortura, mais precisamente em seu artigo 5º, III, que diz: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e ainda o inciso XLIII do mesmo artigo: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da 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”.

Embora existisse tal previsão constitucional, era necessária uma lei para regulamentar a disposição em comento e isso só foi possível com a lei 9.455 de 07 de abril de 1997, embora já existisse o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trazia a previsão do crime de tortura, apesar de só se referir aos menores de 18 anos.

Como no Brasil a edição de uma lei, muitas vezes, depende, efetivamente, de um fato ou fatos de grande repercussão social, (Direito Penal de Emergência), com a Lei de Tortura não foi diferente, tendo o episódio da favela Naval¹² sendo o estopim para o desencadeamento da referida lei, embora, a influência das convenções internacionais de combate a tortura na qual o Brasil ratificou, a própria gravidade do crime em si, além do projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, que estava estagnado no Congresso Nacional desde 1984, a sua aprovação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), toda a discussão, votação até se chegar a sanção presidencial, que criou autonomamente o crime de tortura, também foram fatores que contribuíram para a concretização da lei 9455/97.

¹² O Caso Favela Naval refere-se a uma reportagem que foi ao ar em 31 de março de 1997, no Jornal Nacional da Rede Globo, foi exibida uma reportagem mostrando um grupo de policiais militares extorquindo dinheiro, humilhando, espancando e executando pessoas em uma blitz na Favela Naval, em Diadema, na Grande São Paulo. O repórter da TV Globo Marcelo Rezende foi o responsável por investigar as imagens que revelavam a extrema crueldade com que os PMs da 2ª Companhia do 24º Batalhão de Polícia Militar Metropolitana do Estado de São Paulo, tratavam cidadãos indefesos no que, "oficialmente", seria uma operação de combate ao tráfico de drogas. O caso gerou grande repercussão no Brasil e internacionalmente.

4.1 A DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE “TORTURA OMISSIVA”

A tortura em sua modalidade omissiva encontra-se disposto na lei 9455/97 em seu art. 1º § 2º “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” e segundo Nucci (2013, p.688) classifica-se da seguinte forma:

é um crime próprio (exige sujeito qualificado); formal (não precisa atingir um resultado naturalístico para a sua consumação); de dano ou perigo, conforme o caso concreto; de formas livre; instantâneo (a consumação é determinada no tempo), porém pode, eventualmente, assumir a forma permanente (a consumação se arrasta em quanto perdurar o período da omissão diante do sofrimento da vítima); omissivo (implica em não fazer o que era devido); unissubsistente (normalmente, é cometido por um único ato); não admite tentativa.

Quando da edição da lei de tortura, a intenção do legislador era a de dá um tratamento que fosse equiparado aos crimes hediondos, inclusive em sede de omissão, até porque todas as condutas ali descritas são condutas de extrema reprovabilidade, assim como o terrorismo e tráfico de entorpecentes.

No entanto, a pena cominada ao delito de tortura, na sua modalidade omissiva, não guarda a mínima similaridade com qualquer outra cominada aos hediondos e equiparados, o que nos faz perceber a brandura e benevolência do legislador ordinário em face da intenção de tratamento recrudescedor demonstrado pelo constituinte.

De maneira comparativa, tem-se, a pena prevista para o furto simples, que é de 1(um) a 4 (quatro) anos de reclusão, além da multa, já a pena da “tortura por omissão” é detenção 1 (um) a 4 (quatro) anos, de ou seja, a conduta daquele que subtrai um litro de uísque é mais reprovável que a da pessoa que, presenciando a submissão de alguém a intenso sofrimento físico através de castigos, nada faz, dessa forma, a pena prevista para a prática da “tortura por omissão”, indiscutivelmente não revela o caráter de hediondez pretendido pelo constituinte.

5 AS DIFICULDADES DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TORTURA, HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE TIPIFICAÇÕES COM PREVISÕES SEMELHANTES.

Entende-se a Tortura, grosso modo, como sendo um sofrimento físico ou psicológico cometido contra uma pessoa, assim, *prima facie* é possível a confusão dela com o crime de Maus-Tratos (art. 136 do Código Penal), no entanto, apesar das semelhanças entre os delitos

supracitados, observa-se que existem diferenças e de acordo com o dolo do agente é que se pode classificar a conduta em algum dos delitos já citados.

Com relação a essa diferenciação, Portocarrero (2012, p.229):

Enquanto nos maus-tratos o agente atua com o dolo de perigo, abusando do seu *jus corrigendi ou disciplinandi*, ou seja, do direito de corrigir ou disciplinar, na tortura ele atua com dolo de dano, desejando, por puro sadismo, por ódio ou coisa que o valha, causar padecimento a vítima, vendo-a sofrer física ou mentalmente, desnecessariamente e de forma intensa, sem qualquer intuito corretivo ou educativo.

