

4

A Lei 9.455 de 1997: os efeitos da lei na realidade social e administrativa

Por ser a tortura um crime cometido por Agentes Estatais, cabe indagar sobre a reação do legislador sobre tais condutas e que caminhos foram percorridos para se chegar à tipificação legal e criminalização da conduta da tortura.

Inicialmente, cumpre enfatizar que desde 1984 dormitava no Congresso Nacional um projeto de lei enviado pelo Poder Executivo com o propósito de criminalizar autonomamente o crime de tortura. Foi necessária mais de uma década para que a lei fosse finalmente aprovada, de afogadilho, impulsionada pela grande comoção popular decorrente dos episódios da Favela Naval de Diadema.

Com o advento da Lei nº 9.455/97, a tortura, que até então era meio de se cometer crime, foi erigida à categoria de crime autônomo. O Código Penal Pátrio já mencionava a tortura como circunstância agravante no Art. 61 e como qualificadora do homicídio (Art. 121, § 2º).¹

Neste sentido, eis a redação do Código Penal:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum [...].²

Art. 121. Matar alguém:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum.³

O Art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) fez menção à tortura, na condição de delito autônomo, porém, sem descrevê-la.

¹ Neste sentido, consulte-se MAIA, L. M., *Do Controle Judicial da tortura Institucional no Brasil hoje*.

² VADE MECUM, p. 485.

³ VADE MECUM, p. 491.

Por seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu Art. 5º o princípio geral da proibição da tortura, conforme, *in verbis*:

Art. 5º. [...]

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

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.⁴

Percebe-se, claramente, que os parlamentares de 1988 não adotaram o conceito contido na Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis, da ONU, de 1984.

Em 2007, portanto, a Lei nº 9.455 de abril de 1997 completou dez anos, e hoje há todo um debate sobre seus impactos sobre as práticas de produção de prova pelos agentes do sistema penal brasileiro.⁵ E esse debate é contemporaneamente relevante, visto que, paradoxalmente, mesmo com o progresso civilizatório nacional, estudos de organizações dos Direitos Humanos, tanto nacionais quanto internacionais, dão conta da presença da prática da tortura em diversos estabelecimentos policiais do país. A lei brasileira da tortura se inseriu em um contexto internacional, onde vários ordenamentos jurídicos do Ocidente, particularmente no período seguinte ao final da Segunda Guerra Mundial, condenaram e criminalizaram a mencionada prática. Em geral, entenderam os legisladores das nações que abraçaram a criminalização da tortura que se trata de crime próprio, ou seja, praticado por servidor público no exercício de suas funções.

Outro foi o caminho seguido pelo legislador brasileiro. Entre nós, o Crime de Tortura foi tipificado como crime comum, configurando-se como uma lei de abrangência maior que a existente em outras nações do Ocidente, e mesmo à orientação majoritária da ONU, que enfatiza tal prática como crime próprio. Aqui há uma clara ampliação dos sujeitos ativos da prática da tortura – qualquer um

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, p. 23.

⁵ A título de exemplo, consultem-se as seguintes obras: AFONSO, O. M. *Ilegitimidade da tortura no sistema democrático - A Lei 9.455/97: eficácia e aplicabilidade*. ROGÊDO, J. C., *O crime de tortura policial em Belo Horizonte após a Lei de Tortura, nº 9.455, de 7 de abril de 1997*.

pode ser um torturador, acaba também por matizar o fundamental papel dos servidores públicos na materialização da tortura no país. Ao tipificar o crime de tortura como crime comum, embora a literatura sobre o tema mostre discordâncias, percebe-se que o foco primordial da prática da tortura, que são os servidores policiais a serviço do Estado, fica subsumido no universo geral dos sujeitos ativos, o que tem impacto negativo na punibilidade e prevenção do fenômeno no país. Isto porque à medida em que o Estado não priorizou o controle de seus próprios servidores, principais causadores da tortura, acabou-se por torná-la um crime de qualquer um, o que a realidade factual e histórica do fenômeno diverge completamente do texto legal, conforme nos lembra Verri: “É uma barbárie consagrada pelo uso da maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo (...) . Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz”..⁶

Inúmeros estudos sobre a história da tortura, como o trabalho de Verri já citado, mostram-nos inúmeros exemplos de que a tortura é um delito contra os direitos da pessoa humana praticado, essencialmente, por agentes estatais, e esse deveria ser o foco privilegiado de qualquer instrumento normativo cujos objetivos finalísticos fossem a extirpação dessa prática hedionda das relações humanas, e a punibilidade exemplar do sujeito ativo.

Extirpação e punibilidade são ideais ainda distantes da realidade brasileira. Para se ter uma idéia da agravante do problema, antes de 1997 a tortura já se configurava como uma prática moral e legalmente condenável no Brasil, imperativo contemplado pela Constituição Federal de 1988, particularmente no Art. 5º, XLI, onde se previa a punibilidade de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e no mesmo artigo, o inciso XLIII inclui a tortura no rol dos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, bem como os crimes definidos como hediondos. Nesse particular houve uma equiparação do crime de tortura a outros crimes, mas não ocorreu, por parte do legislador, uma vontade em tipificar o crime de tortura de forma *nomen juris*, criando o tipo penal autônomo.⁷

⁶ VERRI, *apud* WOLKMER, A. C., *Fundamentos de história do Direito*, p. 272.

⁷ BORGES, J. R., *Tortura: aspectos históricos e jurídicos: o crime de tortura na legislação Brasileira. Análise da lei 9.455/97*, p. 170.

Antes da Lei 9.455/97, outro instrumento legal que contemplou a condenação da tortura foi a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Este, em vários artigos, prescreve a obrigação do Estado e o dever de todos em garantir os direitos da criança e do adolescente, notadamente direitos enumerados nos capítulos I e II, que garantem direitos sociais e civis, como os de inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral; dispõe sobre os direitos à dignidade e à liberdade à criança e ao adolescente enquanto direitos de pessoa humana. Na mesma lei, os demais artigos também prescrevem direitos à criança e ao adolescente em situações de condutas infracionais.

No Art. 233 do mesmo diploma legal, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um tipo penal válido, mas posteriormente revogado pela Lei de Tortura de 1997, já definia a criminalização da prática da tortura, ao prever, em caso de tortura contra crianças e adolescentes, pena de reclusão de um a cinco anos, em caso de lesão corporal grave, pena de dois a oito anos, se a tortura resultasse em lesão corporal gravíssima e pena de quatro a doze anos se resultasse em morte.

Como na Lei 9.455/97, o núcleo verbal privilegiado pelo legislador foi o de “submeter”, verbo de origem latina, “*submittere*”, que, na linguagem jurídica, significa sujeitar ou subjugar.⁸

No entanto, persistia a lacuna da tipificação da tortura, cuja consequência maior e desastrosa para o Direito era gerar a certeza da impunidade para os torturadores. Essa omissão legal só foi definitivamente superada em 1997, quando o Congresso Nacional aprovou, no dia 07 de abril, a Lei 9.455, ou a Lei de Tortura como é popularmente conhecida. A lei nasceu por força de eventos trágicos e impactantes na sociedade, e embora a recorrência do fenômeno da tortura no país, à época, fosse um evento banalizado e naturalizado pela prática policial. Pode-se dizer que a vontade de fazer cumprir o dispositivo constitucional antitortura, presente na Constituição da República de 1988, era inexistente ou profundamente negligenciada.

Somente por força da divulgação de atos de tortura e de extrema violência, praticados por agentes policiais em ação rotineira em um bairro popular do município de Diadema, São Paulo, cujas imagens foram divulgadas em importante

⁸ SILVA D. P., *Vocabulário jurídico*, p. 1329.

canal de televisão para todo o país, em horário nobre, é que a opinião pública nacional, e mesmo internacional, pressionou o poder legislativo para tomar medidas em prol da tipificação do crime de tortura.⁹

Assim, em tempo recorde, sob o impacto e a pressão da opinião pública, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.455, a Lei de tortura, que avançou a legislação nacional relativa aos direitos da pessoa humana, notadamente as garantias legais de proteção da Dignidade Humana, inscritas na Constituição da República de 1988. A lei foi editada, pois, sob o clamor público, tipificando, assim, o crime de tortura pela primeira vez no país.