De acordo com a distinção colocada pela eminente Promotora do Estado do Rio de Janeiro, se percebe que a diferença está no dolo do agente, pois, enquanto no crime de maus tratos a pessoa tem a guarda, tutela ou poder sobre outra pessoa, aplicando-lhe castigo que excede seus poderes de correção, causando sofrimento físico ou mental; no crime de Tortura, que também contém o exposto no crime de maus tratos, só que de forma intensa, além do mais, acrescentando ao já colocado pela promotora, é um crime assemelhado/equiparado a hediondo e sendo assim, possui a progressão de regime de maneira diferenciada.

Além da doutrina, pode-se encontrar essa diferença na própria jurisprudência,

O que distingue os maus-tratos da tortura é principalmente o propósito do agente. Nos maus-tratos o objetivo é a simples correção ou a disciplina. Na tortura é o castigo pessoal ou a medida de caráter preventivo. O intenso sofrimento da vítima, físico ou mental, caracteriza tortura quando imposto como castigo pessoal. (AC n. 2006.043117-9, de Urussanga, rel. Des. Amaral e Silva, j. 03/03/09)

De acordo com o julgado acima, pode-se compreender que os crimes citados são parecidos, embora possuam diferenças que impedem a confusão de ambos. No crime de maus tratos, a pessoa causa sofrimento a vítima, extrapolando o seu direito de corrigir/disciplinar, já no crime de tortura, esse sofrimento também ocorre, só que de forma intensa e com um fim especial de agir.

Ainda tem-se a relação com o crime de abuso de Autoridade que se encontra na Lei nº 4.898/1965.

São duas situações em que, os profissionais de Segurança Pública, sobretudo, os Policiais e mais ainda os Policiais Militares, pelo simples fato de fazerem o policiamento ostensivo e se deparar, cotidianamente, com situações em que se utiliza a força física, muitas vezes extrapolam suas funções com emprego de violência acabando por incorrer em um dos crimes.

O policial está garantido por Lei se utilizar do uso da força física no exercício de suas funções, como também utilizar arma de fogo. Logicamente, a Lei imporá limites para essa atuação, sendo puníveis os excessos que por ventura possam ser praticados.

O crime de abuso de autoridade tem como bem jurídico a proteção dos direitos e garantias individuais, mormente aqueles previstos no art. 5º da Constituição, a exemplo da liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio e sigilo de correspondência, quando violados pela ação ilegal e abusiva de agentes públicos atuando na condição de detentores de parcela do poder estatal; já o crime de tortura, por sua vez, tem como bem jurídico a defesa da incolumidade física e psíquica do indivíduo quando causada por agente público ou não, objetivando, além de lesionar, causar sofrimento, desde que tal conduta esteja inserida em uma das formas previstas no art.1º da Lei nº 9.455/97, anteriormente mencionada; ainda, o delito de abuso de autoridade pressupõe que a autoridade (crime próprio) esteja, propedêuticamente, agindo de maneira lícita e em determinado momento ultrapasse, conscientemente, o limite da legalidade, passando a atuar ilegalmente, mas, sempre a pretexto de cumprir com o seu dever; no crime de tortura, independentemente de ser o autor agente público ou qualquer do povo, toda a ação, desde o seu início, está eivada de ilicitude, não permitindo, mesmo superficialmente, qualquer ideia de legalidade.

Em suma, são dois institutos que não se confundem, o abuso de Autoridade está relacionado, dentre outras questões, a “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”¹³, enquanto que a Tortura não se caracteriza, apenas, pela simples “causação” de vexame, mas, e, sobretudo, pelo fato do autor infligir intensa dor física e/ou mental a vítima.

6 A TORTURA É UM CRIME HEDIONDO?

Muito se houve falar, até mesmo de profissionais da área do Direito, que a Tortura é um crime hediondo. Na verdade, essa afirmação é equivocada, pois, o art. 1º da Lei 8072/90 (lei dos crimes hediondos), mostra que a Tortura não está inserida nesse rol e assim sendo não é considerado como Hediondo.

Entretanto, como lembra Habib (2012) a atual Constituição da República em seu art. 5º, XLIII e também o art. 2º, *caput* da lei dos crimes hediondos, faz uma equiparação do delito de tortura aos crimes hediondos, dando o mesmo tratamento penal e processual penal,

¹³ Lei 4898/1965, art. 4º, “b”

como por exemplo, na progressão de regime, quiçá, seja isso que leva algumas pessoas a afirmarem que a tortura seja um crime hediondo, pelo fato de possuírem o mesmo tratamento.