Entende-se que com a lei deu-se um passo importante para a plena judicialização da prática da tortura no Brasil. Com a Lei de Tortura se corroborou um dos Princípios do Estado Democrático de Direito, que vê a tortura como um ato que atenta contra a dignidade do ser humano, uma ação desumana reprovável e inaceitável, principalmente, como método e prova no Sistema de Justiça Criminal.

Como exposto, a lei veio suprir uma lacuna na legislação existente contra a tortura, uma vez que a Constituição de 1998 já prescrevia o dever do Estado em banir a tortura contra cidadãos nacionais e estrangeiros no país, mas inexistia uma tipificação do Crime de Tortura no contexto da legislação penal. Dessa forma, consolidou-se com a Lei de Tortura, no plano lógico-formal e jurídico, a repulsa à prática da tortura pela ordem democrática brasileira.

Apesar da lei, o fenômeno da tortura persiste na prática policial e está corroborado por diversas fontes oficiais e não-oficiais, e demonstra a importância de estudos sobre a Lei de Tortura, sua eficácia e instrumentalidade para inibição e punição de tal prática contra cidadãos presos por supostos crimes. Por si só, a lei já traz implícita uma deslegitimação do método de obtenção de prova pelos agentes do aparato estatal e de confissão de crimes através da prática da tortura e dos maus-tratos impostos aos presos do sistema penal.

Em 2001, portanto, quatro anos depois de editada a Lei de Tortura, a ONU, após reiteradas denúncias de tortura no interior do Sistema de Justiça Criminal, enviou ao Brasil o Relator Especial sobre Tortura da Comissão de Direitos

⁹ Em 1997, na Favela Naval, região do município de Diadema, Estado de São Paulo, policiais agrediram e torturaram cidadãos de forma extremamente violenta, e seus atos foram gravados por um anônimo morador, e divulgados por uma importante rede de televisão nacional, em horário nobre. Neste sentido, consulte-se TEIXEIRA, F. C., *Da tortura*.

Humanos, Sir Nigel Rodley, que em 11 de abril de 2001, durante reunião na sede da ONU em Genebra, declarou em seu Relatório que:

“(...) o Relator Especial havia informado ao Governo do Brasil de que vinha recebendo informações segundo as quais a polícia rotineiramente espancava e torturava suspeitos de crimes para extrair informações, confissões ou dinheiro. O problema da brutalidade policial, quando da prisão ou durante o interrogatório, segundo os relatos, seria endêmico. O fato de não se investigar, processar e punir agentes policiais que cometem atos de tortura havia - segundo os relatos recebidos - criado um clima de impunidade que estimulava contínuas violações dos direitos humanos.”¹⁰

No Relatório Sir Nigel Rodley conclui que

“[a tortura] não acontece com todos ou em todo o lugar; ela principalmente ocorre com infratores pobres e negros envolvidos em pequenos delitos ou na distribuição de pequena escala de drogas. E ela acontece nas delegacias e nas instituições de detenção, nas quais tais infratores transitam.”¹¹

Talvez nesses fatores multicausais elencados pelo Relator residam os limites à eficácia da Lei de Tortura, onde ainda são frágeis seus efeitos modeladores sobre as condutas dos agentes públicos responsáveis pela segurança pública.

Ficam à vista, portanto, que os controles da sociedade sobre a polícia são demasiadamente frouxos, e o próprio Sistema Judiciário é também um fator de estímulo ao não-cumprimento da norma legal, visto que a conivência dos magistrados com a conduta ilegal deve atuar na produção de uma certeza da impunidade do Crime de Tortura, como bem constatou em suas conclusões o Relator Especial da ONU sobre a tortura no Brasil:

“A lei de tortura é virtualmente ignorada, promotores e juízes preferem utilizar as tradicionais e inadequadas noções de abuso de autoridade causando dano físico. O sistema judiciário como um todo foi culpado pela sua ineficiência, em particular pela morosidade, falta de independência, corrupção e por problemas relacionados à falta de recursos e de pessoal treinado, além da prática difundida de impunidade daqueles que detêm o poder. O serviço de medicina legal, sob autoridade policial, não tem a independência necessária para inspirar confiança em suas constatações”.

¹⁰ Relatório sobre a Tortura no Brasil. Produzido pelo Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). 2001, Genebra. Disponível em <www.dhnet.org.br>;<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/relatores_onu/rodley/relatorio.htm>.

¹¹ Ibid.

O próprio Governo Federal, em resposta ao enviado especial da ONU, respondeu ao Relator que:

“A persistência dessa situação significa que os agentes penitenciários ainda estão recorrendo à tortura para extrair informações e forçar confissões como meio de extorsão ou punição. O número de confissões feitas sob tortura e a elevada incidência de denúncias ainda são significativos (...).” E complementa a seguir que “Vale observar que é comum a retaliação contra os presos na forma de tortura, espancamentos, privação e humilhação. (...) Muitos desses crimes permanecem impunes, em decorrência de um forte sentimento de corporativismo existente entre as forças policiais no que se refere à investigação e punição dos funcionários envolvidos na prática da tortura. (...)”¹²

Tal situação é, à luz do Direito, incompreensível, visto os dispositivos legais ao alcance dos Operadores do Direito, além de que, desde 28 de setembro de 1989, o Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU, de 1984. Além disso, a Constituição de 1988, como exposto anteriormente, já prescrevia a condenação da prática da tortura, ao dispor no Art. 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança...” e, abraçando a Convenção da ONU sobre a tortura, dispôs ainda a Constituição Federal, no mesmo Art. 5º, III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” Se conjugarmos tais dispositivos com o inciso XLIII, que equiparou o crime de tortura aos crimes hediondos, e o inciso XLVII, alínea “e”, sobre a proibição de penas cruéis, bem como o inciso XLIX, que prescreve a responsabilidade da autoridade pública em garantir ao preso o “respeito à integridade física e moral”, ver-se-á que o ordenamento jurídico brasileiro já disponibiliza aos magistrados e Operadores do Direito em geral instrumentos legais para fazerem cumprir as emanções de proteção à Dignidade da Pessoa Humana por parte dos agentes estatais.

Na mesma perspectiva de proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana dispõe a Lei de Execução Penal em diversos dos seus artigos. Assim, se os juízes e demais Operadores do Direito não aplicam a lei nos crimes tipificados

¹² Relatório sobre a Tortura no Brasil. Produzido pelo Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). 2001, Genebra. Disponível em <www.dhnet.org.br>;<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/relatores_onu/rodley/relatorio.htm>.

para o caso em tela, não o fazem ou por negligência, conivência ou ausência de vontade em fazer cumprir a lei.

Os termos da Lei 9.455/97 têm a seguinte disposição dos seus elementos centrais: a) uma definição do crime presente no Art. 1º, inciso I, que dispõe “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental”. Aqui aflora o significado jurídico do verbo *constranger*, do latim “*constrangere*”, que significa

“ato pelo qual uma pessoa obriga outra a fazer o que não pretende ou não quer fazer, ou a obriga a não fazer o que era de seu desejo ou de seu interesse... O constrangimento pode ser físico ou moral. Físico ou material, quando conseqüente de imposição acompanhada de inequívoca demonstração de imediato ataque à integridade física da pessoa, ou de violência física iminente. Moral, quando, embora não resultante da ameaça iminente de agressão física, se acene com a execução de atos maldosos e prejudiciais à pessoa ou a membros de sua família, com suficiente força para provocar receio ou intimidação.”¹³

No inciso II complementa-se a definição do Crime de Tortura, ao dispor a lei que se configura a tipificação do crime também “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”.

Cabe também aqui uma definição na ótica jurídica do verbo “submeter”. Este também vem do latim “*submittere*”, significa sujeitar, subjugar, como também “tornar dependente, obrigar, subjugar, subordinar.”¹⁴

Segue-se no inciso I do Art. 1º uma descrição dos objetivos e elementos subjetivos e objetivos do tipo penal, expressos pela conduta dolosa do sujeito ativo, como na alínea a) “com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”, e na alínea b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; e na alínea c) “em razão de discriminação racial ou religiosa”.

O inciso II avança na definição da tipificação do crime, e o delito se configura também como “submeter uma pessoa sob a responsabilidade, poder ou autoridade de outrem a intenso sofrimento físico ou mental, mediante uso de

¹³ SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*, p. 360.