Já no caso do crime omissivo do § 2º do art. 1º, não pode ser considerado assemelhado a crime hediondo, pois o legislador cominou pena de detenção, a qual possui o regime semiaberto ou aberto (em regra), sendo que o § 7º da Lei de Tortura mitigou o crime de omissão previsto no §2º do regime inicial fechado.

Em virtude da pena cominada (detenção de um a quatro anos), o delito comporta a suspensão do processo, previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, cabendo ainda a substituição da pena de prisão, por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, desde que o réu preencha os demais requisitos.

7 ART. 1º § 2º DA LEI 9455/97

Antes de adentrar, propriamente, no cerne deste trabalho, ou seja, analisar a incoerência do art. 1º § 2º da lei de tortura em relação as outras modalidades do mesmo crime, faz mister se observar algumas situações propedêuticas a temática em si, e para isso, será apreendido os ensinamentos da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1998.

7.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA COMO NORMA HIERÁRQUICA SUPERIOR

A Constituição é conceituada, em seu sentido jurídico, como a Lei fundamental do Estado e da sociedade. É a Constituição, nas precisas palavras de Zeno Veloso:

(...) a rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica. (VELOSO, 2003, p. 17)

Destarte, as normas constitucionais têm supremacia em relação às demais leis e atos normativos e todos, absolutamente todos, devem obediência às normas constitucionais. A incompatibilidade entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional haverá de prevalecer sempre a primeira.

A Constituição é diploma legal de observância obrigatória e situada no topo da pirâmide jurídica, as normas infraconstitucionais incompatíveis com ela são inconstitucionais.

Tais normas inconstitucionais devem ser objeto de controle de constitucionalidade tanto no sistema difuso, tanto no sistema concentrado.

Porém, face ao princípio da inércia do Poder Judiciário, a arguição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos deve ser deflagrada, no controle concentrado, pelos legitimados previstos no art. 103 da CRFB/88, e no controle difuso, por qualquer interessado, sendo certo que ao Ministério Público é incumbido a defesa da ordem jurídica, a exato teor do art. 127, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Somente afastando as normas infraconstitucionais que estão em contrariedade com as normas constitucionais é que se terá a verdadeira efetividade da Constituição.

7.2 A SISTEMÁTICA DOS CRIMES OMISSIVOS

Para que o fato delituoso subsista é necessário existir conduta, até mesmo porque atos involuntários são indiferentes penais. A conduta ocorre através de ação ou omissão. O crime ou contravenção é fruto exclusivo da conduta humana, embora tal afirmação não afasta a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, CRFB/88).

É necessário distinguir duas espécies de infrações omissivas: os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. E para tal distinção têm-se como supedâneo as lições do professor Luiz Regis Prado:

Delito omissivo próprio ou puro – Consoma-se com a simples infração da ordem ou comando de agir, independentemente do resultado. É delito comum e paralelo ao de mera atividade (ex.: arts. 135 – omissão de socorro, 244 – abandono material, CP). Perfaz-se diretamente, pois o próprio modelo legal de forma implícita ordena o atuar, independente do resultado. Pune-se a não-realização de uma ação que o autor podia realizar na situação concreta em que se encontrava. Noutro dizer: exaure-se “na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei”. Entre os seus requisitos cabe mencionar: situação típica; não-realização de uma ação cumpridora do mandato; capacidade concreta de ação, que, por sua vez, exige conhecimento da situação típica e dos meios ou formas de realização da conduta devida; Delito omissivo impróprio (impuro) ou comissivo por omissão – Consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica). Implícito na norma está uma ordem ou mandato de realizar a ação impeditiva do evento, imputando-se-o ao omitente que não o evitou, podendo evitá-lo. (PRADO, 2002, p. 261).

Diante dessa diferenciação pode-se concluir que não só o autor supracitado, mas a doutrina de uma maneira geral, mostra que se trata de um crime omissivo próprio, pois se punirá a mera violação do dever de agir, não respondendo o agente pelo resultado.

Apesar de a tortura figurar na lei como um crime comum, nesse caso em específico, tem-se que o sujeito ativo será a pessoa que terá o dever de impedir/apurar a tortura, como em situações que envolvam o pai para com os filhos menores de idade ou o policial ou carcereiro que estejam custodiando algum preso, além disso, tem-se a questão da apuração desse crime, que só poderá figurar como sujeito ativo o agente público com competência/atribuição de apurar a infração penal.