¹⁴ SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*, p. 1329.

violência ou ameaça grave, como modo de forçar uma punição pessoal ou como medida preventiva."

Embora a tortura seja definida em termos semelhantes aos constantes do Artigo 1º da Convenção da ONU de 1984, a definição constante da lei brasileira não reflete inteiramente a definição de tortura internacionalmente veiculada. A definição brasileira restringe os atos de tortura a "violência ou grave ameaça", ao passo que a definição da Convenção refere-se a "qualquer ato". Assim sendo, a definição brasileira não abrange atos que não sejam vistos como violentos *per se*, mas que, no entanto, podem impor "dor ou sofrimento intenso, seja físico ou mental".

Também importa observar que, de acordo com a definição brasileira, o Crime de Tortura não se limita a atos cometidos por Servidores Públicos. Trata-se de crime comum, como visto. Entretanto, é estipulado que a pena é mais severa "se o crime for perpetrado: a) por um agente público (...)." ¹⁵

Das várias condutas que podem tipificar o delito de tortura, apenas as referidas no §1º, do art. 1º, são exclusivas de agente público. A lei brasileira, contrariamente às convenções internacionais, optou por criminalizar a tortura como tal, deixando de lado a tendência consolidada nas Nações Unidas, e, mesmo no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de relacioná-la especificamente a agentes do Estado". ¹⁶

A Lei de Tortura é composta por quatro artigos, mas apenas o Artigo 1º, com dois incisos e poucas alíneas e itens, contempla a tipificação do crime da tortura. Por exemplo, o núcleo verbal presente no inciso I, dispõe que constitui crime de tortura "constranger alguém ...", e no inciso II, elenca a lei outro núcleo verbal, que é o de "submeter alguém...". Além desses dois núcleos verbais relativos à conduta positiva, a lei previu a conduta negativa, ou seja, a omissão ao dever jurídico em não dizer ou deixar de fazer alguma coisa prevista em lei.

Nesse sentido, dispõe o § 2º do inciso II que "Aquele que se omite em face dessas condutas (a da tortura), quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos". Portanto, em dois núcleos verbais de atos positivos e no núcleo verbal de ato negativo substancializam-se a Lei de Tortura e o tipo penal da conduta delituosa. Com esses elementos centrais,

¹⁵ Ver, entre outros, por exemplo, os comentários de: BORGES, J. R., *Tortura*, p. 169-193; AFONSO, O. M. M., *Ilegitimidade da tortura no sistema democrático – A lei 9.455/97. Eficácia e aplicabilidade*. p. 31-42.

¹⁶ MAIA, L. M., *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje*, p. 111.

a configuração do Crime de Tortura não exige apenas a ocorrência da conduta, independentemente da consecução dos objetivos finalísticos da mesma. Como bem constatou Afonso sobre a tipificação do crime de tortura:

“A consumação se dá tão somente com a simples ocorrência do resultado: provocação de dor física ou mental. Basta que a vítima sofra. Isto não pode ser confundido nem com os meios de execução (emprego de violência ou grave ameaça), nem com o elemento subjetivo do tipo, retratado pelas alíneas do inciso I.”¹⁷

Assim é que, face aos horrores e pressão da opinião pública com os eventos de violência policial, conhecidos sob o epíteto de “Favela Naval”, acontecimentos que foram gravados e divulgados em rede de televisão nacional, resultando em uma condenação pública dos agentes, é que em 1997 foi promulgada a Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, que criminaliza a prática da tortura e torna tal conduta um crime autônomo.

4.1.

Condutas típicas e a eficácia da norma penal da lei de tortura

Sem a pretensão de exaurir a multicausalidade, a multifatorialidade que funda o fenômeno da tortura no Brasil, há que se verificar que um dos fatores presentes no que diz respeito à tortura é a sua invisibilidade enquanto tema de massa. Como já se criou uma consciência jurídica da ilegalidade da prática da tortura, ela hoje ocorre em territórios sombrios e obscuros, em geral afastados dos olhares da população e da presença de pessoas estranhas ao meio policial. O avanço civilizatório no sentido da punibilidade da prática da tortura, como já exposto, consistiu na configuração da prática criminosa como crime autônomo, e o fato punível foi descrito em determinadas condutas típicas na Lei nº 9.455/97.

O Art. 1º da lei é o mais extenso de todos. Nesta seara, o art. 1º (caput e §§ 1º e 2º da Lei n. 9.455/97) elencou seis condutas típicas, conforme classificação do Prof. Luiz Flávio Gomes, quais sejam, **1 - TORTURA-PROVA (I, a); 2 - TORTURA COMO CRIME-MEIO (I, b); 3- TORTURA RACIAL OU DISCRIMINATÓRIA (I, c) ; 4 - TORTURA-PENA OU CASTIGO (II);**

¹⁷ AFONSO, O. M. M., *Ilegitimidade da tortura no sistema democrático – A lei 9.455/97. Eficácia e aplicabilidade*, p. 37.

5 - TORTURA DO ENCARCERADO (II, § 1º) E 6 - OMISSÃO FRENTE À TORTURA (II, § 2º)¹⁸

Art. 1º Constitui crime de tortura:

Tortura-prova, tortura como crime-meio e tortura racial ou discriminatória.

I – constranger alguém com emprego de violência ou de grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

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

para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

em razão de discriminação racial ou religiosa;

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Tortura pena ou castigo

II – 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.

Tortura do Encarcerado

§ 1º 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.

Omissão perante a Tortura

§ 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.

O tipo previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 9.455/97 tem similitude com o tipo de maus tratos, capitulado no 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:

Nesse aspecto, cabe perquirir sobre os dilemas presentes na eficácia da norma penal disposta na Lei nº 9.455/97. De um lado, pode-se argumentar que, na contemporaneidade brasileira, alguns temas perpassaram incólumes a várias conjunturas, como a questão do (des)emprego, o desempenho da economia, a questão da inflação, o combate à corrupção, a reforma tributária e do próprio aparato estatal, entre outros. De outro lado, alguns assuntos, apesar de fundamentais, em função dos custos materiais e humanos que acarretam para o conjunto da sociedade, embora presentes ao longo de várias conjunturas, pouco mobilizaram e chamaram a atenção

¹⁸ GOMES, L. F., *Da tortura: aspectos conceituais e normativos*, p. 28-32.

do público e das agências formadoras de opinião das massas: é o caso, por exemplo, da impunidade, do acesso à justiça, do problema da violência urbana e, sobretudo, a questão da criminalidade e do tráfico de drogas.

Esses temas caros para a sociedade, somente no último decênio é que entraram de vez na pauta dos debates políticos e das preocupações de setores populares e de grupos políticos comprometidos com o progresso civilizatório do país. Constituindo-se como uma variável no interior desse grande tema nacional, que é a questão do acesso à justiça e da impunidade, surge o tema da prática da tortura por agentes do próprio Estado contra supostos criminosos.

Os estudos já demonstraram que o Estado é o maior violador dos Direitos Humanos e o grande responsável pela violência institucional e produtor da violência social que grassa e corrói o tecido social brasileiro. No que tange à tortura, esse é um fenômeno que está imbricado na raiz mesma do aparelho estatal, particularmente dos órgãos de segurança, embora encontre respaldo na opinião pública, ansiosa mais por efeitos midiáticos do que de justiça propriamente dita.¹⁹

No mesmo sentido, eis a manifestação do Prof. Dornelles:

“A violência policial no Brasil faz parte de uma longa herança histórica que marca, entre outras coisas, as relações de classe e, principalmente, as históricas relações de opressão entre as elites governamentais e as classes subalternas nos marcos de uma sociedade culturalmente oligárquica, excludente, elitista e autoritária. Tratar, portanto, da violência policial nesta sociedade é falar sobre o legado de uma sociedade violenta e desigual na sua origem, estruturalmente injusta, onde a própria gênese da instituição policial se confunde com as práticas dos colonizadores e dos senhores de escravos que formavam contingentes comandados por “capitães do mato” com o objetivo, entre outros, de capturar e castigar exemplarmente os “negros fugidos.”²⁰

Nesse novo cenário emerge o tema da tortura, ainda, infelizmente, restrito a poucos territórios culturais e grupos sociais, como a Academia, os Grupos de Direitos Humanos e as diversas Comissões de Direitos Humanos criados tanto na esfera privada quanto na esfera dos diversos níveis de governo. Nesse universo restrito, de poucas repercussões em termos do conjunto da nação, o debate sobre a eficácia da Lei de Tortura remete o problema da pesquisa para a pergunta chave:

¹⁹ Consulte-se, por exemplo: BATISTA, V. M., *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*.