Situação interessante traz a professora Portocarrero (2012. p. 223) ao fazer uma comparação entre o art.13§ 2º do Código penal “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” e o art. 1º § 2º da lei 9455/97 “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”.

Segundo ela, “aquele que, tendo o dever de impedir a tortura e nada faz quando poderia agir, deveria responder pela tortura, o que não acontece na hipótese vertente”, embora ela concorde que, baseado no Código penal essa situação, em regra, seja exequível diante do que dispõe o art. 12 do CP “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

De acordo com a promotora, situação que merece maior destaque é a prescrita no art. 5º XLIII “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da 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”. Pois,

Seria perfeitamente possível deixar de aplicar o art. 13, § 2º, do Código Penal que estabelece para o garantidor a responsabilidade pelo resultado na hipótese de omissão, mas jamais poderia o legislador infraconstitucional violar a Constituição Federal, que impõe que o garantidor omitente deva responder pelo resultado quando se tratar de crime hediondo ou equiparado, como ocorre na hipótese de tortura. Destarte, com relação a quem tem o dever de agir para impedir a tortura (...), a este deveria, a nosso sentir, ser imposta a responsabilização pela própria tortura, com as penas impostas à mesma dos incisos I e II e § 1º, qual seja, reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, punindo-se na mesma medida e nos mesmos termos do mandamento constitucional, os executores, os mandantes e os que, tendo o dever de impedi-la, se omitirem. (p. 232)

Destarte, fica perceptível uma violação ao Texto Constitucional, na medida em que o legislador não observou o mandamento da Constituição da República, trazendo uma situação, que o agente deveria responder pelo crime de tortura e não por uma mera omissão, que não se encaixaria nos critérios de hediondez e mais ainda, teria certos benefícios como a suspensão

condicional do processo, sursis, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos etc., ou seja, uma verdadeira incoerência pelo fato da tortura ser equiparada a um crime hediondo e conseqüentemente ter uma pena maior e o legislador, na modalidade omissiva, não ter imposto um tratamento igual às outras modalidades da tortura e aos crimes hediondos, levando a crer em uma brandura e condescendência do legislador ordinário em face da intenção de tratamento recrudescedor demonstrada pelo constituinte.

Embora os argumentos já exposto pela inconstitucionalidade do art. 1§ 2º, a Suprema Corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema:

CRIME DE TORTURA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR AUSENCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. OMISSÃO. RELEVANCIA CAUSAL. DEVER DE AGIR. TRANSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. (...) 2. Crime de tortura praticado pela companheira do paciente contra sua filha. Omissão do paciente, que vivia em sociedade conjugal de fato com a corré. Relevância causal. Dever de agir, senão de direito ao menos de fato. 3. Ação penal, ademais transitada em julgado. Ordem indeferida (HC n° 94.789/ RJ, Min. Eros Grau, j. 27/04/2010. Órgão julgador: Segunda turma).

Diante desse julgado, fica perceptível que o STF não entendeu da maneira aqui exposta, ou seja, pela responsabilização do resultado no crime de tortura e impor a responsabilização pela própria tortura, com as penas dos incisos I e II e § 1º, que no caso é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sendo punido na mesma medida e nos termos de atual Constituição, quem executou, quem mandou, e as pessoa que tem o dever e impedir que se omitiram.

No caso concreto, o STF entendeu que o padrasto, que nada fazia para impedir que a enteada fosse torturada pela própria mãe, devesse, como garantidor, responder pela “tortura por omissão”, que no caso tem uma pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou seja, totalmente desproporcional em comparação com a pena sofrida pela mãe da menor.

É notório que existe um tratamento diferente para a pessoa que comete uma conduta comissiva de intenso sofrimento físico ou mental a um indivíduo e da pessoa que “se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las”.

Lembra Nucci (2013, p. 688), que “é incompreensível a condescendência do legislador justamente com a pessoa (normalmente autoridade) que tem o poder para fazer cessar a tortura e se omite, ou que pode apurar os responsáveis pelo ato repugnante e silencia”.

Destarte, fica perceptível que não existe uma justificativa aceitável para essa discrepância, sobretudo na pena, que trará ao omissor, vários benefícios legais, que a conduta

comissiva não dá direito, dessa maneira, as penas deveriam ser iguais, independentemente de a conduta ser comissiva ou omissiva.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tortura é uma conduta, infelizmente, ainda presente na sociedade brasileira, apesar das várias disposições normativas, constitucionais e infraconstitucionais, que vedam a sua prática. Os avanços da legislação, no que tange à tortura, não podem ser desconsiderados, seja pela equiparação da tortura a crimes hediondos, recrudescendo seu tratamento, seja pela forma com que o crimes de tortura no Brasil foram previstos, em sua grande maioria como crime comum, ou seja, passíveis de serem praticados por qualquer pessoa.