²⁰ DORNELLES, J. R. W., *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*, p. 75.

o que faz uma lei se estabelecer na sociedade de forma eficaz? Por que algumas leis “pegam” e outras não? Qual o fator essencial que faz uma lei repercutir de forma a modelar as condutas das pessoas? Depende a eficácia de uma lei a pré-requisitos como os ideários humanitários, as boas intenções ou o sentido de progresso e de proteção aos valores e bens fundamentais da sociedade? No intuito de esclarecer essa questão central que envolve a produção das normas legais, Becker entende que:

“Em primeiro lugar, a imposição de uma regra é um ato de iniciativa. Alguém deve tomar a iniciativa de punir o culpado. Em segundo lugar, a imposição ocorre quando aqueles que desejam que a regra seja imposta chamam publicamente a atenção dos outros para a infração. Colocado em outros termos, a imposição ocorre quando alguém trila o apito, tornando a imposição necessária, ao ver alguma vantagem em fazê-lo. O interesse pessoal os incita a tomar a iniciativa. Finalmente, o tipo de interesse pessoal que induz à imposição varia segundo a complexidade da situação para produzir tanto a imposição de regras quanto o fracasso em impô-las.”²¹

Entende Becker, com base em exemplo da vida cotidiana,²² que há interesses em não fazer cumprir uma regra, e quando isso ocorre, geralmente há vantagens mútuas para os envolvidos. O olhar de Becker é para os fatos do dia-a-dia, em grandes ou pequenas empresas, onde as regras são violadas, e se não punidas as condutas desviantes, é porque há uma convivência tácita entre os interessados para o não cumprimento das mesmas. Em geral, são empregados que se apropriam indevidamente de bens da empresa.

A eficácia de uma norma liga-se diretamente com os fins para os quais ela foi editada, conforme a vontade do legislador ou o clamor da sociedade como um todo, que configura uma espécie de consenso social sobre a necessidade da existência da norma legal. No caso da Lei de Tortura, o que buscou a lei? Havia uma sincronicidade entre a edição da norma e o clamor público? Quais os condicionamentos recíprocos existentes entre a Lei de Tortura e a realidade social que a viu nascer de 1997 aos nossos dias? Rosa entende que a eficácia de uma norma distingue dos seus efeitos, no seguinte sentido:

“Já examinar a eficácia da norma legal, surge um elemento novo a considerar, e que é certa qualidade do efeito que ela produz, ou seja, um efeito condizente com os fins para os quais foi editada, ou com os objetivos que, segundo o consenso social, possui. (...) A eficácia portanto, é algo diverso dos efeitos em geral

²¹ BECKER, H. S., *Uma teoria de ação coletiva*, p. 87.

²² *Ibid.*, p. 89 *passim*.

produzidos pela norma. Ou melhor, é uma qualidade de tais efeitos, algo que os tipifica e lhes confere certa adequação finalística. Há leis, repitamos, das quais o efeito, ou um dos efeitos, é a ineficácia total ou parcial.”²³

Como se verá à frente, a Lei de Tortura surgiu em um momento de clamor e indignação nacional face a atos de extrema violência praticados por policiais contra civis em uma importante cidade brasileira, cujas agressões foram filmadas por um observador anônimo e transmitidas por um importante órgão de mídia televisiva, em horário nobre. Os fins, portanto, da lei são claros e inequívocos: criminalizar e banir da realidade brasileira as práticas de tortura levada a efeito justamente por quem seria (é) responsável pela preservação da ordem pública. Nesse sentido, nos idos de 1997, pode-se afirmar categoricamente que se criou um ambiente de clamor nacional contra a prática da tortura, e desse clamor o legislador buscou contemplar com a edição da Lei 9.455.