Hodiernamente, existem documentos legais, tanto nacionais, quanto internacionais que tratam deste instituto, podem-se citar: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, o Estatuto da Criança e da Adolescência, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9455 de 1997, sendo essa última de fundamental importância no combate as práticas de tortura, cometidas, sobretudo, por agente públicos e mais ainda por policiais.

Igualmente, não se pode negar a enorme infelicidade do legislador ao diferenciar a sanção penal do torturador executor com a sanção penal do torturador garantidor, fato que tem como corolário a incongruência do art. 1º § 2º da lei de tortura.

Dessa forma, pelo que foi observado, faz-se necessário que ocorra uma revisão do referido dispositivo penal, a fim de estabelecer uma igualdade na sanção penal do crime de tortura, propriamente dito, e da tortura em sua modalidade omissiva, uma vez que o caráter de reprovabilidade é semelhante em ambos, não se justificando tal distinção de penas e consequentemente de direitos que se tem na conduta omissiva, como a suspensão condicional do processo e penas restritivas de direitos e a progressão de regime, por exemplo.

Assim sendo, não querendo sobrepor a pequena notoriedade deste artigo, e muito menos esgotar a temática, pretendeu-se analisar a incongruência art. 1º § 2º da referida lei ao fazer analogia com as outras modalidades de tortura, de modo que em todas elas, verifica-se uma conduta, comissiva e/ou omissiva na qual o torturador impõe um intenso sofrimento físico ou mental ao torturado, ou, simplesmente, podendo e devendo tomar alguma atitude, nada faz para cessar essa tortura, que como foi exposto não se confunde com outros crimes

como os maus tratos e/ou o abuso de autoridade, justamente pela intensidade e o fim específico que é peculiar ao crime de tortura.

Contudo, apesar destas previsões legais, faz-se mister a criação de políticas criminais e sociais voltadas para o entendimento efetivo do princípio da dignidade da pessoa humana e que a sociedade atente para a dimensão da problemática no tocante às práticas de tortura e do tratamento cruel e desumano. Além de uma atenção maior do Estado através do estudo das punições mais eficazes a fim de proteger a sociedade e construir meios efetivos de preservação de uma boa estrutura social.

Não há dúvida de que a realidade ainda é perversa e cruel, mas não se pode olvidar as mudanças ocorridas nos últimos anos, especialmente, com a edição da lei especial que criou o crime de tortura, o que indica um futuro mais próximo ao respeito à integridade física e psíquica de todo ser humano.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the incongruity of art. 1 § 2 of Law 9455/97 (Torture Act), for this, will be an analysis from the constitutional and infra-constitutional perspective, reflecting on the best way to interpret and apply its provisions. Thus, it will be dedicated initially to a general explanation about the torture, using a historical-sociological approach from more archaic periods to the present day. The following will be addressed, the concept of torture in international treaties and the Brazilian legal system, as well as prohibitions on torture in the Brazilian normative level, especially after the said law. Still, it made the difference between the crime of torture with crimes of abuse and abuse of authority by the similarity between the devices. Another issue of great importance to be addressed is the torture of the character of hideousness itself and it in his omission way. By last, this article is to focus the study of Article 1 § 2 of the Act, with the aim of emphasizing the disproportionality of the device, which punishes the person who is omitted in the face of torture, when he had a duty to avoid it or establishes it with a simple imprisonment of one (1) to four (4) years, while in other forms worth in the abstract is 2 (two) to 8 (eight) years of imprisonment. Finally, the methodology to be used will be the literature in related works to the subject, as a method is deductive.

Keywords: torture law, disproportionality, commissive and omissive crimes.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 6^o ed., São Paulo – SP: Martin Claret, 2011. (p. 36 – 41)

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, v. 4 – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. (p. 81/82).

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**/ Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto. – 2. ed. atual.. – São Paulo: Saraiva, 2014.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Tomo I. 4º Ed. rev., ampl., atual., Editora Jus Podivm, 2012. (p. 267 – 288)

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 40.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7º Ed. rev., atual., ampl., volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (p.681- 693)

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. **Leis penais especiais comentadas para concursos: teoria, jurisprudência e mais de 200 questões comentadas**. 2º ed – Niteroi, RJ: impetus, 2012 (p.223 – 239).

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos – 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002.