O que se verifica é que em diversas sociedades se estabeleceu a consciência jurídica e política de que a prática da tortura constitui uma agressão aos fundamentos dos Direitos Humanos, que degrada tanto o indivíduo quanto a própria ordem social que o deveria abrigar e proteger. Mas, o paradoxal é que é o Estado a instância político-jurídica a partir da qual a prática da tortura se manifesta: são os membros do próprio Estado, sujeito detentor da força comum e do exclusivismo penal, que dela fazem uso relativamente corrente nas prisões e cadeias públicas.

Trata-se de uma violência do Estado, através de seus agentes, contra os cidadãos, uma verdadeira negação dos princípios e dos direitos individuais e, por extensão, dos direitos coletivos. Se, como acreditava Bastiat, a força coletiva da lei é uma expressão do direito individual, e esse é ao mesmo tempo tutelado pelo primeiro, de forma a se completarem, configurando momentos distintos de um mesmo processo civilizatório, a perplexidade que se coloca é como pode o direito coletivo, fruto do poder coletivo, invadir o sagrado direito à vida e à segurança dos indivíduos?

O paradoxo sobre a recorrência da prática da tortura é que ela agride três bens há muito consagrados pela cultura política do Ocidente: o bem maior, que é o risco à preservação da vida, em conjunto com a liberdade individual, a segurança

²³ ROSA, F. A. de M., *Sociologia do Direito*, p.105.

e a incolumidade pública, bem como os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, o da Legalidade, entre outros. Se a autopreservação e o autodesenvolvimento são hoje valores reconhecidos e de plena exigibilidade por todo ser humano, deveria o Estado assumir seu papel de guardião desses valores e princípios, de modo a evitar outras finalidades nocivas à sua razão de ser, como exemplifica a conduta da tortura.

Esse problema já colocado pelos liberais no Século XIX, em seu debate com o socialismo e com a democracia, postulava uma continuidade, um liame linear entre o direito individual e o direito coletivo, este visto como expressão do poder comum ou estatal. Por exemplo, Bastiat já defendia que:

“Se cada homem tem o direito de defender – até mesmo pela força – sua pessoa, sua liberdade e sua propriedade, então os demais homens têm o direito de se concertarem para se entenderem e de organizarem uma força comum para proteger constantemente esse direito. O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui.”²⁴

Essa perspectiva liberal sobre os vínculos entre o direito individual e o coletivo, apesar de sua natureza linear e mecânica, serve, no entanto, para iluminar determinados dilemas presentes no universo do Direito, que é como uma norma legal atinge seus fins? Os efeitos da norma na modelagem dos comportamentos representam a eficácia da mesma? Em termos práticos, tendo-se em tela a criminalização da conduta da tortura, aos olhos dos agentes estatais, responsáveis pela imposição e cumprimento da norma legal, a prática da tortura seria um instrumento eficaz de se responder à pressão pelo resultado que os grupos populacionais cobram da polícia? A tortura é o meio de se chegar rapidamente ao desfecho do drama social? Aqui os imperativos da força comum, ou o Estado, nos termos de Bastiat, sobrepõem-se ao direito individual e sobre o próprio Direito, tomado em seu sentido transcendental.

O direito, sob tal perspectiva, foi amplamente utilizado como instrumento de preservação e expansão dos privilégios das camadas dominantes de diversas sociedades em tempos históricos também os mais variados. É o que se verificou, por exemplo, no período medieval, momento que a nobreza garantiu, para si,

²⁴ BASTIAT, F., *A lei*, p.11.

isenções face à aplicação da lei. No contexto geral das sociedades antigas e medievais o Direito foi um importante instrumento para o exercício de privilégios gozados por uma minoria.

No entanto, após as Revoluções Liberais e democráticas dos Séculos XVIII e XIX, emerge de forma definitiva, na arena jurídico-política, a noção de cidadania e de pessoa humana detentora de direitos. No contexto das revoluções liberais, as determinações recíprocas existentes entre norma jurídica e sociedade assumem, a partir daí, uma causalidade não-linear, uma multicausalidade por assim dizer, de forma que a quebra da norma, o seu não cumprimento pelos cidadãos, diz respeito não só à vontade política de se fazer cumprir a mesma, isto é, ao Estado, face ao objetivo progressista e sentido reformador do social, como também ao conjunto da sociedade, seus grupos e classes constituintes. É possível que resida nessa última o papel decisório para que a norma legal atinja os objetivos que o legislador tinha em mente ao editá-la.